

UNIVERSIDAD NACIONAL “HERMILIO VALDIZÁN”

ESCUELA DE POST-GRADO



**“EL DERECHO CONSUECUDINARIO Y EL
DERECHO POSITIVO EN LA SOLUCIÓN DE
CONFLICTOS EN LAS COMUNIDADES
CAMPESINAS DE LA PROVINCIA DE AMBO-
HUÁNUCO - 2011 – 2012”**

TESIS PARA OPTAR EL GRADO ACADÉMICO DE MAGÍSTER EN

DERECHO - MENCIÓN DERECHO PENAL

DELINA CARMEN SALAZAR ROJAS

HUÁNUCO – PERÚ

2015

DEDICATORIA

A Dios por guiar y bendecir mi camino en todo momento, ya que con su presencia ilumina y reconforta mi corazón.

Mi eterno agradecimiento a mi madre GAUDENCIA y a mis hijos HECTOR ALDO, IVAN PAUL y FRANZ AMERICO, por ser mis seres más queridos y por ser mi fortaleza en esta vida.

AGRADECIMIENTO

A la Universidad Nacional Hermilio Valdizán y en especial a los profesores de la Escuela de Post Grado, quienes me brindaron sus conocimientos, paciencia y sensibilidad por dedicarnos a trabajar por las personas más vulnerables de la sociedad.

A mis compañeros y compañeras de la Maestría en Derecho, mención Derecho Penal, que siempre han estado en todos esos momentos del proceso de aprendizaje, compartiendo sus conocimientos, su tiempo y paciencia para lograr culminar la maestría.

A todas aquellas personas que de una u otra manera me brindaron su apoyo para culminar una de mis metas.

RESUMEN

Esta investigación tuvo como propósito determinar en qué medida la aplicación del derecho consuetudinario para la solución de conflictos en las comunidades campesinas de la provincia de Ambo, Huánuco, colisiona con el derecho positivo, en el periodo 2011 – 2012; es de tipo básico, ejecutado a nivel descriptivo correlacional; se empleó el método descriptivo con diseño transversal. Se extrajo una muestra aleatoria, a criterio del investigador, de 50 personas radicadas en la Comunidad Campesina de Angasmarca, Ambo, Huánuco. Los datos fueron recogidos mediante encuesta, con un cuestionario de 18 preguntas con escala nominal, y observación (análisis documental).

Los encargados de administrar justicia dentro de la comunidad de Angasmarca recurren a las costumbres, tradiciones y valores para solucionar los conflictos entre sus habitantes; es decir, el derecho consuetudinario está vigente en ella, y tiene el amparo de la Organización Internacional del Trabajo y de la Constitución Política del Perú. Los conflictos más frecuentes son la infidelidad, daños causados por animales, conflictos de tierras y problemas relacionados a las herencias.

Se determinó que las normas del derecho consuetudinario, utilizados en la administración de justicia comunal en Angasmarca, colisionan con el derecho positivo, en sus dimensiones normativas, fácticas y axiológicas, debido a que los coeficientes de correlación hallados, para cada uno de ellos, son significativos.

Palabras claves: Derecho consuetudinario, derecho positivo, comunidad campesina, justicia comunal.

SUMMARY

The purpose of investigation was determining in what proportion the application of the consuetudinary law for the solution of conflicts in the rural communities of the province of Ambo, Huánuco, collides with the positive law, in the period 2011–2012; It's of basic type, developed to a descriptive correlational level; the descriptive method with transverse design was used.

A random sample of 50 radicated people in the Rural Community of Angasmarca, Ambo, Huánuco, was extracted, in the sole discretion of the investigator. Data were collected through survey with a questionnaire of 18 questions with nominal scale, and observation (documentary analysis).

The persons in charge of managing justice inside the community of Angasmarca turn to customs, traditions and values to solve the conflicts between their villagers; that is, the consuetudinary law is valid in her, and has the protection of the International Organization of the Work and of the Political Constitution of the Peru. The most frequent conflicts are infidelity, damages caused by animals, conflicts of lands and problems related to the heirdoms.

The investigation determined that the norms of the consuetudinary law, used in the administration of communal justice in the rural community of Angasmarca, collide with the positive law, in its normative, factual and axiological dimensions, because the correlation coefficients found, for each one of them, are significant.

Key words: Consuetudinary law, positive law, rural community, communal justice.

INTRODUCCION

La cuestión de la aplicación de la legislación penal a personas que han actuado conforme a sus pautas culturales particulares se ha centrado, por un lado, en la situación de los miembros de poblaciones andinas y de la Amazonía, y por otro, se ha desarrollado en el marco de categorías dogmáticas como las de incapacidad de culpabilidad o de ausencia de culpabilidad por error de prohibición. Si bien, de esta manera, no se ha dejado de considerar aspectos previos como los de cultura, Estado-nación, integración, pluralismo jurídico, globalización y derecho consuetudinario, sí se ha omitido analizarlos con la profundidad necesaria en cuanto son presupuestos que condicionan y esclarecen el problema en cuestión.

Las limitaciones de la perspectiva inicialmente indicada son debidas, entre otras razones, a que no se tiene muy en cuenta que se trata de un problema político y no meramente jurídico. De allí la importancia capital del debate sobre cómo, en la Constitución, se ha fijado la índole, las funciones y las prerrogativas del Estado en relación con los derechos fundamentales de las personas, la pertenencia de estas a grupos culturalmente diferentes, y el reconocimiento en favor de estos de derechos para organizarse y administrarse como entidades colectivas propias.

La cuestión penal señalada no es, por lo tanto, sino un aspecto mínimo de una problemática más compleja y amplia. Las soluciones dogmáticas propuestas no resuelven el problema de fondo, solo constituyen un paliativo a la discriminación injusta con que se trata a diversos sectores de la población.

Se entiende por Derecho consuetudinario, a un conjunto de normas legales de tipo tradicional, no escritas ni codificadas, distintos al derecho positivo vigente en nuestro país. Es decir que el derecho consuetudinario puede coexistir con el

derecho positivo de un país o región, presentándose en algunos casos conflictos entre sistemas legales o jurídicos. Asimismo las normas del derecho consuetudinario, aparte de ser un conjunto de normas morales de observancia general que en forma uniforme y permanente regulan los intereses públicos y privados de una colectividad con la particularidad de ser conservadas y transmitidas por herencia social y en forma oral.

La Constitución Política ha regulado, la costumbre como referente para la justicia comunal campesina y nativa, siempre y cuando no atente contra los derechos fundamentales de las personas (derecho a la vida, a la libertad); como la costumbre se asienta en un derecho no escrito, es necesario destacar ciertos parámetros que permitan descifrar cuando estamos ante ella. La constancia del comportamiento, la convicción de su obligatoriedad y la no alteración de los principios fundamentales del ordenamiento jurídico, de donde emerge son elementos constitutivos de ella, la costumbre es el referente, de preferencia sobre la que descansan las soluciones logradas en la justicia de paz.

La presente investigación tiene la siguiente estructura distribuida en Capítulos: En el Capítulo I nos da a conocer la problemática del derecho consuetudinario frente al derecho positivo en las comunidades campesinas de la provincia de Ambo, en la región de Huánuco; en el Capítulo II, se plantea el marco teórico, en donde se puede evidenciar con las investigaciones y material de referencia, como se ha investigado el tema a nivel internacional, nacional y regional, asimismo, las teorías que sustentan o rechazan las posturas del derecho consuetudinario; en el Capítulo III, nos muestra el marco metodológico usado en la investigación así como el método, instrumentos y técnicas utilizadas en la presente tesis; en el Capítulo IV, se presenta los resultados, el cual se muestra en las tablas, figuras y otros; en el Capítulo V, se presenta la discusión de los resultados y el

aporte de científico de la investigación; por último tenemos las conclusiones y recomendaciones de la investigación.

INDICE

Dedicatoria.....	ii
Agradecimiento.....	iii
Resumen.....	iv
Summary.....	v
Introducción.....	vi
Índice.....	ix

CAPITULO I

EL PROBLEMA DE INVESTIGACIÓN

1.1. Descripción del problema	12
1.2. Formulación del problema.....	15
1.3. Objetivos.....	16
1.3. 1 Objetivo general	16
1.3. 2 Objetivos específicos.....	16
1.4. Hipótesis.....	16
1.5. Variables.....	17
1.6. Justificación e importancia	18
1.7. Viabilidad	19
1.8. Limitaciones	19

CAPITULO II

MARCO TEÓRICO

2.1. Antecedentes del estudio	20
2.2 Bases teóricas.....	27
2.2.1 Tipología de los conflictos que se presentan a nivel comunal.	27
2.2.2 Ejercicio de la jurisdicción especial por las autoridades comunales y rondas campesinas	28
2.2.2.1 Determinación de la competencia en la justicia comunal ...	29
2.2.2.2 La justicia comunitaria, derechos y garantías constitucionales	35
2.2.3 Marco normativo de la justicia comunal: la justicia Comunal esta constitucionalmente recogida en el Perú.....	39
2.2.3.1 Diferenciación entre pueblos indígenas, comunidades campesinas y nativas, rondas campesinas y comités de autodefensa.	48

2.2.3.2	Proceso de reconocimiento de la justicia comunal.....	50
2.2.3.3	La justicia comunal como forma de jurisdicción.	51
2.2.3.4	El derecho consuetudinario aplicado a la justicia comunal..	52
2.2.3.5	Derecho consuetudinario.	53
2.2.3.6	Derecho consuetudinario y pueblos indígenas.....	54
2.2.3.7	Las comunidades indígenas y el derecho penal.....	55
2.2.3.8	La justicia comunitaria.	56
2.2.3.9	Modalidades de la justicia comunitaria.	57
2.2.3.10	Relación entre justicia estatal y comunitaria.....	58
2.2.3.11	Ventajas y desventajas de la justicia comunitaria	59
2.2.4	El Derecho Positivo.....	60
2.2.4.1	Dimensión normativa.....	62
2.2.4.2	Dimensión fáctica.....	64
2.2.4.3	Dimensión axiológica.....	65
2.3	Definiciones conceptuales.....	66

CAPÍTULO III

MARCO METODOLÓGICO

3.1	Tipo de investigación.....	70
3.2	Diseño y esquema de investigación.....	70
3.3	Población y muestra.....	71
3.4	Definición operativa de los instrumentos de recolección de datos..	71
3.5	Técnicas de recojo, procesamiento y presentación de datos.....	71

CAPÍTULO IV

PRESENTACIÓN Y ANÁLISIS DE RESULTADOS

4.1	Caracterización de la muestra.....	73
4.2	El derecho consuetudinario en la comunidad campesina de Angasmarca, Ambo, Huánuco.....	77
4.3	El Derecho positivo aplicado a los casos de conflictos resueltos en la comunidad campesina de Angasmarca, Ambo, Huánuco...	84
4.4	Prueba de hipótesis.....	86

CAPÍTULO V**DISCUSION DE RESULTADOS**

5.1 Discusión.....	89
5.2 Aporte científico.....	92
CONCLUSIONES.....	94
RECOMENDACIONES.....	95
REFERENCIAS BIBLIOGRAFICAS.....	96
ANEXOS.....	101
Anexo 1. Matriz de consistencia interna.....	101
Anexo 2. Ficha de entrevista.....	103
Anexo 3. Evidencias fotográficas.....	107

CAPITULO I

EL PROBLEMA DE INVESTIGACIÓN

1.1. DESCRIPCIÓN DEL PROBLEMA

La cuestión de la aplicación de la legislación penal a personas que han actuado conforme a sus pautas culturales particulares se ha centrado, por un lado, en la situación de los miembros de poblaciones andinas y de la Amazonía, y por otro, se ha desarrollado en el marco de categorías dogmáticas como las de incapacidad de culpabilidad o de ausencia de culpabilidad por error de prohibición. Si bien, de esta manera, no se ha dejado de considerar aspectos previos como los de cultura, estado-nación, integración, pluralismo jurídico, globalización y derecho consuetudinario, sí se ha omitido analizarlos con la profundidad necesaria en cuanto son presupuestos que condicionan y esclarecen el problema en cuestión.

Las limitaciones de la perspectiva inicialmente indicada son debidas, entre otras razones, a que no se tiene muy en cuenta que se trata de un problema político y no meramente jurídico; de allí, la importancia capital del debate sobre cómo, en la Constitución, se ha fijado la índole, las funciones y las prerrogativas del Estado en relación con los derechos fundamentales de las personas, la pertenencia de estas a grupos culturalmente diferentes, y el reconocimiento en favor de estos de derechos para organizarse y administrarse como entidades colectivas propias.

La cuestión penal señalada no es, por lo tanto, sino un aspecto mínimo de una problemática más compleja y amplia. Las soluciones dogmáticas

propuestas no resuelven el problema de fondo, solo constituyen un paliativo a la discriminación injusta con que se trata a diversos sectores de la población.

Se entiende por Derecho Consuetudinario, al conjunto de normas legales de tipo tradicional, no escritas ni codificadas, distintos o concordantes con el derecho positivo vigente en nuestro país. Es decir, que el derecho consuetudinario puede coexistir con el derecho positivo de un país o región, presentándose en algunos casos conflictos entre ambos sistemas legales o jurídicos. Asimismo las normas del derecho consuetudinario, aparte de ser un conjunto de normas morales de observancia general que en forma uniforme y permanente regulan los intereses públicos y privados de una colectividad, tienen la particularidad de ser conservadas y transmitidas por herencia social y en forma oral de una generación a otra en el devenir de la historia de la comunidad.

La Constitución Política del Estado ha regulado, la costumbre como referente para la justicia comunal campesina y nativa, siempre y cuando no atente contra los derechos fundamentales de las personas (derecho a la vida, a la libertad); como la costumbre se asienta en un derecho no escrito, es necesario destacar ciertos parámetros que permitan descifrar cuando estamos ante ella. La constancia del comportamiento, la convicción de su obligatoriedad y la no alteración de los principios fundamentales del ordenamiento jurídico, de donde emerge son elementos constitutivos de ella, la costumbre es el referente, de preferencia sobre la que descansan las soluciones logradas en la justicia de paz.

La escasa preparación jurídica del Juez de Paz, conlleva a su parcial o total desconocimiento de la ley, lo que hace que se incline por soluciones basadas en usos y costumbres de su entorno, contribuyendo con ello a construir un

auténtico derecho consuetudinario nacional, siendo la identificación de lo propiamente legal, una tarea de investigación en el campo del derecho.

Por otra parte, identificar a los sujetos colectivos y/o individuales que aplican en el Perú el derecho consuetudinario, implica reconocer a los grupos y/o personas que practican formas tradicionales de administración de justicia, ejercen sistemas de justicia no estatales, emplean mecanismos alternativos de resolución de conflictos o utilizan sistemas alternativos de justicia, cualquiera sea la denominación que se prefiera. Es así que por razones de orden histórico, social y jurídico, que los sujetos que en mayor o menor medida recurren al Derecho consuetudinario en el Perú son las Comunidades Campesinas, Nativas, los Jueces de paz, las Rondas Campesinas, quienes tienen un sistema de autoridades rurales que resuelven sus conflictos, como son:

Autoridades con jurisdicción comunal, que son elegidas por la propia comunidad, encabezados por el presidente de la comunidad y su junta directiva y los comités especializados (comité de crédito, forestación, asociación de mujeres, etc.)

Autoridades políticas, designadas por el Ministerio del Interior y que representan al Presidente de la República, en los distritos se cuentan con los Gobernadores y en las Comunidades Campesinas con los Tenientes Gobernadores.

Autoridades judiciales, constituidos por los Jueces de Paz, básicamente a nivel de distritos y Comunidades.

Autoridades edilicias, elegidas por la población encabezados por los alcaldes y regidores a nivel distrital y de concejo menor, y a nivel de comunidades campesinas los Agentes Municipales.

Nuevas formas organizativas surgidas a consecuencia de la violencia política, como reacción frente a la criminalidad: Rondas Campesinas, Comités de Autodefensa y Asociación de Mujeres.

En tal sentido y viendo la situación peculiar en la que se encuentra la región Huánuco, concretamente la Provincia de Ambo, nos encaminamos en el desarrollo de la presente investigación, que busca determinar la relación existente entre la aplicación del derecho consuetudinario para la solución de conflictos en las comunidades campesinas y el derecho positivo en la provincia de Ambo durante el periodo 2011 – 2012.

1.2. FORMULACIÓN DEL PROBLEMA

1.2.1. PROBLEMA GENERAL

¿En qué medida la aplicación del derecho consuetudinario para la solución de conflictos en las comunidades campesinas de la provincia de Ambo, colisiona con el derecho positivo, en el periodo 2011 - 2012?

1.2.2. PROBLEMA ESPECÍFICOS

- a) ¿En qué medida la aplicación de las costumbres para la solución de conflictos en las comunidades campesinas de la provincia de Ambo, colisiona con la dimensión normativa del derecho positivo, en el periodo 2011 - 2012?
- b) ¿En qué medida la aplicación de las tradiciones para la solución de conflictos en las comunidades campesinas de la provincia de Ambo, colisiona con la dimensión fáctica del derecho positivo, en el periodo 2011 - 2012?
- c) ¿En qué medida la aplicación de los valores comunales para la solución de conflictos en las comunidades campesinas de la provincia de Ambo,

colisiona con la dimensión axiológica del derecho positivo, en el periodo 2011 - 2012?

1.3.OBJETIVO GENERAL Y ESPECÍFICOS

1.3.1. OBJETIVO GENERAL

Determinar en qué medida la aplicación del derecho consuetudinario para la solución de conflictos en las comunidades campesinas de la provincia de Ambo, colisiona con el derecho positivo, en el periodo 2011 – 2012.

1.3.2. OBJETIVOS ESPECÍFICOS

- a) Determinar en qué medida la aplicación de las costumbres para la solución de conflictos en las comunidades campesinas de la provincia de Ambo, colisiona con la dimensión normativa del derecho positivo, en el periodo 2011 - 2012.
- b) Determinar en qué medida la aplicación de las tradiciones para la solución de conflictos en las comunidades campesinas de la provincia de Ambo, colisiona con la dimensión fáctica del derecho positivo, en el periodo 2011 - 2012.
- c) Determinar en qué medida la aplicación de los valores comunales para la solución de conflictos en las comunidades campesinas de la provincia de Ambo, colisiona con la dimensión axiológica del derecho positivo, en el periodo 2011 - 2012.

1.4.HIPÓTESIS

1.4.1. HIPÓTESIS GENERAL

La aplicación del derecho consuetudinario para la solución de conflictos en las comunidades campesinas de la provincia de Ambo, colisiona directamente con el derecho positivo, en el periodo 2011 – 2012.

1.4.2. HIPÓTESIS ESPECÍFICAS

- a) La aplicación de las costumbres para la solución de conflictos en las comunidades campesinas de la provincia de Ambo, colisiona directamente con la dimensión normativa del derecho positivo, en el periodo 2011 – 2012.
- b) La aplicación de las tradiciones para la solución de conflictos en las comunidades campesinas de la provincia de Ambo, colisiona directamente con la dimensión fáctica del derecho positivo, en el periodo 2011 – 2012.
- c) La aplicación de los valores comunales para la solución de conflictos en las comunidades campesinas de la provincia de Ambo, colisiona directamente con la dimensión axiológica del derecho positivo, en el periodo 2011 – 2012.

1.5.VARIABLES

Variable 1: La aplicación del derecho consuetudinario.

Variable 2: El derecho positivo.

La estructura de los componentes de la hipótesis se presenta en la siguiente figura.

VARIABLES	DIMENSIONES	INDICADORES	TÉCNICA	INSTRUMENTO
Variable 1: El derecho consuetudinario	Costumbres	Casos tratados	Encuesta	Cuestionario
	Tradiciones	Casos Tratados	Encuesta	Cuestionario
	Valores	Casos Tratados	Encuesta	Cuestionario
Variable 2: El derecho positivo	Normativa	Casos Comparados	Observación	Registro
	Fáctica	Casos Comparados	Observación	Registro
	Axiológica	Casos comparados	Observación	Registro

Figura 1. Estructura de variables, dimensiones e indicadores

1.6. JUSTIFICACIÓN E IMPORTANCIA

La investigación es importante porque se constituye en un intento por establecer la relación que existe entre el derecho consuetudinario y el derecho positivo en las comunidades campesinas.

Analiza el nivel de colisión o discordancia que existe en la administración de justicia, respecto a la aplicación del derecho consuetudinario para la solución de conflictos en las comunidades campesinas en Ambo, Huánuco, con el derecho positivo.

El trabajo de investigación se justifica tomando en cuenta los siguientes criterios:

- **Relevancia social.** Beneficiará a la población, especialmente a los ciudadanos de las comunidades campesinas no solo de la provincia de Ambo, Huánuco, sino de Perú, dado que el derecho consuetudinario se viene aplicando en todas las comunidades campesinas y nativas.
- **Implicancia teórica.** La investigación se justifica en el campo teórico porque describe, tratando de explicar, las formas en las que el derecho consuetudinario es aplicado hasta la actualidad en las comunidades campesinas y nativas y su concordancia con el derecho positivo; asimismo, se constituye en un antecedente para otras investigaciones, ya que en la región no existe ningún trabajo referente a este problema de investigación.
- **Implicancia práctica.** La investigación busca establecer que el derecho consuetudinario sea estudiado de modo que las costumbres tradiciones y valores de las comunidades campesinas y nativas, en la solución de sus litigios emergentes, sean comprendidas como fuentes del derecho y admitidas al derecho positivo.

1.7.VIABILIDAD

No se ha presentado impedimento alguno para el acceso a la Comunidad Campesina de Angamarca, provincia de Ambo, Huánuco, y desarrollar la encuesta para el acopio de datos primarios.

La información relevante y pertinente se encontró en fuentes secundarias (Bibliotecas de pre y posgrado de las Universidades públicas y privadas; internet).

1.8.LIMITACIONES

El estudio fue realizado solo en la provincia de Ambo, Huánuco, específicamente en la Comunidad Campesina de Angamarca.

Se circunscribe al campo del derecho consuetudinario aplicado en las comunidades campesinas y al derecho positivo.

El financiamiento para realizar investigaciones siempre es escaso, sin embargo, este estudio fue solventado con los recursos propios del investigador.

CAPITULO II

MARCO TEÓRICO

2.1. ANTECEDENTES

Respecto a los antecedentes del presente trabajo de investigación existen algunos trabajos aislados, mencionamos los principales:

2.1.1. A nivel internacional

Rojas (1) en la investigación que desarrolló sobre la garantía del debido proceso y la justicia comunitaria desde una perspectiva constitucional en Sucre, Bolivia, arriba a las siguientes conclusiones:

- a) Es importante reconocer que las normas comunitarias deben encuadrarse a la Constitución y por lo mismo, esas normas, ni en su texto ni en su aplicación, pueden ser contrarias a la Constitución Política del Estado; toda vez que los miembros de los pueblos indígenas y comunidades campesinas, también están bajo la protección de la Ley Fundamental, que se constituye en el marco común que permite la convivencia pacífica de las diversas culturas existentes en el país.
- b) Es imprescindible que en la Ley de compatibilización entre las funciones de las autoridades naturales de las comunidades originarias y los poderes del Estado, se determinen criterios para resolver los conflictos relativos a la competencia material, territorial y personal en la aplicación de la justicia comunitaria. Para tal fin es necesario que se establezcan, en cuanto a la competencia material, los límites entre la justicia “ordinaria” y la justicia comunitaria, o en su caso se determine la inexistencia de limitación. Con relación a la competencia territorial, existe unanimidad en la doctrina en

que sólo debe aplicarse en el espacio territorial en que se ubican los pueblos y comunidades indígenas (ese es el criterio, al parecer, del anteproyecto de Ley de Administración de Justicia de los pueblos indígenas-originarios y comunidades campesinos, Artículo. 8). En cuanto a la competencia personal, la justicia comunitaria debe aplicarse a los miembros de los pueblos indígenas y originarios, criterio que está recogido en el art. 8 del mencionado anteproyecto; sin embargo, este aspecto es el más conflictivo, dada la cantidad de variantes que pueden presentarse.

- c)** Se deben establecer procedimientos para solucionar las incompatibilidades que puedan surgir entre el derecho indígena y los derechos humanos, como lo establece el Convenio 169 y nuestra propia Constitución. En ese ámbito, si el límite para la aplicación del derecho consuetudinario está constituido por los Derechos Humanos, se entiende que la justicia constitucional debe cumplir y ejercer un rol fundamental para el control del respeto a esos derechos y garantías, conforme quedó señalado precedentemente, sin perjuicio de que se fortalezca al Derecho indígena, principalmente en temas relativos a derechos y garantías constitucionales.
- d)** Como se ha precisado, en la Constitución boliviana se reconoce a las comunidades indígenas las funciones de administración de justicia y aplicación de normas propias. Por ello, sus funciones, no sólo judiciales, sino también legislativas y hasta ejecutivas, deben ser compatibilizadas con los poderes del Estado.
- e)** Por lo anotado, es imprescindible llegar a un punto de convergencia tal, que permita que ambos sistemas puedan coexistir sin que ninguno avasalle al otro, resguardando que ambos respeten los derechos colectivos y los derechos fundamentales de las personas.

2.1.2 A nivel nacional

Peña (2) en su investigación sobre justicia comunal en las Comunidades Aymaras del sur andino: El caso Calahuyo, sostiene que el concepto y la existencia del Poder Judicial comunal, manifiesta la necesidad de un cambio de paradigma., frente al poder monista identificado con el concepto de estado Liberal y moderno y reproducido en cada uno de los poderes clásicos como el del poder judicial o jurisdiccional, se presentan como alternativas otros poderes los cuales desde diversos espacios sociales y culturales muestran la eficacia y eficiencia en su funcionamiento, tal como ocurre con el poder judicial comunal de las comunidades Aymaras del sur andino.

El poder monista jurisdiccional tiene efectos negativos en las sociedades pluriculturales como la peruana dado que reproduce, a través de la actuación de sus órganos, problemas de costos, celeridad e ineficacia en los procesos de resolución de los conflictos que son partes miembros de grupos culturales como es el de los Aymaras. Contrariamente, la actuación de órganos familiares o comunales a través de una particular identificación de sus conflictos, de procedimiento de resolución, de acuerdo o decisiones finales, así como de una particular racionalidad mostrar la superación fundada en los principios de honor familiar y el ser colectivo, pueden mostrar la superación de tales problemas (2).

El poder jurisdiccional esbozado al inicio de este trabajo como la “acción de decir el derecho”, se encuentra reflejado en la estructura de los sistemas de resolución del poder judicial comunal Aymara. En cada comunidad, como en la interacción de la misma, se reproducen las tres dimensiones de ese poder: primero, existe el poder de interpretación que, a

través de sus órganos familiares o comunales de resolución, colinda con mucha facilidad con una toma de decisión creativa-creación de derecho-flexible a las condiciones familiares y comunitarias en las que se desenvuelven sus miembros; segundo, existe el poder de decisión ejecutorio que a través de sus órganos de resolución pero particularmente de las partes y el entorno de las mismas, consigue la materialización efectiva, segura y rápida del acuerdo o la decisión tomada; tercero, también se puede decir que existe un respeto a la autoridad de cosa juzgada en el sentido que, una vez llegado a un acuerdo o decisión final, este ya no requiere volver a ser planteados, la satisfacción o el sometimiento de las partes conduce contrariamente a desaparecer o extinguir el conflicto, lo que supone su efecto de cumplimiento dentro de sus relaciones familiares y comunitarias. Con ello no cabe duda que lo que hacen los comuneros aymaras frente a sus conflictos no es sino una labor jurisdiccional efectiva, lo que confirma la existencia del denominado Poder Judicial comunal Aymara (2).

Cualquier iniciativa de reforma judicial de los estados como el peruano, no puede dejar de contemplar la alternativa construida por los comuneros Aymaras. Hasta el momento los proyectos de reforma judicial vigentes siguen observando el paradigma del monismo y la profesionalización de la justicia. La composición de módulos básicos de justicia, la promoción de centros de conciliación entre otros proyectos, no dejan de desprenderse de dicho paradigma. Sin embargo, las demandas y las necesidades de poblaciones mayoritarias como la de los Aymaras, los Quechuas, los Ashaninkas, los Shipibos, los Aguarunas, entre la diversidad de pueblos latinoamericanos, continúan siendo grandes frentes al alcance de los proyectos indicados.

Para ello, el contexto de globalización y articularización, que aparece en la escena actual, ayuda a su consolidación (2).

Laurente (3) en su trabajo de investigación titulado “Eustaquio Palomino y César Matías Escobar en el caso Huayanay: El derecho positivo y consuetudinario en los conflictos entre indígenas y gamonales” describe lo siguiente: Huayanay hasta los años 70 era una hacienda tradicional, de los Mescua, en ese contexto Huayanay fue afectada por la Ley de Reforma Agraria del General Velasco Alvarado, revirtiendo las tierras de la hacienda a los adjudicatarios, con la idea de que la revolución tenía que empezar destruir el latifundio y dar al campesino la tierra que trabaja. Esta situación provocó un constante hostigamiento y asedio de los gamonales Mescua Chamorro a los indígenas a través de su mayordomo Cesar Matías Escobar.

Era 1973, Huayanay ya no era una hacienda, era una comunidad campesina, los indígenas empezaron a habituarse a ser sus propios amos, fueron pobres pero confiaron en su fuerza ancestral para dominar aquella tierra poco fértil y lograr el milagro de la producción, pero no solo con la tierra tenían que batallar. Cesar Matías escobar. Mayordomo de los Mescua, era quien los perturbaba y cometía constantemente una serie de abusos y vejámenes, insultaba a los comuneros, incendiaba cultivos y viviendas, robaba animales, ultrajaba mujeres, destruía otros bienes y amenazaba a todos los comuneros de Huayanay, inclusive asesinó a Eustaquio Palomino líder gerontocrático de la comunidad, el mayordomo ejercía su propia ley en la comunidad la del abigeato.

Eustaquio Palomino, Teniente Gobernador, cansado de los abusos arrestó a Cesar Matías por 24 horas. Al salir de la carceleta Escobar lo amenazó con quemar su casa y extinguir su vida por la osadía de detenerlo,

cumpliendo con la primera amenaza. Eustaquio al ver arder en llamas su casa decidió denunciarlo del hecho ante las autoridades estatales encargados de administrar justicia. El Tribunal correccional de Huancayo sentencio a Cesar Matías con dos años de pena privativa de libertad, por sus delitos y una reparación civil de sesenta mil soles, luego de haber cumplido los dos tercios de condena, solicitó su libertad. Al salir Escobar volvió a jurar quitar la vida a Palomino, luego de unos días dicha amenaza fue ejecutada con la muerte del Teniente Gobernador, cuyo cadáver fue encontrado en un paraje solitario, el horror en Huayanay llegó a su clímax. Toda una comunidad indignada denunció del hecho, Matías Escobar había desaparecido de la comunidad. El Juez de Huancavelica apertura instrucción en contra suya y su cómplice Francisco Crispín por homicidio calificado y abigeato. Ambos se apersonaron a las instancias del poder judicial y luego de sus declaraciones fueron puestos en libertad y continuó la ola de pillajes en Huayanay (3).

Las autoridades policiales dan una orden de grado fuerza para detener a Escobar, encargándose a las autoridades y comuneros de Huayanay la captura del delincuente, con la explicación de que ellos no tenían tiempo para hacerlo, Cesar Matías es vigilado y finalmente es perseguido y apresado junto a su cómplice en la zona de ANCA- Palicayuaycon y llevados a Huayanay. En la plaza se encontraban 221 comuneros que mostrando rostros furiosos les exigieron que firmen una confesión escrita, pero Cesar Matías se niega tajantemente y fue llevado a la carceleta de la comunidad junto a su cómplice.

En la plaza hubo una gran discusión, los indígenas de la comunidad se preguntaban refiriéndose a Cesar Matías, y a Crispín: ¿se les debe llevar a las autoridades?, ¿si nuevamente es dejado en libertad? y ¿si le alcanza un

nuevo indulto y si por esto sus mujeres son nuevamente violadas, sus tierras robadas y los crímenes siguen impunes? Los comuneros montaron en una cólera colectiva e incontenible.

Los comuneros indignados se abalanzaron sobre la puerta de la carceleta, rompieron el candado y sacaron a Matías de su alojamiento. Lo golpearon en diferentes partes de su cuerpo y al notar que sus ojos quedaron dilatados por el horror lo consideramos muerto, refirieron los indígenas. Se ha aplicado la ley ancestral del ushanan jampi` (El gran remedio: muerte).

En el caso Huayanay la construcción, desconstrucción y reconstrucción de las identidades y alteridades étnicas están marcadas por una relación de tensión y conflicto entre los indígenas y los hacendados que en este caso, aparecen simbolizados por Eustaquio Palomino y Cesar Matías, el primero representando a la mismidad y el segundo a la alteridad (3).

Eustaquio simboliza lo nativo, lo indígena, lo quechua, lo pobre, lo laborioso, lo honesto la bondad, la festividad positiva, la colectividad, lo subordinado y dominado. En cambio Matías representa lo liminar entre nativo y lo extranjero, lo mestizo, el bilingüismo, lo rico, lo mentiroso, lo ocioso, el latrocinio, la maldad, la festividad negativa, la individualidad, lo hegemónico y dominante.

En conclusión, en Huayanay, para resolver los problemas que transgreden las normas consuetudinarias usan sus propios mecanismos de sanción. En cambio cuando sus normas son transgredidas por el alter, acuden a la normatividad positiva, pero que al notarla ineficaz, optan por aplicar la sanción de su propia mismidad en la otredad, aplicando el “gran remedio” o la muerte, como sanción última para quien no respetó las reglas que rigen el funcionamiento de su sociedad (3).

2.1.3A nivel regional

Luego de haber realizado una revisión meticulosa en las diversas bibliotecas de las universidades de la región, tanto estatales como privadas, no se han hallado trabajos de investigación referentes al tema materia de estudio.

2.2. BASES TEORICAS

2.2.1. Tipología de los conflictos que se presentan a nivel comunal

A nivel de las comunidades campesinas los conflictos se clasifican de la siguiente manera:

a) Conflictos familiares.

Con los siguientes casos más frecuentes: violencia familiar, conflictos de parejas, reconocimiento de hijos, alimentos, separación, temas de herencia, de parcelación de tierras, entre otros.

Las autoridades o mediadores competentes para conocer los conflictos intrafamiliares son: tenientes gobernadores y los jueces de paz, sin embargo también intervienen como mediadores el Presidente de la Comunidad o la Asamblea Comunal, además de los comités de Autodefensa, en un plano inicial los padres y padrinos.

b) Conflicto comunal.

Los conflictos son en su mayoría los relativos a la seguridad y el orden público (agresiones, robos, riñas, daños, usurpación de tierras, abusos, incumplimiento de turnos de vigilancia y patrulla, deudas, etc.) Generalmente las autoridades competentes para resolver casos vinculados a la seguridad ciudadana son los tenientes Gobernadores y los Comités de Autodefensa además de los jueces de paz cuando se trate de casos complejos. Intervienen también el Presidente de la Comunidad y la Asamblea Comunal. Los delitos graves como los homicidios, violación de la

libertad sexual y otros de similar gravedad son derivados a la Fiscalía de la capital de Provincial.

c) Conflicto intercomunal.

Se presentan la incidencia de robo de ganado en banda, y violaciones de los derechos humanos (reclutamientos arbitrarios, persecuciones, detenciones arbitrarias, allanamientos ilegales, limitaciones al ejercicio de las libertades de información, opinión, expresión, reunión y organización). En menor medida, la disputa de límites territoriales entre comunidades colindantes. Las Instancias competentes para dirimir estos conflictos es la justicia formal.

d) Las sanciones

Las sanciones aplicadas a los comuneros tienen funciones preventivas y re socializadoras. Cuando el trasgresor del orden comunal es un extraño, la sanción será diferente pues se ve en el a alguien que atenta contra los intereses de la Comunidad, el carácter popular de ésta justicia se refuerza con la marcada frecuencia a recurrir a este tipo de justicia.

Hay varios indicadores que pueden justificar estas tendencias como el fácil acceso a ella por la cercanía geográfica, el ámbito concertador que se impulsa en éste tipo de justicia, el bajo costo que implica ingresar a ella y el logro de soluciones rápidas, todo ello va generando un clima de confianza a éste tipo de justicia que la torna popular.

2.2.2. Ejercicio de la jurisdicción especial por las autoridades comunales y rondas campesinas.

De la lectura del Artículo 149 de la Constitución Política (4), no cabe duda que las autoridades de las Comunidades Campesinas y Nativas tiene

facultad de administrar justicia. Sin embargo, ¿es posible afirmar lo mismo respecto a las rondas campesinas?, en otras palabras, ¿pueden ejercer las rondas campesinas función jurisdiccional?, si nos ceñimos a un sentido literal del artículo en referencia, podríamos responder negativamente a la pregunta ya que la Constitución les asigna una función meramente auxiliar, al usar el término “apoyo”. Debemos recordar que existen rondas campesinas que no necesariamente pertenecen a una comunidad, constituyéndose “en sí mismas autoridades comunales donde no hay comunidades campesinas o nativas, cuya autoridad brota de sus asambleas, que no tiene carácter transitorio o solo auxiliar de la autoridad comunal campesina o nativa sino que ellas mismas son organizaciones comunales integrales (5).

2.2.2.1 Determinación de la competencia en la justicia comunal

La competencia puede definirse como el modo como se ejerce la jurisdicción. Es la potestad de conocer un determinado asunto con preferencia frente a otro tribunal. En este sentido, se presenta la competencia por materia, grado, cuantía, turno y territorio.

a) Competencia material

En el Artículo 149 de la Constitución Política (4) señala que las autoridades de las comunidades campesinas y nativas y rondas campesinas, tienen funciones solamente jurisdiccionales. No determina cual es la materia sobre la cual puede ejercer esta jurisdicción, tampoco lo hace la ley. Entonces, cabría interpretar que se le otorga función jurisdiccional sin restricciones en lo que a materia se refiere, siempre y cuando apliquen su derecho consuetudinario dentro de su ámbito territorial y respetando los derechos humanos. Lo contrario significaría que la justicia comunal solo podría conocer los casos restantes de la competencia de la justicia ordinaria,

es decir no tendrían competencia, por ejemplo para conocer casos penales, ya que los jueces de instancia conocen los delitos y los jueces de paz las faltas, de igual manera con los asuntos en materia civil y otros.

Con relación a la jurisdicción penal, el artículo 9º.1 del Convenio N° 169 de la Organización Internacional del Trabajo OIT (6) reconoce la posibilidad de que los comuneros puedan conocer sobre casos penales y aplicar su derecho consuetudinario para reprimirlos; al respecto la norma señala que “en la medida en que ello sea compatible con el sistema jurídico nacional y con los derechos humanos internacionalmente reconocidos, deberá respetarse los métodos a los que los pueblos interesados recurren tradicionalmente para la represión de los delitos cometidos por sus miembros”. Esta disposición se encuentra reforzada por lo dispuesto en el Artículo 18º del Código Penal (7) al establecer 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”.

El defensor del Pueblo (8) criticando el artículo 13 del Reglamento de las Rondas Campesinas, Decreto Supremo N° 025-2003-JUS (9), ha señalado en la medida de que restringe la competencia material de las rondas campesinas, contrariando lo previsto en los Artículos 1º y 7º de la Ley N° 27908 (10), los mismos que no establecen distingos entre las materias sobre la cual las rondas campesinas pueden ejercer funciones conciliatorias (8).

b) Competencia territorial.

En el Artículo N° 149 de la Constitución (4) observamos 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”, por lo tanto la justicia comunal debe ser ejercida dentro de la circunscripción territorial de la comunidad o ronda específica.

Si acudimos al Artículo N° 136 del Código Civil (11) encontraremos que “son de propiedad comunal las tierras poseídas de acuerdo al reconocimiento e inscripción de la comunidad”, es decir, para el derecho positivo las Comunidades campesinas deben inscribir sus tierras en Registros Públicos, solo si serán reconocidas oficialmente por el Estado peruano, sin embargo, existen comunidades en proceso de saneamiento de tierras y que aún o han podido asentar la respectiva partida en los Registros Públicos o peor aún de aquellas organizaciones, como las rondas campesinas de estancia, que no tienen tierras de propiedad común, pero si tienen espacios delimitados de actuación de acuerdo al límite de la estancia, aldea o caserío (11).

En otras palabras, para los efectos de la interpretación de la norma constitucional en términos de función jurisdiccional otorgada a las autoridades comunales, debe ser extendida para aquellos que no tienen inscrito su territorio pero tradicionalmente vienen realizando sus actividades económicas y culturales.

c) Competencia personal

El Artículo N° 149 de la Constitución (4) no hace mención sobre quién o quienes se aplican la jurisdicción especial. Si el ámbito de aplicación es el territorio, entonces podríamos afirmar que el derecho consuetudinario se aplica a todas las personas que viven o que tradicionalmente realizan sus actividades dentro de ese territorio, sean miembros o no de la comunidad; esto es reafirmado por el Artículo N° 13 del Reglamento de Ley de Rondas Campesinas (9), cuando señala que “La Ronda Campesina y Ronda Comunal, a base de las costumbres de la comunidad campesina, comunidad

nativa, caserío u otro centro poblado al que pertenecen, pueden intervenir en la solución de conflictos que se susciten entre miembros de la comunidad u otros externos, dentro de su ámbito territorial”. Una de las cuestiones problemáticas es determinar la competencia de quien siendo miembro o habitante de la comunidad, no conforme con lo resuelto por la jurisdicción especial comunal, decide acudir al Poder Judicial (12).

Respecto este punto, el Artículo 8º.3 del Convenio 169 (6) señala que “[nada] impide que los miembros de los pueblos puedan ejercer los derechos reconocidos a todos los ciudadanos del país y asumir las obligaciones correspondientes”. Entendemos que lo referido debe ser interpretado en concordancia con el inciso 2 del mismo artículo, pues en éste se requiere la observancia de los derechos humanos reconocidos internacionalmente; si la jurisdicción especial ha aplicado una norma consuetudinaria que ha violado los derechos humanos, entonces el/a afectado/a puede acudir al Poder Judicial. Nuestra Constitución ha reconocido la función jurisdiccional de las autoridades comunales y nativas, siempre y cuando el derecho consuetudinario aplicado dentro de su ámbito territorial, no viole los derechos fundamentales de la persona.

El mismo sentido guarda el artículo 8º.2 el Convenio N° 169 de la OIT (6), cuando señala que los pueblos indígenas tienen “derecho de conservar sus costumbres e instituciones propias, siempre que éstas no sean incompatibles con los derechos fundamentales definidos por el sistema jurídico nacional ni con los derechos humanos internacionalmente reconocidos”. Por su parte, el Reglamento de la Ley de Rondas Campesinas (9), estipula que en el ejercicio del derecho consuetudinario, “gozan del respeto a su cultura y costumbres por parte de la sociedad y las autoridades,

siempre que no violen los derechos fundamentales de la persona consagrados en la Declaración Universal de los Derechos Humanos, en el Convenio N° 169 de la OIT, en la Constitución y las leyes”.

Los derechos fundamentales son aquellos que están reconocidos por nuestro ordenamiento jurídico, en especial por la Constitución Política (4); aunque conforme a su artículo 3º y a la Cuarta Disposición Transitoria y Final se incluye entre los derechos fundamentales a aquellos recogidos en los diversos instrumentos internacionales de los cuales el Perú ha ratificado.

Comprendido el significado de derechos fundamentales, debemos referirnos al límite que la Constitución establece para la justicia comunal. Al respecto, coincidimos con el pronunciamiento de la Corte Colombiana, que establece como regla para el intérprete la “maximización de la autonomía de las comunidades indígenas y, por lo tanto, la de la minimización de las restricciones a las indispensables para salvaguardar intereses de superior jerarquía”. Entonces debemos entender que la limitación del Estado debe ser mínima, por ello solo se enmarca dentro de los derechos fundamentales, es decir, los derechos reconocidos por la Constitución Política.

Pero la preocupación radica en saber cómo las autoridades comunales conceptúan los derechos humanos, en otras palabras, ¿acaso tienen una percepción similar a la de los operadores jurídicos de la justicia ordinaria? Esta limitación debe interpretarse de manera intercultural, de lo contrario sería un límite arbitrario. Obviamente, la base de esta consideración se encuentra en el reconocimiento de la pluralidad cultural que realiza la propia Constitución. La función jurisdiccional de los comuneros y ronderos se encuentra legitimada por la Constitución (4), la legislación nacional y jurisprudencia.

Sin embargo, es necesaria la implementación y utilización de mecanismos de coordinación con los diversos intervinientes del sistema de administración de justicia y en especial, con los actores de la justicia comunal: autoridades comunales, ronderas o indígenas, teniéndose claro que no se trata de regular su funcionamiento, sino operativizar las obligaciones de respeto, coordinación e inclusión de un enfoque pluricultural del derecho.

La falta de coordinación y reconocimiento ha generado situaciones conflictivas, que han derivado en el encarcelamiento de los dirigentes comunales. Es recurrente el juzgamiento y condena a dirigentes comunales por delitos de secuestro, coacción, usurpación de autoridad y resistencia a la autoridad amparados en los Artículos 151º, 152º, 361º y 368º del Código Penal (7), por ejercer sus funciones jurisdiccionales de acuerdo al Artículo 149º de la Constitución Política (4) y las demás normas que les reconocen potestad jurisdiccional. En este sentido, como medida de divulgación de la legislación relacionada a la pluralidad jurídica, el Poder Judicial debería recordar a todos los jueces de la república, en especial a los que ejercen sus funciones en zonas rurales, donde se encuentran las comunidades campesinas, el reconocimiento de la jurisdicción comunal del Artículo 149º de la Constitución Política (4) y de la coordinación que tienen que realizar con quienes detentan esta facultad jurisdiccional especial.

Asimismo, las presidencias de las cortes superiores de justicia podrían realizar actividades de capacitación y celebrar convenios de cooperación con las autoridades de las comunidades campesinas, esta propuesta se extendería a las autoridades respectivas del Ministerio Público y Policía Nacional.

También debería iniciarse un plan nacional de capacitación en los centros de formación de operadores jurídicos, específicamente en la Academia de la Magistratura y las facultades de Derecho, así como en los programas de actualización de los Colegios de Abogados.

Al respecto, cabe recordar que el Grupo de Trabajo Temático de acceso a la justicia de la Comisión Especial de Reforma Integral de Justicia CERIAJUS (13), propuso el diseño de un curso modelo de pluralismo jurídico, para dichos espacios de instrucción, propuestas que requieren ser implementadas y ejecutadas con cierta regularidad.

2.2.2.2. La justicia comunitaria, derechos y garantías constitucionales

a) El Convenio N° 169 de la Organización Internacional del Trabajo

El 27 de Junio de 1989. La organización Internacional del Trabajo (OIT), aprobó el Convenio N° 169 (6) sobre Pueblos Indígenas y tribales en países independientes, siendo a la fecha el principal instrumento de referencia internacional sobre el tema de los pueblos indígenas y es el resultado de las grandes movilizaciones sociales indígenas a nivel mundial (1).

Con el Convenio 169 de la OIT (6) se reconocieron los derechos colectivos de los pueblos indígenas y los gobiernos firmantes se comprometieron a desarrollar acciones destinadas a promover la igualdad de oportunidades de los integrantes de los pueblos indígenas, la plena efectivización de sus derechos sociales, económicas y culturales, el respeto de sus costumbres tradiciones e instituciones, la consulta a los pueblos en caso de preverse medidas legislativas o administrativas que puedan afectarles directamente, la participación libre e igualitaria en la adopción de

decisiones en instituciones electivas y organismos administrativos y la libertad de decisión en cuanto a las prioridades en el proceso de desarrollo.

El Convenio (6), por otra parte, reconoce la obligación del Estado de considerar las costumbres o derecho consuetudinario de los pueblos indígenas al aplicar la legislación nacional (Artículo N° 8.1) y el derecho de esos pueblos a conservar sus costumbres e instituciones propias, siempre que no sean incompatibles con los derechos fundamentales definidos por el sistema jurídico nacional ni con los derechos humanos internacionalmente reconocidos (Artículo N° 8.2).

Estas reformas en el ámbito del derecho consuetudinario de los pueblos indígenas, pueden ser resumidas en el reconocimiento: 1) Del carácter pluricultural de la nación y el estado, 2) De los pueblos indígenas y la ampliación de sus derechos colectivos (como oficialización de idiomas indígenas, educación bilingüe, protección de medio ambiente) y, 3) Del derecho Indígena consuetudinario (1).

El reconocimiento del derecho indígena efectuado por el Convenio 169 de la OIT es genérico, sin establecer límites respecto a las materias sobre las cuales puede aplicarse, es más de manera expresa, permite la aplicación de normas y sanciones propias de estos pueblos en la represión de delitos.

Por su parte el Artículo N°9 del convenio (6) expresa: "1. 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; 2. Las autoridades y los tribunales llamados a pronunciarse sobre cuestiones penales deberán tener en cuenta las costumbres de dichos pueblos en la materia".

Asimismo el Artículo N° 10 determina: “1. Cuando se impongan sanciones penales previstas por la legislación general a miembros de dichos pueblos deberán tenerse en cuenta sus características económicas, sociales y culturales, 2. Deberá darse la preferencia a tipos e sanciones distintos del encarcelamiento” (1).

El Convenio 169 (6) utiliza la denominación de costumbres o derecho consuetudinario, para hacer referencia al conjunto de normas no escritas que regulan la vida de una comunidad entre otros nombres también se utilizan el de justicia consuetudinaria y derecho indígena, último término que tiene mayor aceptación dentro de la doctrina especializada y por parte de los propios actores y autoridades naturales de los pueblos indígenas. por otra parte, la denominación justicia comunitaria, tiene un uso más restringido, pues hace referencia a la aplicación del derecho indígena por parte de las autoridades naturales de la comunidad; derecho indígena que se sustenta en el sistema de creencias, moral, religión, costumbre, etc. que se sintetizan en valores y principios que difieren de una comunidad a otra.

b) Reconocimiento legal de la justicia comunitaria.

Uno de las causas para que el derecho indígena no sea realmente efectivo, son los límites impuestos por el Artículo N° 171 de la Constitución (4), que condiciona la aplicación de sus normas a que estas no sean contrarias a la Constitución y las leyes, alejándose un tanto de sus lineamientos generales establecidos con el Convenio 169 (6), en el que se estableció como único límite de la aplicación del derecho indígena, los derechos fundamentales establecidos tanto en la legislación interna como en los pactos internacionales sobre derechos humanos. Siendo el límite impuesto por la ley constitucional lo que le ha restado efectividad y fuerza, en

la medida en que el ordenamiento jurídico nacional no tomaba en cuenta la existencia de ese derecho indígena y por lo tanto la aplicación de sus normas siempre encontraba una barrera y un límite en el ordenamiento jurídico nacional.

c) La aplicación de la justicia comunitaria y el debido proceso.

El debido proceso contiene diferentes derechos que garantizan la aplicación de una sanción dentro de un proceso judicial en el que el imputado ha podido ejercer plenamente todos los derechos previstos en la constitución y en los instrumentos de derechos humanos, consecuentemente, toda sanción impuesta sin un debido proceso, así hubiera sido aplicada la justicia comunitaria, vulnera esta garantía constitucional y puede ser impugnada a través de los recursos constitucionales, dado que es el Tribunal Constitucional el órgano encargado de velar por el respeto a los derechos y garantías constitucionales.

Sin embargo es preciso reconocer que es prácticamente imposible que todos los derechos o garantías componentes del debido proceso puedan ser cumplidos en la aplicación de la justicia comunitaria, por ello, en el análisis de acto impugnado que realice el Tribunal Constitucional, deberán considerarse las particularidades de los procedimientos utilizados por las autoridades indígenas, examinando si el núcleo esencial del debido proceso, compuesto fundamentalmente por el derecho a la defensa y la posibilidad de conocer la acusación que pesa sobre una persona fue respetado, garantizando de ésta manera una comprensión e interpretación intercultural de los hechos y de las normas aplicables, con la finalidad de evitar una interpretación etnocéntrica y mono cultural. El respeto a la diversidad cultural supone el reconocimiento de que una sola orientación cultural no debe

determinar cuándo se produce la vulneración de derechos fundamentales y garantías constitucionales y que solución otorgar. Por ello para garantizar la interpretación intercultural de los hechos y del derecho, sería interesante que en virtud al carácter multiétnico y pluricultural de nuestro país, en el tribunal exista una Sala especializada, destinada exclusivamente al conocimiento de los asuntos de la justicia comunitaria; cuya conformación tendría que ser un reflejo del carácter multiétnico y pluricultural de estado.

d) Análisis de la justicia comunal en el plan de la CERIAJUS: hacia un modelo de justicia inclusiva.

El tema de la justicia comunal es amplio y complejo, habiendo sido trabajado por no pocos autores. Sin embargo, solo interesa tres temas en especial, en éste artículo, los cuales serían hilos conductores del presente trabajo: Primero: La naturaleza jurisdiccional de la Justicia comunal, en otras palabras ejercen funciones jurisdiccionales o son conciliadores. Segundo: La validez y eficacia de las decisiones de estas autoridades, Tercero: Facultad de impartir justicia de las rondas campesinas (14).

2.2.3. Marco normativo de la justicia comunal: la justicia Comunal esta constitucionalmente recogida en el Perú

El Artículo N° 149 de la Constitución Política (4) establece que “Las autoridades de las comunidades campesinas y nativas con el apoyo de la rondas campesinas, pueden ejercer las funciones jurisdiccionales dentro de su ámbito territorial de conformidad con el derecho consuetudinaria, siempre que no violen los derechos fundamentales de la persona. La ley establece las formas de coordinación de dicha jurisdicción especial con los Juzgados de Paz y con las demás instancias del Poder Judicial”, de esta manera reconoce la atribución de ejercer funciones jurisdiccionales a las autoridades de las

comunidades campesinas y nativas, con el apoyo de las rondas campesinas. Esto significa que mediante esta norma se está estableciendo una nueva jurisdicción “especial”. En consecuencia, como instancia jurisdiccional, sus decisiones constituyen cosa juzgada y no son revisables por algunas otras. De todo ello se puede advertir, evidenciado en la Constitución Política (4) que en nuestro sistema jurídico se ejerce:

- a) Poder Judicial a través de sus órganos jerárquicos (Artículo N°138)
- b) Por la jurisdicción militar (Artículo N°139.1),
- c) Por la jurisdicción arbitral (Artículo N°139.1),
- d) Por la Jurisdicción constitucional (Artículo N° 201),
- e) Por la jurisdicción electoral (Artículo N° 178 Inc.4) y
- f) Por la jurisdicción especial (Artículo N° 149).

Un problema que se puede advertir en el seno constitucional de la justicia comunal, tiene que ver con el Artículo N° 149 y está referido a la colisión entre la justicia comunal y el principio de unidad y exclusividad de la jurisdicción.

Dicho artículo ha sido introducido de manera asistemática y pareciera estar en contradicción con otros artículos de la carta, como los Artículos 138°, 139° y 142 que deberían ser revisados en reforma constitucional. En este sentido compartimos lo señalado por ésta autora cuando señala que: “el art. 138 debería indicar que: “La potestad de administrar justicia emana del pueblo y se ejerce a través de la jurisdicción ordinaria, por el Poder Judicial y a través de la jurisdicción especial por las autoridades indígenas y campesinas” y no por reducirlo a la primera afirmación, pues de ese modo niega la jurisdicción especial (15).

Ciertamente la justicia comunal constituye una excepción al principio de unidad y exclusividad de la jurisdicción por parte del proceder judicial. Así ha sido reconocido por diferentes académicos, cuando se señalan que el Artículo N° 149 de la Constitución “permite el ejercicio de la función jurisdiccional por un órgano u organización judicial distinto al poder judicial, limitándose el principio de unidad y exclusividad del Poder Judicial para dicha función consagrado en el artículo 139 Inc. 1” (16). El principio de unidad y exclusividad no es absoluto tiene excepciones como son la justicia constitucional a cargo del Tribunal Constitucional, la justicia electoral a cargo del Jurado Nacional de Elecciones y la Justicia Comunal a cargo de las Comunidades Campesinas y Nativas. La consecuencia es evidente, por lo que debería revisarse y modificarse el principio constitucional recogido en el Artículo N° 139 (5).

a) El Convenio N° 169 de la Organización Internacional del Trabajo

El Convenio 169 (6) es un cuerpo normativo de naturaleza vinculante, en cuyo marco debemos interpretar las normas referidas a la justicia comunal, por lo que constituye una norma de obligación consulta. En dicha norma existe una importante referencia a la justicia de los pueblos indígenas para solucionar los conflictos que pueden surgir dentro de ellos; por lo que deberán respetarse los métodos a los que estos pueblos recurren tradicionalmente para represión de los delitos cometidos por sus miembros

Un punto crucial es que si las rondas campesinas tienen derecho a impartir justicia, sin embargo dicha interrogante ha quedado zanjada con la promulgación de la Ley N° 27908, Ley de Rondas Campesinas (10), la cual en su Artículo N° 1 establece que “Los derechos reconocidos a los pueblos indígenas y comunidades campesinas y nativas se aplican a las rondas

campesinas en lo que les corresponde y favorezca”; en conclusión podemos afirmar que el Convenio N° 169 se aplica a las Rondas Campesinas.

b) Código Civil

En el Libro I, Derecho de las personas. Artículo 134°, Noción y fines de las Comunidades campesinas y nativas, establece que “Las comunidades campesinas y nativas son organizaciones tradicionales y estables de interés público, constituidas por personas naturales y cuyos fines se orientan al mejor aprovechamiento de su patrimonio, para beneficio general y equitativo de los comuneros, promoviendo su desarrollo integral. Están regulados por legislación especial”. El Artículo 135°, además establece que para la existencia jurídica de las Comunidades se requiere además de la inscripción en el respectivo registro, su reconocimiento oficial (11).

c) Ley N° 24656, Ley general de comunidades campesinas

Esta ley reconoce la autonomía en la organización, trabajo comunal, uso de tierras, así como en lo económico y administrativo, señala entre otras cuestiones lo relativo a los comuneros y su régimen administrativo, regula la asamblea general y a la directiva comunal, también establece que las comunidades ejercen actividad empresarial como son: empresas comunales, empresas multicomunales y participando como socia en empresas del sector público, asociativo o privado (17).

d) Decreto Supremo N° 008-91-TR. Reglamento de la Ley General de Comunidades Campesinas

Ese es el marco normativo respecto a la organización y administración de las comunidades campesinas, como se puede ver que se encuentran excesivamente reguladas, mucho más que otras personas jurídicas, lo que ocasiona que no pueden tener un margen de acción de

acuerdo a sus propias costumbres. La Asamblea General, es el órgano supremo de las Comunidades. Los directivos y representantes comunales son elegidos periódicamente, mediante voto personal, igual, libre, secreto y obligatorio (18).

e) La justicia comunal en el contexto del proceso de reforma de la administración de justicia

En el marco del proceso de reforma de la administración de justicia en curso en nuestro país, uno de los puntos de revisión y propuesta ha sido el capítulo referido al Poder Judicial de la Constitución Política de 1993, han sido presentados diferentes propuestas, en todas ellas existe una referencia a la justicia comunal, en reemplazo del actual articulado.

Un elemento común entre todos los proyectos presentados más allá de las razonables diferencias, es que todas las propuestas reconocen de alguna u otra manera, la existencia de la justicia comunal. En otras palabras existe una referencia a la justicia comunal a la hora de regular constitucionalmente el poder judicial y el sistema de justicia. Diferentes organizaciones como la Comisión de Estudio de Bases de la Reforma Constitucional, Asociación de Jueces de Justicia y la Democracia (JUSDEM) grupo de expertos convocado por el consorcio Justicia Viva, organizaciones de rondas campesinas, Comisión Coordinadora Nacional de Rondas Campesinas, Central Unificada Provincial de Rondas Campesinas Cuproch, Bambamarca, Cajamarca, hasta el proyecto de ley del Congreso de la República, no han sido ajenas al tema de la justicia comunal y han presentado diversos proyectos con el fin de limitar la justicia comunal, pero no hay un esfuerzo para desarrollar las implicancias del reconocimiento de la jurisdicción especial.

f) Informe final del acuerdo nacional por la justicia.

En el marco del proceso de reforma de la administración de justicia en el Perú, merece destacarse también la propuesta elaborada por el Acuerdo Nacional por la Justicia (19), tuvo como objetivo central proponer al país un amplio debate regional y nacional para la generación de políticas públicas relativas al Poder Judicial, buscando consensos en la sociedad civil, para discutir en forma abierta transparente y descentralizada la reconstrucción judicial y en esa vía el tipo de justicia que se quiere en una sociedad moderna y democrática, presentando un proyecto como: “2. Acceso a la justicia.-Para la realización de ésta política. El estado, el poder judicial y la sociedad civil promoverán: h) la convergencia de las formas comunitarias de justicia con el sistema de justicia formal, reforzando las garantías de los derechos humanos y la legalidad democrática”; j) promover el desarrollo institucional, considerando las decisiones de la jurisdicción especial de las comunidades campesinas y nativas con el apoyo de las rondas campesina, siempre que se respeten los derechos fundamentales de las personas”.

g) Pronunciamiento de la Corte Suprema.

Un hecho sin precedentes es sin lugar a dudas la Sentencia 975-04 de la Sala penal Transitoria de la Corte Suprema (20), que sobre un proceso judicial venido de Moyobamba, San Martín, declara nula la sentencia absolviendo en vía de recurso de nulidad la pena privativa impuesta a los ronderos como consecuencia del ejercicio de la facultad jurisdiccional contemplada en el Artículo 149° de la carta magna. Los ronderos habían sido acusados de resistencia a la autoridad, secuestro y usurpación de autoridad.

Como señala Ardito (21) dicha sentencia marca un precedente fundamental para la relación que en el futuro deberán mantener las

autoridades policiales, poder judicial y Ministerio Público con las rondas campesinas. La redacción del Artículo 149° de la Constitución (4) es confusa en lo relacionado a las rondas campesinas, pues no queda claro si estas tienen facultades jurisdiccionales, habida cuenta que el texto dice “con el apoyo de”, en otras palabras no quedaba claro si estaban facultados para administrar justicia o eran simplemente un órgano de apoyo. El tercer numeral de la sentencia arriba mencionada señala “Que en tal sentido la conducta de los procesados, no reviste el carácter doloso que requiere el tipo penal de secuestro, dado que su actuar se encuentra normado y regulado por el Artículo 149 de la Constitución (4), que a la letra dice: “Las rondas campesinas pueden ejercer las funciones jurisdiccionales dentro de su ámbito territorial de conformidad con el derecho consuetudinario..” no habiendo advertido con ello ningún ejercicio abusivo del cargo ya que por el contrario todos los denunciados actuaron conforme a sus ancestrales costumbres” (21).

En relación con la detención efectuada por los ronderos, la misma sentencia señala que “al haber concurrido la causa de justificación el actuar por disposición de la ley en el presente proceso: en consecuencia si bien la acción típica; sin embargo no es antijurídica, por ende tampoco culpable”. En buena cuenta la opción asumida por el máximo organismo jurisdiccional de nuestro sistema de justicia, es el reconocimiento de las atribuciones jurisdiccionales de las rondas campesinas, con ello ha reconocido que, en realidad, las rondas campesinas son una organización que no solo resuelve conflictos como señalaba la Ley 27908 (10), sino que, además está facultada para administrar justicia y sancionar los responsables de delitos (21).

h) El reconocimiento de las rondas campesinas como instancia de resolución de conflictos

El principal avance en materia de justicia comunal sin lugar a dudas es el reconocimiento a la facultad jurisdiccional a las rondas campesinas, lo cual se había convertido en una demanda de las diferentes organizaciones de las rondas campesinas a nivel nacional. Como sabemos el Artículo 149° (4) asignaba una “función de apoyo” a las rondas campesinas, desconociendo abiertamente la realidad de la justicia que se imparte en el campo, y en concreto la realidad de las rondas campesinas.

Con esta propuesta las rondas campesinas ya no podrán ser objeto de procesos penales como la comisión de delitos como secuestros, usurpación de funciones, etc., tal como ha ocurrido con las rondas de San Martín, que han sido librados por la Sala Suprema, lo que constituye un avance notable para el desarrollo de las rondas campesinas en nuestro país, que encuentran una garantía para su labor jurisdiccional.

h) Fundamentos de la Justicia comunal.

Considerando que las comunidades campesinas y nativas y las rondas campesinas no solo tienen la potestad de resolver conflictos, sino también cuentan con la facultad jurisdiccional para sancionar aquellos actos que sean considerados antijurídicos, de acuerdo a sus propias normas, uso y costumbres tal como viene ocurriendo, su accionar se sustenta en lo siguiente:

- **La justicia Comunal ya existe**, las autoridades de las comunidades campesinas de las comunidades nativas y de las rondas campesinas ya ejercen jurisdicción, incluso de las comunidades nativas desde antes del artículo 149° de la Constitución Política.

- **Por sistemática constitucional**, la ubicación de la justicia comunal en el Artículo 138° de la propuesta de reforma constitucional, da cuenta de la importancia de esta dentro del sistema de justicia. Las decisiones adoptadas por las autoridades de las comunidades campesinas y nativas y de las rondas campesinas no son equiparables a los medios alternativos de solución de conflictos, pues estas han sido objeto de mención y escueta regulación.
- **La justicia comunal es de diferente naturaleza que la conciliación extrajudicial**, si bien la conciliación extrajudicial constituye un mecanismo importante en la actividad de las autoridades de las comunidades campesinas, nativas y rondas en un conjunto de conflictos tal como ocurre con la justicia de paz, consideramos que no agotan el contenido de la justicia comunal. Efectivamente existen un conjunto de conflictos de naturaleza y contenido penal como pueden ser faltas y delitos como son el abigeato, donde los mecanismos de resolución de conflictos como la conciliación extrajudicial resultan insuficientes e ineficaces. La conciliación no está pensada para estas conductas, más si tenemos en cuenta que las rondas campesinas y la justicia comunal surgen como una manera de enfrentar el flagelo del abigeato. En tal sentido no se le puede asignar naturaleza de los Medios Alternativos de Resolución de Conflictos, MARCs (22, 23) a las decisiones de las autoridades de las comunidades campesinas, nativas y rondas campesinas, es decir eliminar la naturaleza jurisdiccional de las decisiones que adopten estas autoridades significaría debilitar significativamente la justicia comunal.
- **Por principio de primacía de la realidad**, que es otro elemento de tener en cuenta, la propia realidad, en la cual las autoridades de las

comunidades campesinas y nativas, así como las propias rondas campesinas imparten justicia de manera célere e inmediata en cientos de zonas rurales de nuestro país. Reducir la justicia comunal a simples MARCs significaría enfrentarnos frente a una realidad y contra una práctica vigente sumamente arraigada en nuestro país y que finalmente surge ante una necesidad insoslayable de mantener seguridad pública en el campo y de impartir justicia, ante la gran cantidad de conflictos suscitados en el mundo rural.

- **Por su propio nombre**, otra razón tiene que ver con el nombre que le asigna la propia Comisión Nacional para la Reforma Integral de la Administración de Justicia CERIAJUS (13), siempre es justicia comunal sin equivoco alguno, en el mismo plan de reforma de la justicia se denomina Justicia de Paz y Justicia Comunal.
- **La consolidación de la Justicia comunal es política de estado**, la Justicia comunal viene a ser una piza fundamental de Política de Estado, en materia de justicia en el marco de los esfuerzos por mejorar el acceso a la justicia de la población.

2.2.3.1 Diferenciación entre pueblos indígenas, comunidades campesinas y nativas, rondas campesinas y comités de autodefensa.

Con relación a “Pueblos indígenas, se ha señalado que su significado jurídico, no sociológico, ni cultural, implica su calidad de sujetos de derechos a los cuales les corresponde una categoría jurídica particular, o sea sujetos que poseen un derecho típico y exclusivo” (24). El convenio 169 de la OIT (6) define a los pueblos indígenas como un grupo humano unido por una lengua común, un territorio ancestral, valores y tradiciones propias, al que se le

deberá agregar que poseen derechos anteriores y preferentes a la formación del estado peruano, lo que significa que lo único que este es reconocerlos e incluirlos en el sistema jurídico estatal como sujeto jurídico; hay que entender pues que tienen una existencia pre estatal.

Por otra parte las comunidades y los pueblos indígenas, tienen alcances diferentes, las comunidades solamente detentan una perspectiva agrario campesinista, por el contrario, los derechos de los pueblos indígenas son derechos humanos que alcanzan también a las comunidades en su condición de ser o poder para reivindicarse como parte de un pueblo en una multiplicidad de derechos y no solo agrarios (24).

Sin embargo, debemos señalar que la protección a los derechos de los pueblos indígenas, tiene como base su reconocimiento a través del bloque de constitucionalidad; así el Artículo 89° (4) ha reconocido a las comunidades campesinas y nativas su existencia y personalidad jurídica pero no hay una referencia constitucional del término “pueblos indígenas”. Por ello precisamos que para realizar el análisis jurídico, nosotros utilizaremos el termino comunidades campesinas y nativas que se compatibiliza con las disposiciones y normas vigentes en nuestro ordenamiento jurídico, sin dejar de tener presente que el derecho del pueblo indígena no deriva de las normas estatales sino de su propia existencia, de sus ser social, no del ser jurídico otorgado por la legislación nacional, el derecho de los pueblos indígenas está más allá de esa normatividad pero también atiende a ella en tanto corresponde a la condición contemporánea de existencia. El estado es una realidad inevitable. De allí entonces que se hable de pueblos indígenas peruanos para aludir condición de los pueblos

Contemporáneos, son indígenas y peruanos simultáneamente (24).

Doctrinariamente se entiende que las comunidades campesinas son heterogéneas, es decir que son distintas entre sí. Se les ha definido como un grupo social integrado por campesinos andinos, identificados económica, social, cultural e históricamente dentro de un espacio territorial y que más allá de una relación individual-familiar que destaca en sus actividades, desarrollan una interacción colectiva para provecho de todos los miembros (2). En la práctica tienen su propia organización y eligen por sí mismo a sus autoridades, siendo la asamblea comunal el órgano máximo de su organización, cuyos integrantes representan a cada familia de la comunidad; asimismo constituye el espacio donde se deliberan los intereses de la comunidad y se establecen mecanismos de control social y aplicación de sus usos y costumbres como forma de resolver sus conflictos y de alcanzar la justicia.

2.2.3.2 Proceso de reconocimiento de la justicia comunal

Históricamente el nacimiento de la república como tal no trajo cambios sustanciales a la situación de los pueblos indígenas; muy por el contrario ha relegado sus derechos y obviamente desconocido el pluralismo cultural y legal a través de la marginación y represión de sus prácticas culturales diferentes al sistema único jurídico nacional imperante.

No obstante desde la última década del siglo XX presenciamos importantes cambios normativos y asistimos a compromisos institucionales vinculados al reconocimiento de la justicia impartida en los pueblos indígenas Sin embargo estos esfuerzos no son suficientes puesto que la mayor parte de políticas públicas aún no se han puesto en marcha, por ejemplo, hace falta aún la promulgación de una ley de coordinación entre las autoridades de las comunidades en los Jueces de Paz y las diversas instancias del Poder

Judicial, conforme lo establece el propio texto del Artículo 149° de la Constitución (4), sin embargo, a pesar de ello, consideramos que la norma constitucional es limitante al establecer que la coordinación se realice solamente con los Juzgados de paz y demás instancias del Poder Judicial. En realidad, se debió haber referido al sistema de administración de justicia en general porque así abarca a una pluralidad de actores relacionados con la función jurisdiccional, distinto al poder judicial.(resaltado es nuestra). A la fecha una de las propuestas más importantes es la elaborada por la CERIAJUS (13) que dentro del plan de reforma de la administración de justicia en nuestro país, se encargó de la justicia comunal en los grupos de trabajo de la Reforma de la Constitución y Leyes Orgánicas y también en el grupo de trabajo de acceso a la justicia.

2.2.3.3. La justicia comunal como forma de jurisdicción

Previo a cualquier análisis de la justicia comunal es necesario enmarcarla dentro del ejercicio de potestad jurisdiccional del estado, para ello es necesario hacer referencia a los Artículos 138° y 139° Inciso 1 de la Constitución (4) que señalan, respectivamente: “La potestad de administrar justicia emana del pueblo y se ejerce por el poder judicial a través de sus órganos jerárquicos con arreglo a la Constitución y las leyes”; y “Son principios y derechos de la función jurisdiccional: 1. La unidad y exclusividad de la función jurisdiccional. No existe ni puede establecerse jurisdicción alguna independiente, con excepción de la militar y la arbitral. No hay proceso judicial por comisión o delegación (...)” Conforme a estos artículos solo se reserva exclusivamente la potestad de administrar justicia al poder judicial, sin la posibilidad de encargar a otras instituciones. Sin embargo debemos señalar que aunque la función jurisdiccional es única e indivisible, la

competencia no lo es, y es bajo este criterio que la constitución reconoce jurisdicciones especiales como las ejercidas por el Tribunal Constitucional, el Jurado Nacional de Elecciones o la justicia militar, así también la ejercida por las autoridades de las comunidades campesinas y nativas a que se refiere el Artículo 149° de la Constitución. Ese parecer además se sustenta en el hecho de que hemos ratificado el Convenio 169 de la OIT (6), que conforme lo dispone el Artículo 55° de la Constitución (4), los tratados celebrados por el estado y en vigor forman parte del derecho nacional, siendo que la propia constitución que establece que los tratados internacionales son fuente de derecho en el ordenamiento jurídico peruano.

2.2.3.4. El derecho consuetudinario aplicado a la justicia comunal

Al afirmar que la costumbre es fuente de normas jurídicas pasa por establecer, ante todo el significado que asimismo de norma jurídica, por lo que cabría preguntarnos ¿qué necesita una normas para ser considerada jurídica?, para Rubio (25) quien nos presenta una definición lógica jurídica, la norma jurídica es “es un mandato de que a cierto supuesto debe seguir lógico jurídicamente una consecuencia, estando tal mandato respaldado por la fuerza del estado para el caso de eventual cumplimiento”, sin embargo él reconoce que esta concepción lógica muchas veces no se cumple en la realidad, ello nos lleva a reflexionar sobre la importancia misma de la costumbre en nuestro sistema jurídico, dada la relación existente entre justicia comunal y derecho consuetudinario. De este modo debe diferenciarse entre la costumbre general y la costumbre jurídica esta última es considera como tal en cuanto tiene respaldo de la fuerza estatal y concurren en él los siguientes requisitos: uso generalizado, conciencia de obligatoriedad y la antigüedad. En este sentido una norma jurídica, proviene de la costumbre como fuente

porque a través de su uso generalizado, su conciencia de obligatoriedad y su antigüedad, el contenido normativo de dicha práctica se impone jurídicamente y en virtud de ellos, las diversas instancias del estado le reconocen fuerza legal y actúan consecuentemente con ello (25). Como podemos apreciar la costumbre jurídica es de naturaleza distinta a la ley y a la jurisprudencia en las que su construcción necesita de participación estatal. Por el contrario la producción de la norma consuetudinaria, no supone la participación estatal, salvo para su reconocimiento. Así la costumbre es la principal fuente de sus normas, constituyéndose en actos frecuentemente repetitivos en la comunidad, las cuales son reconocidas por la Constitución peruana siempre que enmarquen dentro de las observaciones de los derechos fundamentales.

2.2.3.5. Derecho consuetudinario

Varias son las razones por las que es importante el estudio y conocimiento del derecho consuetudinario de los pueblos indígenas: en primer lugar, por qué es considerado como una parte integral de la estructura social y la cultura de un pueblo, por lo que su estudio es un elemento fundamental para mejorar conocimientos de las culturas indígenas; en segundo lugar, porque junto a la lengua, el derecho consuetudinario constituye un elemento básico de su identidad étnica de un pueblo, nación o comunidad. Cuando un pueblo ha perdido la vigencia de su derecho tradicional, ha perdido también una parte esencial de su identidad étnica, de su identidad como pueblo, aun cuando conserve otras características no menos importantes para su identidad. Los pueblos indígenas de mayor vitalidad étnica son aquellos entre los cuales subsiste el derecho consuetudinario propio; en tercer lugar, su naturaleza condiciona las relaciones entre dichos pueblos y el estado, influyendo así en la posición de

ellos en el conjunto de la sociedad nacional. Finalmente porque repercute en la forma en que los pueblos indígenas gozan o, por el contrario, carecen de derechos humanos individuales y colectivos, incluyendo lo que actualmente se llama los derechos étnicos y culturales.

El derecho consuetudinario es objeto de atención por parte de dos disciplinas de las ciencias sociales: la Antropología y la Ciencia Jurídica. La Antropología se ha ocupado del tema, subsumiendo generalmente en la temática más amplia de la estructura social y política de los pueblos indígenas, pocos antropólogos señalan la especialidad de lo jurídico en su tratamiento global del control social y la organización política, sin embargo hay notables excepciones de la antropología jurídica es una de las sub disciplinas más dinámicas de la antropología en la época actual. En cuanto a los especialistas en derecho, generalmente ignoran o niegan validez a lo que podemos llamar el derecho consuetudinario considerando que solo la norma escrita o codificada, o sea el derecho positivo del estado, merece su atención.

2.2.3.6. Derecho consuetudinario y pueblos indígenas

La subordinación de los pueblos indígenas al estado colonial primero y a la república independiente después, modificaron profundamente las estructuras sociales y las características culturales, incluyendo, por su puesto las costumbres jurídicas. Nada más equivocado que la idea de que el derecho consuetudinario de los pueblos indígenas es un conjunto de normas ancestrales que se han mantenido inmutables desde la época pre colonial. Si bien este derecho consuetudinario puede contener elementos cuyo origen puede trazarse desde la época pre colonial, también ha de contener otros elementos de origen colonial y otras más que hayan surgido en la contemporánea.

En todos estos elementos constitutivos del derecho consuetudinario conforman un complejo interrelacionado que refleja la cambiante situación histórica de los pueblos indígenas, las transformaciones de su ecología, demografía, economía y situación política frente al estado y sus aparatos jurídicas, administrativos. Incluso los mismos elementos pueden significar cosas totalmente distintas en contextos estructurales disímiles, de ahí que para muchos observadores el derecho consuetudinario indígena no sea más que la forma en que las comunidades y pueblos indígenas reinterpretan, adoptan y usan el derecho positivo nacional a su manera.

El derecho consuetudinario de los pueblos indígenas merece particular atención porque está estrechamente vinculado a otros fenómenos de la cultura y de la identidad étnica, tales como la estructura familiar, social y religiosa de la comunidad, de la lengua y los valores culturales propios de la etnia.

La vigencia del derecho consuetudinario indígena constituye uno de los elementos indispensables para la preservación y reproducción de la cultura indígena en el país y el continente; y por el contrario, su desaparición constituye a su vez a la asimilación y el etnocidio de los pueblos indígenas.

2.2.3.7. Las comunidades indígenas y el derecho penal

La definición y tipificación de los delitos es objeto de códigos penales, pero, de todas maneras es bien sabido que el concepto y la identificación de un delito es la resultante de circunstancias históricas y contextos culturales. Por todo ello no es sorprendente que con frecuencia lo que la ley nacional tipifica como un delito no lo es para la comunidad indígena, o por el contrario, una infracción social sujeta a castigo en una comunidad indígena, es decir un delito en lenguaje jurídico, puede no ser reconocido como tal

para la legislación nacional penal vigente, por ejemplo: la legislación sobre producción, distribución y consumo de sustancias estupefacientes, que es generalmente reprimida tanto a nivel nacional como internacional, sin embargo para muchos indígenas la producción y consumo de ciertas plantas psicotrópicas forma parte de su cultura y prácticas sociales tradicionales, tal es el caso de la coca en los lugares andinos y del peyote y los hongos alucinógenos en México. En el segundo caso, el de la brujería aceptada y sancionada como actividad antisocial en numerosas comunidades indígenas, pero que generalmente no es reconocida como delito. En las legislaciones nacionales, la práctica judicial ha documentado numerosos y dramáticos homicidios que son sancionados por el derecho penal nacional, pero admitidos como forma de hacer justicia o legítima defensa personal en el derecho consuetudinario de sus comunidades.

2.2.3.8 La justicia comunitaria

Es una institución de derecho consuetudinario mediante la cual se sanciona conductas que se entienden reprobables y se gestionan conflictos con capacidad regulatoria en un ámbito social comunitario, sin la intervención del estado ni su burocracia, sino directamente dentro de la comunidad de individuos en la que las autoridades naturales de la comunidad hacen de equilibrantes entre las dos partes enfrentadas.

Para que haya justicia comunitaria es necesario que haya administración de justicia y que haya comunidad. Si falta alguna de las dos, estaremos frente a otro tipo de situación. No será justicia comunitaria si se gestionan conflictos sin la obligatoriedad derivada del ámbito social específico. No será justicia comunitaria si el ámbito social en el que se inscribe la gestión no considera dinámicas de identidad y pertenencias.

La justicia comunitaria se traduce como el derecho de los pueblos indígenas a administrar su sistema jurídico. Es un derecho Humano colectivo reconocido por normas internacionales (6) la Constitución (4) y las leyes.

La justicia comunitaria o más propiamente el sistema jurídico indígena, es aquel sistema compuesto por autoridades, normas y procedimientos a través del cual los pueblos indígenas y originarios regulan la vida de la comunidad y resuelven sus conflictos. Sin embargo, no está exenta de errores, por ello que las instituciones como la Defensoría del Pueblo, alertan sobre la necesidad de promover los derechos de las personas sometidas a la jurisdicción indígena, principalmente los de los grupos poblacionales vulnerables como mujeres, niños, adolescentes y ancianos. El defensor del pueblo promueve los derechos humanos como límite del ejercicio del sistema jurídico indígena, principalmente el derecho a la vida, la integridad física y la prohibición de tortura, al interior del sistema jurídico indígena (1). Normalmente la justicia comunitaria no tiende exclusivamente a la pena sino que da importancia a la restitución del equilibrio y la reparación del daño.

Las características de la justicia comunitaria son simples, las partes se enfrentan a sí mismos, es un sistema no profesional e informal, no intervienen profesionales del derecho, no se emplea un lenguaje jurídico específico, no participan autoridades estatales.

2.2.3.9 Modalidades de la justicia comunitaria

a) Como primera modalidad la justicia comunitaria es aplicada en los casos LEVES al cual corresponde también las sanciones leves como son: adulterio, hurto, agresiones y otros. Y se les procede a sancionar mediante

chicotazos por la autoridad o la persona afectada y el resarcimiento del daño.

- b) La justicia comunitaria se adecua a los casos SIMPLES como son: robo, faltas cometidas a sus normas, abusos, et., al cual se le aplica como sanción los trabajos comunales el cual beneficiara a toda la comunidad y al resarcimiento del daño a la persona afectada.
- c) La justicia comunitaria es aplicada a los actos antisociales GRAVES, los cuales se diferencian de los anteriores por causar daños a toda la comunidad o la colectividad humana como son: asesinato, traición, rechazo a sus creencias, amenaza, etc., a estos actos se les impone como sanción la exclusión o expulsión de la comunidad como medida de seguridad para la persona y la comunidad misma.
- d) Entre otras características se ha podido observar que existen sanciones corporales, sanciones económicas, sanciones morales, es decir el arrepentimiento y la humillación pública del autor del daño y de la comunidad misma.

2.2.3.10 Relación entre justicia estatal y comunitaria

La justicia comunitaria no debe comprenderse únicamente a partir de movimientos que se están adelantando alrededor de la transformación del Estado. Las comunidades no son un simple material sobre el que esculpe los actores externos a ellas, toman al menos uno de dos caminos para el establecimiento y sometimiento de figuras de justicia comunitaria, de un lado pueden desarrollar con cierta autonomía instituciones e instancias propias de la gestión y regulación de los conflictos, por otro lado asumir, asistir y desarrollar en su seno figuras de administración de justicia creadas por el estado para el manejo de un cierto rango de conflictos. Desde el lado del

estado se puede apreciar dos tipos de movimientos frente a la justicia comunitaria: primero, el reconocimiento de ciertas figuras nacidas en las comunidades y la validación de sus actuaciones entre el sistema jurídico nacional, segundo, el establecimiento de ciertas instancias y procedimientos mediante los cuales las comunidades alcanzan decisiones validas ante el sistema jurídico nacional.

Concluyendo, se puede afirmar que existe una relación entre la justicia estatal y la comunitaria puesto que la segunda está reconocida por la primera y cuando no actúe contrariando a la Constitución, las leyes y normas o códigos y otros ordenamientos jurídicos que limitan la situación del mismo.

2.2.3.11 Ventajas y desventajas de la justicia comunitaria

Entre las ventajas:

- a) La solución de conflictos es rápida, no existe una dilación entre hechos y las resoluciones.
- b) Gratuidad, ahorro económico para las partes.
- c) Reparadora, los ocasionados por la conducta reprobada son pagadas en especie, dinero o trabajo.
- d) Eficacia, existe escaso riesgo de corrupción de los mediadores, por cuanto las autoridades son elegidas y controladas democráticamente.

Entre las desventajas:

- a) El agresor pasa a ser víctima y viceversa.
- b) El estado se desmenuza en miles de cabezas de la comunidad.
- c) Vulneración de los derechos humanos y los derechos fundamentales individuales.
- d) Los prepotentes tienen toda la posibilidad en un enfrentamiento cara a cara.

e) La persona que tiene al apoyo de la comunidad siempre va ganar.

2.2.4 EL DERECHO POSITIVO.

Es el conjunto de normas jurídicas emanadas de autoridad competente y que esta reconoce y aplica, es el derecho que se exterioriza en las leyes, las costumbres, la jurisprudencia y la doctrina, y cuya aplicación puede ser exigida por cualquiera que tenga un interés jurídico en hacerlo; esta noción es opuesta, por muchos juristas y filósofos, a la de derecho natural, por considerar que se trata de dos sistemas diferentes, tanto por su origen como por su respectivo contenido. Así, el primero constaría únicamente de los preceptos que forman o han formado el derecho en la realidad, mientras que el segundo sería la expresión de anhelos ideales, no siempre convertidos en normas jurídicas (26). Empero, (27) la ley positiva, para serlo verdaderamente, debe guardar una cierta distancia con la ley natural. Esa distancia, en todo caso, no puede ser tal que entre lo justo positivo y lo justo natural no exista ninguna vinculación. Lo que proporciona fuerza obligatoria a las leyes humanas es, precisamente, su condición de normas derivadas del derecho natural. Por ende, distancia aquí no significa completa desvinculación entre normas positivas y derechos naturales.

Derecho positivo es el conjunto de normas jurídicas escritas por una soberanía, esto es, toda la creación jurídica del órgano estatal que ejerza la función legislativa, pero es menester aclarar que no sólo se considera derecho positivo a la ley, sino además a toda norma jurídica que se encuentre escrita (decretos, acuerdos, reglamentos, etc.), es decir, está compuesto no solo de leyes sino de normas que es un concepto más amplio (28), en este sentido, el derecho positivo descansa en la teoría del normativismo que estructura al derecho según una jerarquía de normas (jerarquía normativa).

Desde el punto de vista de otras corrientes de pensamiento jurídico, que no excluyen la existencia del derecho natural o Derecho divino, el derecho positivo sería aquel que emana de las personas, de la sociedad, y que debe obedecer a los anteriores para ser justo y legítimo (28).

Por otro lado, el concepto de derecho positivo está basado en el iuspositivismo, corriente filosófico-jurídica que considera que el único derecho válido es el que ha sido creado por el ser humano. El hombre ha creado el Estado y en él ha constituido los poderes en los que se manifestará la soberanía; el poder legislativo es quien originariamente crea el derecho, mediante las leyes. En cambio, el iusnaturalismo sostiene que por encima del derecho positivo, imperfecto y mutable, hay un derecho natural de carácter universal, el cual constituye un auténtico derecho; el primero solo podrá ser considerado como derecho válido en la medida que se adecúe al derecho natural (29) sustentado en valores supremos a los cuales el ser humano puede aspirar mediante la razón, por lo que el Derecho no requiere estar escrito para ser válido, sino que basta con la posibilidad de que se infiera de los valores esenciales del ser humano, a este derecho natural, se le conoce hoy como los derechos humanos, que no es otra forma de lo que tradicionalmente se denominaban derechos naturales (29).

La concepción del positivismo jurídico abarca un solo derecho, lo que también se conoce como monismo jurídico: el derecho positivo. En cambio, para el iusnaturalismo o Derecho natural, existen dos derechos (dualismo jurídico): el derecho positivo y el Derecho natural. Este último se define como el conjunto de principios o valores superiores a los cuales podemos acceder a través de la capacidad humana y que prevalecen sobre el derecho positivo y son siempre válidos. El origen de esta doctrina es tan antiguo como el

Derecho, y puede rastrearse intelectualmente desde el paso del mito al logos en la Grecia Antigua.

El Derecho escrito es un sistema jurídico que posee una normativa recogida por escrito, es el derecho expresado en una ley (Derecho legislado), emitida por un legislador, promulgada y publicada para su cumplimiento; se opone al concepto de usos y costumbres, que da origen al derecho consuetudinario; sin embargo, la evolución jurídica tiene su iniciación en una etapa en la cual todo el derecho existente es consuetudinario. Es que antes de la existencia del derecho escrito (*ius scriptum*), se encuentran normas no escritas que, nacidas en el seno del pueblo por el uso constante (*longa consuetudo, inveterata consuetudo*), valían por convicción general de los ciudadanos como preceptos obligatorios, tanto para el individuo en particular como para la comunidad en general (30). La legislación escrita comienza con la historia y la civilización en sumeria (Código de Hamurabi). Los legisladores griegos (Solón, Licurgo, Clístenes) que daban leyes a sus polis fueron venerados como héroes. En la antigua Grecia se entendía el respeto de la ley como la condición de ciudadanía y de libertad, al concebir cada individuo su sujeción a la comunidad política y sus normas no como resultado de la dependencia de otro hombre más fuerte o más digno, sino como la sumisión a un principio inmaterial ("la ley es el rey", *nomos basileus*), incluso cuando se está en desacuerdo con ella o acarrea la propia muerte (suicidio de Sócrates). El Derecho romano era principalmente un Derecho escrito (*ius scriptum*), mientras que el de los pueblos germánicos era consuetudinario. El Derecho pretende ordenar la vida de convivencia entre los hombres, y se proyecta sobre las relaciones sociales.

Pero, el Derecho no es un simple fenómeno aislado, se presenta como una realidad compleja donde convergen tres grandes dimensiones que se complementan entre sí: la histórica (fáctica), la normativa y la valorativa (axiológica). Donde quiera que haya un fenómeno jurídico, hay siempre un HECHO subyacente (económico, geográfico, demográfico, etc.), un VALOR que confiere determinada significación a ese hecho, y una NORMA que representa la relación que integra uno de aquellos elementos en el otro: el hecho en el valor. Entonces el Derecho se presenta como una realidad constitutivamente tridimensional que se manifiesta y actúa al mismo tiempo como hecho, como norma y como valor (31).

Las tres dimensiones anteriores (histórica, normativa y valorativa) han suscitado diferentes estudios sobre el Derecho, originando a su vez otros tantos saberes jurídicos. No obstante, estos elementos o factores (hecho, valor y norma) no pueden existir separados unos de otros, sino que coexisten en una unidad concreta, pues todas las dimensiones de lo jurídico actúan como elementos de un proceso, de tal modo que la vida del Derecho resulta de la interacción dinámica y dialéctica de los tres elementos que la integran. Por tanto, las tres dimensiones integrantes de la realidad jurídica son igualmente importantes e imprescindibles para el conocimiento integral del Derecho, pues todos ellos contribuyen por igual a la configuración del mismo (31).

2.2.4.1 DIMENSION NORMATIVA

En esta dimensión, se reconoce al fenómeno jurídico en su presencia estrictamente jurídica. Además de ser un hecho social, el Derecho se manifiesta también como norma, mandato, regla de conducta obligada, a diferencia de otros muchos hechos sociales que no son normativos. Así, el

Derecho se caracteriza entonces por establecer las conductas sociales que los individuos deben asumir dentro de la vida en comunidad, y como consecuencia de esto, esta dimensión se ve reflejada en las normas jurídicas que prescriben una conducta social debida. Esto es la norma jurídica.

Dentro de la sociedad podemos encontrar diferentes tipos de conductas debidas y de normatividades, tales como las normas morales y religiosas, empero, las normas jurídicas (o las normas de Derecho) se van a distinguir de las dos anteriores debido a que cuentan con una nota muy particular que es la coacción, que implica la facultad de hacer cumplir una norma jurídica incluso en contra de la voluntad de los individuos a través del uso de la fuerza legitimada e institucionalizada del poder político y soberano.

2.2.4.2 DIMENSION FACTICA (O HISTORICA)

Para llevar a cabo la regulación de las relaciones sociales, es evidente que el Derecho tiene que contar con la existencia de unos hechos o realidades fácticas que constituyen el objeto de las diferentes regulaciones jurídicas (hechos económicos, políticos, religiosos, científicos, tecnológicos, entre otros) (31).

Entonces, manifestada como un hecho social, esta dimensión observa al derecho como un acontecer que se presenta de manera cotidiana en la vida de las personas, a este fenómeno se le conoce como “la omnipresencia del Derecho”. Al ser un fenómeno social, el derecho forzosamente se encuentra interrelacionado con los demás fenómenos que podemos encontrar dentro de la vida comunitaria, como lo son los fenómenos económicos y políticos.

Dentro de esta dimensión fáctica o sociológica, se puede estudiar al fenómeno jurídico desde dos ámbitos: dentro del mismo derecho y desde el punto de vista de otras y todos son ciencias sociales. Dentro del mismo

Derecho, las disciplinas que se encargan de dicho estudio son: Historia del derecho, sociología jurídica, la filosofía (a través de la ética y la lógica jurídica), mientras que desde el punto de vista de otras ciencias sociales, esta dimensión del derecho es estudiada por ciencias como:

1. **La sociología jurídica**, que concibe al Derecho como un modo de comportamiento social y que influye en la adopción de determinadas conductas.
2. **La antropología jurídica**, que concibe al Derecho como una manifestación cultural.
3. **La psicología jurídica**, que concibe al Derecho como una forma de influencia en la conducta de los individuos.
4. **La historia del derecho**, que comprende al fenómeno jurídico como uno de los hechos de la voluntad humana.
5. **La ciencia política**, que concibe al Derecho como un fenómeno social que responde a ciertos intereses o circunstancias que se vinculan con las relaciones de poder.

2.2.4.3 DIMENSION AXIOLOGICA

Todo hecho social y normativo es a la vez valioso, lo que quiere decir que esta dimensión es la que concibe al derecho como valor, portador y garantizador de otros valores superiores. Detrás de la existencia de las normas jurídicas y como razón de su obligatoriedad, se encuentran los valores que necesariamente son perseguidos por todo derecho.

Asimismo, en el origen de toda norma jurídica está presente siempre un juicio de valor, de tal forma que la dimensión valorativa puede considerarse como uno de los elementos originarios del Derecho. La propia existencia del Derecho positivo apunta hacia la presencia de unos principios o valores que

actúan como si estuvieran situadas más allá o por encima de ese derecho positivo.

La dimensión axiológica es la que se va a encargar del análisis del “doble estándar valorativo del Derecho” referido a:

1. Al derecho como valor que surge, de su sola presencia en la sociedad, como generador de valores jurídicos con carácter instrumental (Orden, seguridad e igualdad), y
2. Al derecho como portador de valores superiores, como la vida y la dignidad humana.

Todo hecho social y normativo es a la vez valioso, lo que quiere decir que el Derecho se presenta también como valor. Es portador de unos valores, especialmente el valor de justicia, que intenta proyectar sobre la realidad jurídica.

En el origen de toda norma jurídica está presente siempre un juicio de valor, de tal forma que la dimensión valorativa puede considerarse como uno de los elementos originarios del Derecho. La propia existencia del Derecho positivo apunta hacia la presencia de unos principios o valores que actúan como si estuvieran situadas más allá o por encima de ese derecho positivo (31).

2.3 DEFINICION DE CONCEPTOS

a) Administración de justicia

Función pública derivada de la soberanía del Estado que se atribuye a los jueces y magistrados, en solitario o colegiadamente integrados en Secciones o en las Salas de Justicia de los Tribunales, dentro de un marco complejo de elementos y relaciones jurídicas (existencia de procesos reguladores en la ley, medios materiales y medios personales o

humanos que auxiliien al juez en el perfecto desempeño de sus quehaceres), tributarios todos ellos del acto final del juez, es decir, del acto de administración de justicia o de ejercicio de la función jurisdiccional (32).

b) Comunidades campesinas

Son organizaciones de interés público, con existencia legal y personería jurídica, integrados por familias que habitan y controlan determinados territorios, ligadas por vínculos ancestrales, sociales, económicos y culturales, expresados en la propiedad comunal de la tierra, el trabajo comunal, la ayuda mutua, el gobierno democrático y el desarrollo de actividades multisectoriales, cuyos fines se orientan a la realización plena de sus miembros y del país (17).

c) Comunidad nativa

Las Comunidades Nativas tienen origen en los grupos tribales de la Selva y Ceja de Selva y están constituidas por conjuntos de familias vinculadas por los siguientes elementos principales: idioma o dialecto, caracteres culturales y sociales, tenencia y usufructo común y permanente de un mismo territorio, con asentamiento nucleado o disperso (33).

d) Conflictos

Condición de discrepancia entre dos partes, que obstaculiza la convivencia armoniosa entre dos personas o grupos de personas de una colectividad.

e) Costumbres

La norma consuetudinaria o costumbre es, pues, norma de conducta que, observándose con conciencia de que obliga como norma jurídica, es tan

obligatoria como la contenida en un texto legal. Es la norma creada e impuesta por el uso social y para que la costumbre sea jurídica es preciso que sea un uso social continuado y uniforme, que sea racional y que sea observado con la convicción de que se trata de una norma obligatoria (34).

f) Derecho consuetudinario

Conjunto de normas legales de tipo tradicional, no escritas ni codificadas, distintos al derecho positivo vigente en nuestro país, aplicado en grupos sociales específicos tales como comunidades campesinas y nativas. El derecho consuetudinario puede coexistir con el derecho positivo de un país o región, presentándose en algunos casos conflictos entre sistemas legales o jurídicos (34).

g) Derecho escrito

Es el derecho creado por el legislador y expresado en los textos que ha sancionado.

h) Derecho positivo

Conjunto de normas jurídicas vigentes en un Estado o en la comunidad internacional, en un momento dado, cualquiera que sea su fuente. Es el derecho "constituido", el derecho tal cual existe realmente (26).

i) Dimensión axiológica

En el origen de toda norma jurídica está presente siempre un juicio de valor, de tal forma que la dimensión valorativa o axiológica puede considerarse como uno de los elementos originarios del Derecho

j) Dimensión fáctica

El Derecho es un hecho social. Para llevar a cabo la regulación de las relaciones sociales, es evidente que el Derecho tiene que contar con la

existencia de unos hechos o realidades fácticas que constituyen el objeto de las diferentes regulaciones jurídicas (hechos económicos, políticos, religiosos, científicos, tecnológicos, etc.).

k) Dimensión normativa

Además de ser un hecho social, el Derecho se manifiesta también como norma. Esta dimensión es la manifestación del derecho positivo como mandato y regla de conducta obligada, a diferencia de otros muchos hechos sociales que no son normativos.

l) Justicia comunitaria

Es el derecho de los pueblos indígenas a administrar su sistema jurídico.

Es un derecho Humano colectivo reconocido por normas internacionales (Convenio 169 OIT, declaración de las naciones unidas sobre los derechos de los pueblos indígenas), la constitución y las leyes.

m) Tradiciones

Del latín *traditio*, la tradición es el conjunto de bienes culturales que se transmite de generación en generación dentro de una comunidad.

Se trata de aquellas costumbres y manifestaciones que cada sociedad considera valiosas y las mantiene para que sean aprendidas por las nuevas generaciones, como parte indispensable del legado cultural.

n) Valores

Consideramos como valores a las propiedades, cualidades o características de una acción, una persona o un objeto consideradas típicamente positivas o de gran importancia. Los valores son objeto de estudio de la Axiología.

CAPITULO III

MARCO METODOLOGICO

3.1. TIPO Y NIVEL DE INVESTIGACIÓN

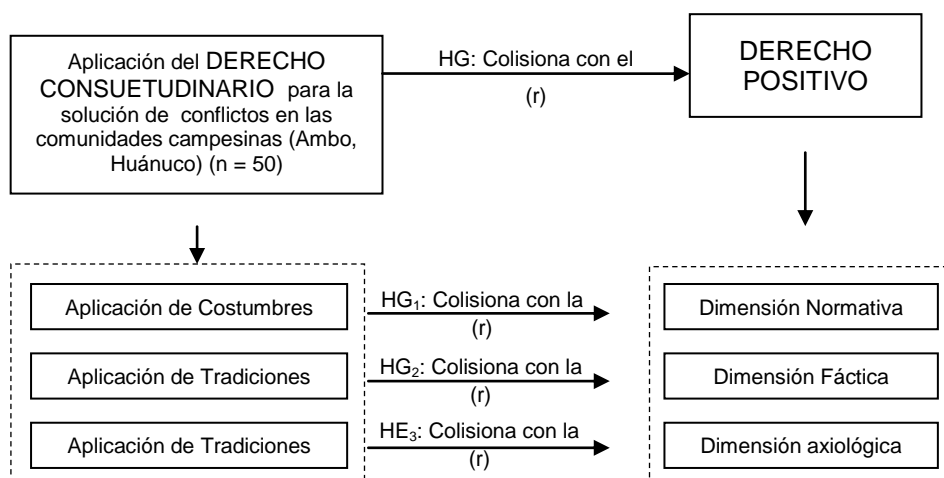
Tomando en cuenta la clasificación hecha por Landeau (35) la presente investigación corresponde a:

- Según la finalidad: corresponde a una investigación básica o teórica.
- Según su Carácter: es una investigación correlacional.
- Según su Naturaleza: corresponde a una investigación cuantitativa.
- Según su Alcance Temporal: es una investigación transversal.
- Según la orientación que asume: es una investigación orientada a la comprobación.

La investigación se ha realizado a nivel descriptivo y correlacional.

3.2. DISEÑO Y ESQUEMA DE INVESTIGACIÓN

Se ha empleado el método descriptivo correlacional, con diseño de corte transversal, cuyo esquema se presenta en la siguiente figura.



Leyenda: HG= Hipótesis General; HE_n= Hipótesis Específicas

Figura 2. Esquema de diseño de investigación transversal

3.3. POBLACIÓN Y MUESTRA

La población para el estudio estuvo representada por los comuneros pertenecientes a las comunidades campesinas de la provincia de Ambo, de la región Huánuco, correspondiente al periodo 2011 – 2012.

Se extrajo una muestra no probabilística (a criterio del investigador) constituida 50 comuneros pertenecientes a la comunidad campesina de Angamarca, del distrito de Huácar, Ambo, Huánuco.

3.4. DEFINICIÓN OPERATIVA DE LOS INSTRUMENTOS DE RECOLECCIÓN DE DATOS

Para el acopio de datos primarios, se ha empleado un cuestionario de 18 preguntas con escala nominal, dividida en dos secciones: Identificación (8 preguntas) y Uso y aplicación de derecho consuetudinario (10 preguntas).

Para el acopio de información de fuentes secundarias se ha empleado fichas textuales y de resumen.

3.5. TÉCNICAS DE RECOJO, PROCESAMIENTO Y PRESENTACIÓN DE DATOS

a) Acopio de datos e información

Para el acopio de datos primarios se ha realizado una encuesta personal asistida, ad hoc, con visita en domicilios de las unidades de muestra (n=50); asimismo, se ha empleado la observación de los usos, costumbres y patrones de conducta de los miembros de la comunidad campesina.

Para el acopio de información de fuentes secundarias se utilizaron las siguientes técnicas:

El fichaje, para recoger la información, que permitió construir el marco teórico, disponible en bibliotecas, hemerotecas de universidades públicas y privadas de Huánuco y en Internet.

Análisis documental, para analizar los casos de conflictos resueltos con el derecho consuetudinario en comparación con las dimensiones normativa, fáctica y axiológica o valorativa del derecho positivo.

b) Procesamiento y análisis de datos

Los datos fueron procesados con Excel 2013 y Statistical Package for the Social Science (SPSS v.21) y analizados utilizando estadísticas descriptivas (técnicas numéricas y gráficas), y estadística inferencial (r de Pearson), para la demostración de hipótesis.

CAPITULO IV

PRESENTACIÓN Y ANÁLISIS DE RESULTADOS

4.1. CARACTERIZACION DE LA MUESTRA

La muestra estuvo constituida 50 comuneros de Angasmarca, Ambo, Huánuco (Figura 3), entre varones (56%) y mujeres (44%), en un rango de edad de 20 a más de 60 años, con una presencia mayoritaria de personas adultas (Figura 4) entre 30 a 59 años (74%), condición que describe a un grupo etario con madurez emotiva y social para responder a una encuesta o entrevista.

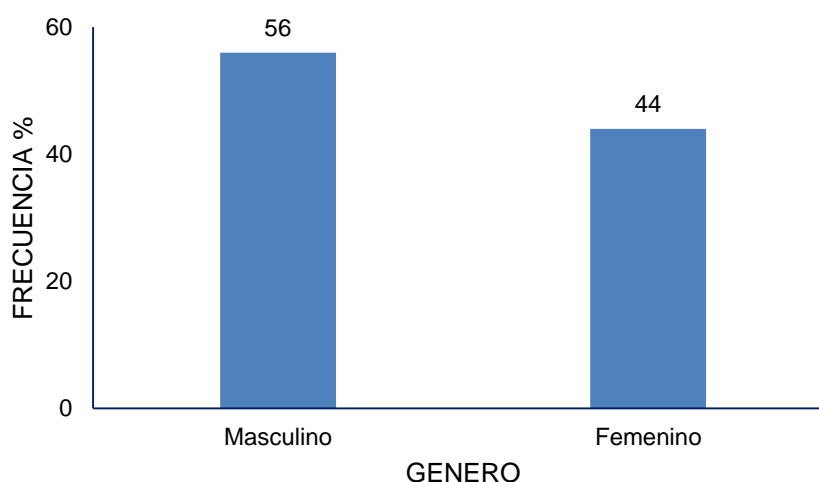


Figura 3. Género de encuestados

Al ser miembros de una comunidad campesina, los encuestados indicaron que se ocupan de labores agrícolas (44%) y pecuarias (24%) fundamentalmente (Figura 5), en condición de propietarios de sus tierras, mientras que un 20% se dedica a labores artesanales o como obrero de campo al servicio de los propietarios.

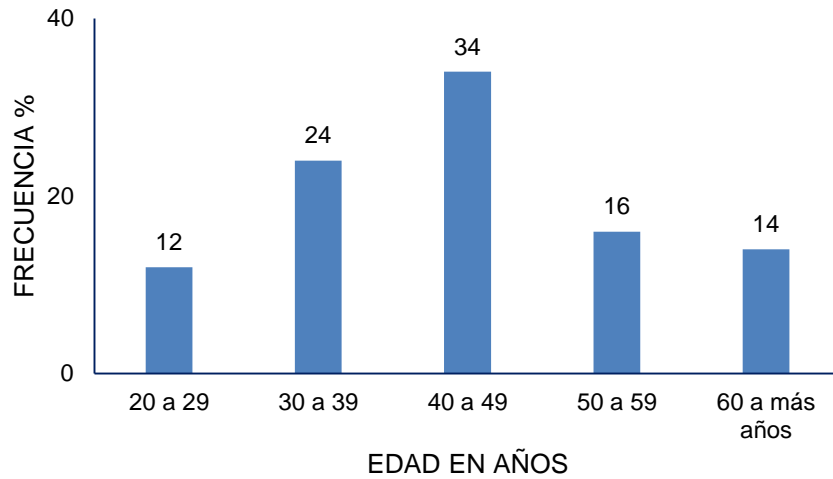


Figura 4. Edad de encuestados

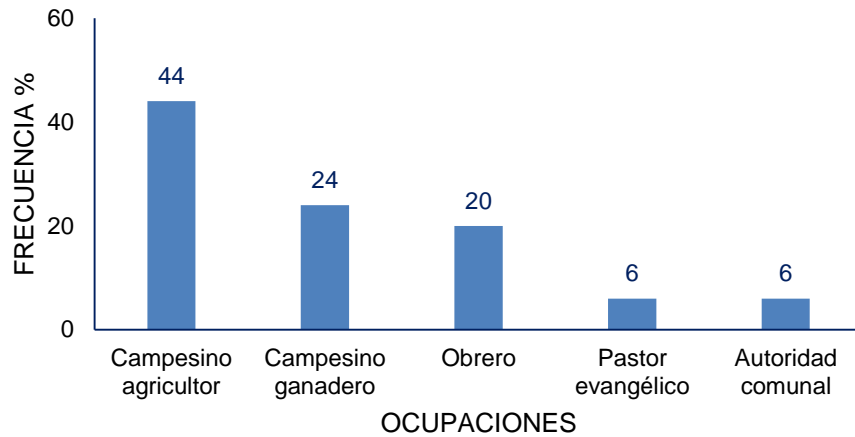


Gráfico 5. Ocupación de los encuestados

El idioma que tiene una mayor presencia es el Quechua (48%), en tanto este idioma no tiene escritura sino con ayuda de símbolos alfabéticos del idioma castellano, la comunicación entre sus hablantes es eminentemente oral. Algo más que un tercio (36%), sin embargo, domina Quechua y español, condición que les favorece en el entendimiento tanto de quechua hablantes como de hispanohablantes (Figura 6).

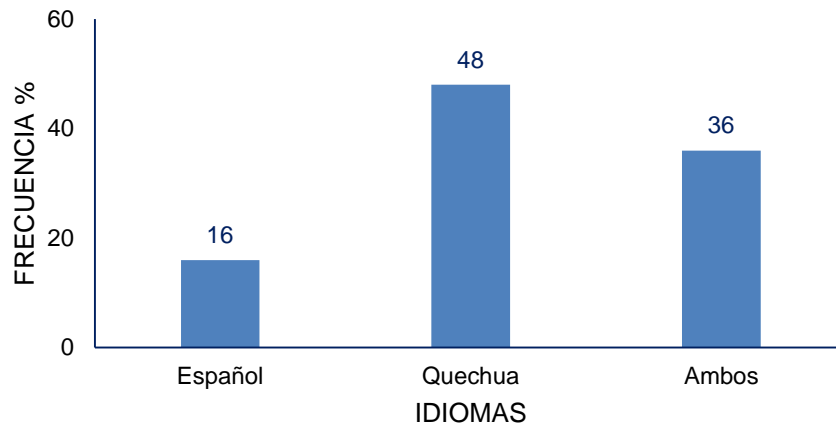


Figura 6. Idioma de los encuestados

Casi la mitad de los encuestados (48%) alcanzó a estudiar la primaria y un tercio de ellos (32%) no ha podido culminar la secundaria. Solo un 2% ha logrado culminar una educación superior (Figura 7).

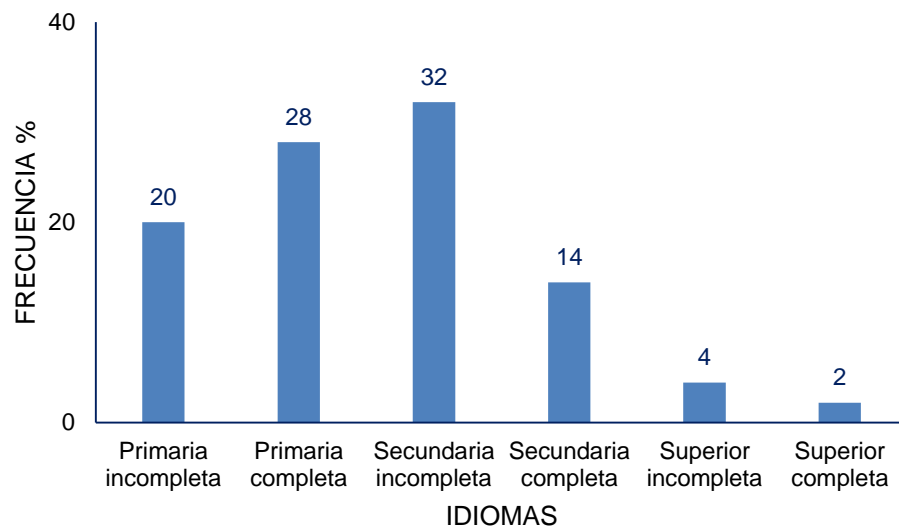


Figura 7. Nivel educativo de los encuestados

Estos resultados, al mostrarnos el nivel educativo de los comuneros, nos indican que las normas legales del derecho positivo estarían lejos de ser conocidas y plenamente comprendidas por ellos, al momento de ejercer la autoridad para impartir justicia. Ello justificaría, en cierta forma, que las comunidades campesinas y nativas recurran a las

costumbres, tradiciones y valores para solucionar sus conflictos interpersonales.

Por otro lado, si bien es cierto que la religión y la moral pueden modelar la conducta humana orientada hacia la perfección, sin embargo, al ser dogmática y radical, como los grupos denominados evangélicos que representan en conjunto el 74% de la población (Figura 8) puede extremar o atenuar las penalidades y castigos al aplicar sus normas con criterios religiosos antes que legales.

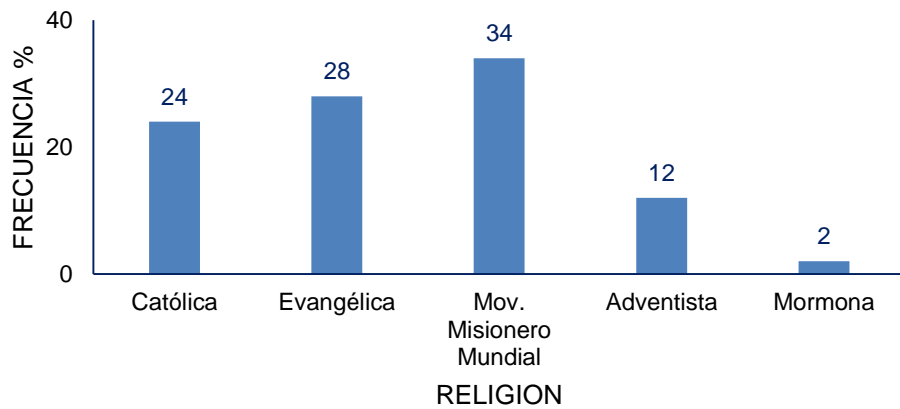


Figura 8. Religión que profesan los encuestados

En cuanto al estado civil de los comuneros, la convivencia (44%) es la más predominante (Figura 9), seguido de los casados (26%). Es alentador el caso de los divorciados que representa un mínimo porcentaje, hecho que hace suponer cierta armonía entre las parejas que en un total de 70% se mantienen unidas o estables en sus relaciones.

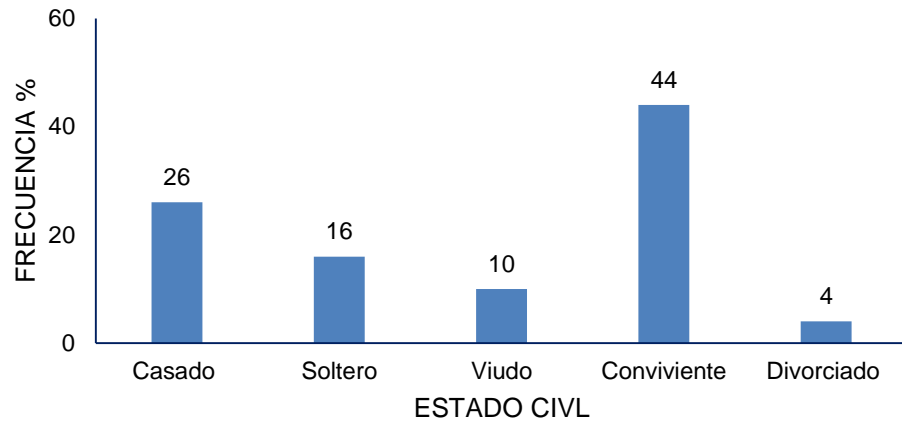


Figura 9. Estado civil de los encuestados

4.2. EL DERECHO CONSUECUDINARIO EN LA COMUNIDAD CAMPESINA DE ANGASMARCA, AMBO, HUANUCO.

El Derecho Consuetudinario, es un conjunto de normas legales de tipo tradicional, no escritas ni codificadas, distintos al derecho positivo vigente en nuestro país; puede coexistir con el derecho positivo de un país, región, o comunidad campesina o nativa, aunque en algunos casos se presentan conflictos entre ambos sistemas legales o jurídicos.

Ese conjunto de normas tiene la particularidad de ser eminentemente moral y son acatadas por todos los integrantes del grupo o comunidad donde se aplican, pues regulan los intereses públicos y privados de la colectividad buscando la convivencia armoniosa similar a los propósitos del derecho positivo, con la peculiaridad de que son conservadas y transmitidas por herencia social y en forma oral.

Las figuras siguientes nos ilustran sobre los usos y costumbres utilizadas por los comuneros de Angasmarca, Ambo, Huánuco, en el tratamiento y solución de los problemas que se presentan en las relaciones interpersonales y/o grupales de sus integrantes.

Algo más de la mitad de los comuneros (52%) desconocen las leyes oficiales de nuestro país (Figura 10), situación que dificultaría la aplicación del derecho positivo si este sector asume autoridad para impartir justicia dentro de la comunidad; pero, no por ello se deja de impartirla, se echa mano a las costumbres, tradiciones y valores vigentes en la comunidad, es decir, el derecho consuetudinario.

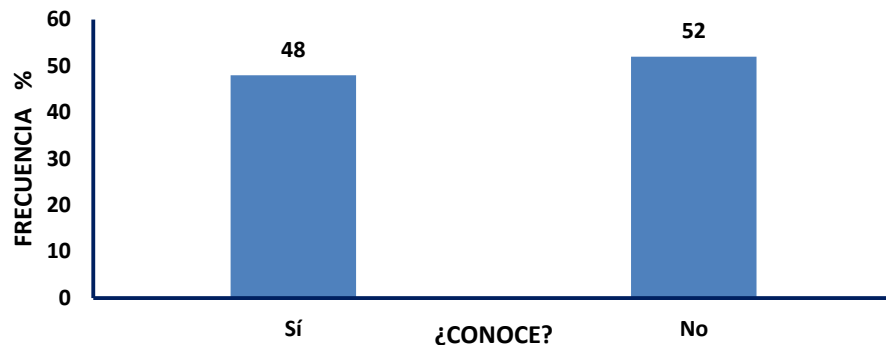


Figura 10. Conocimiento de leyes oficiales del país

Cuando los comuneros tienen problemas jurídicos en sus relaciones con los demás, en la mayoría de los casos (64%) estos se resuelven en la propia comunidad; probablemente el sector más ilustrado de la comunidad acude a los jueces de paz o a los tribunales de justicia (16%) que están ubicadas por lo general en la capital de la provincia, aunque un quinto de ellos acude a ambas instancias (Figura 11).

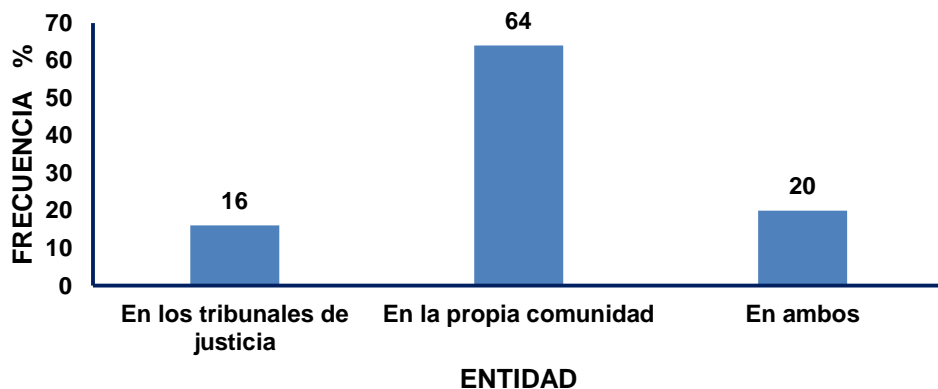


Figura 11. Entes donde se resuelven los problemas de carácter jurídico que se dan en la comunidad

Cuando los comuneros deciden solucionar sus diferendos dentro de la misma comunidad, la gran mayoría (72%) acude al concejo de la comunidad; a la familia (padres, tíos, padrinos suegros o demás familiares con potestad atribuida para la solución del problema); inclusive al curandero de la comunidad, probablemente como buscando una forma de beneficio para sí o castigo para el oponente. Sin embargo, es alentador que un quinto de los comuneros acude a un juez de paz (Figura 12).

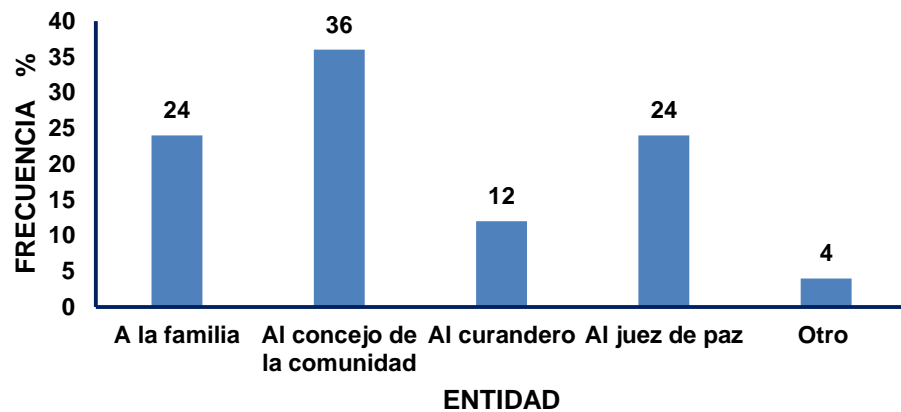


Figura 12. Entidad a la que se recurre para solucionar los problemas jurídicos que se dan en la comunidad

De acuerdo a la caracterización de la muestra, todos los comuneros mínimamente tienen instrucción de primaria lo que nos hace suponer que saben leer y escribir. Paradójicamente, la forma de presentación oral de sus casos es la más preponderante (56%) frente a la escrita (24%), mientras que la quinta parte de ellos lo hace en forma oral y escrita (Figura 13).

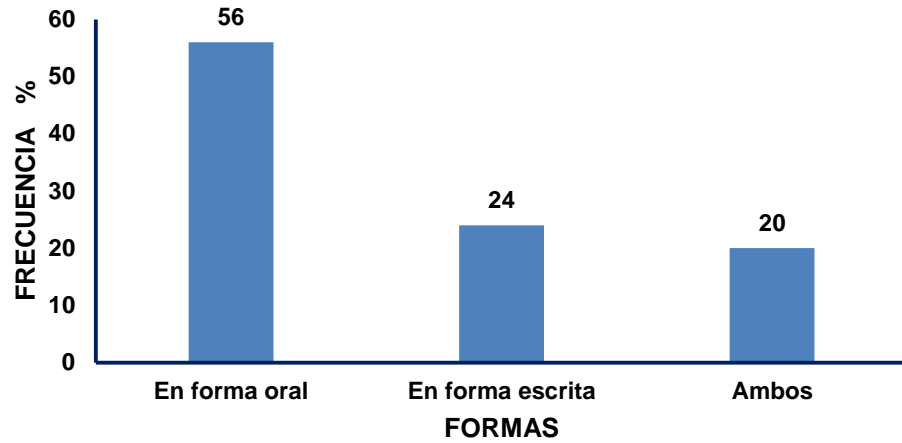


Figura 13. Formas planteadas de los casos por los afectados, para solucionar un problema jurídico

En la Figura 9 del subtítulo anterior, habíamos desrito que un 70% de la población vive en pareja ya sea como casados o convivientes, contrario a la armonía descrita en las relaciones conyugales, en la Figura 14 se muestra que el 32% de los problemas suscitados en la comunidad es por infidelidad de uno de los cónyuges, lo que probablemente suscita las demandas de separación y divorcio.

Otro de los problemas que no son muy relevantes pero frecuentes entre los comuneros, son los daños que causan los animales en las sementeras. Tambien son frecuentes los problemas de tierras ya sea por compra, herencia u otra forma de uso y posesión. Es preocupante que al interior de la comunidad tambien subsista los robos que en algunos casos se agrava con lesiones a las victimas.

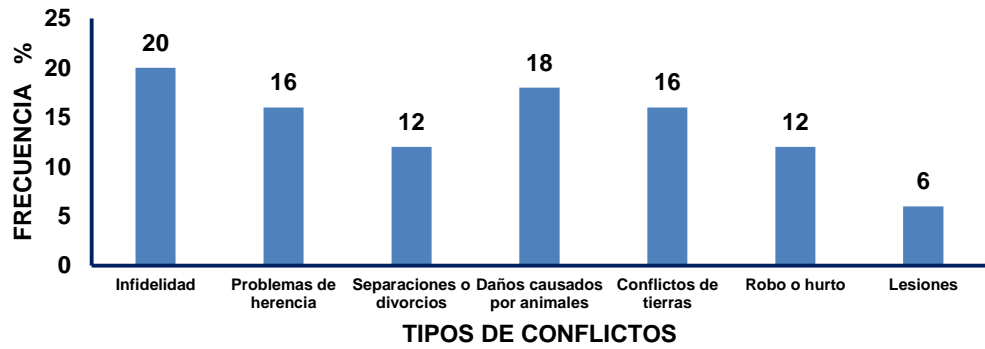


Figura 14. Tipos de conflictos se dan a nivel de la comunidad

Los comuneros de Angasmarca, Ambo, exigen la reparación del daño (Figura 15) sufrido como consecuencia del problema suscitado, pero hay quienes exigen que se castigue al infractor en caso de resultar culpable.

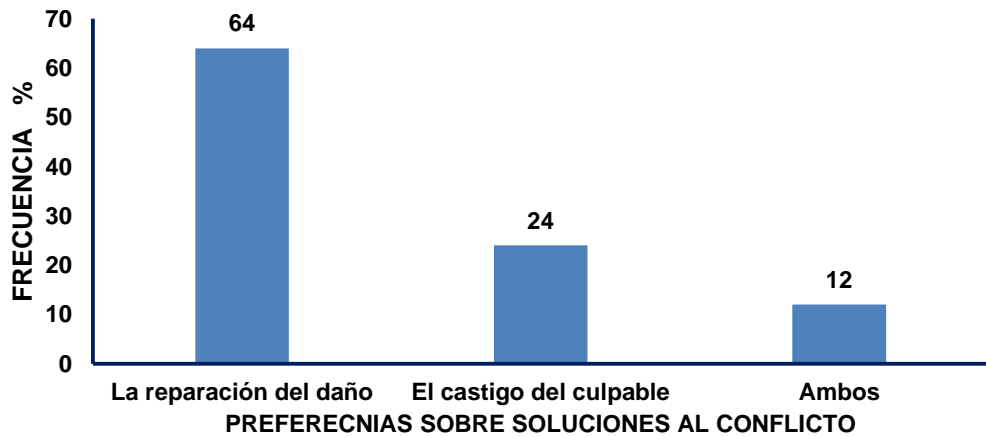


Figura 15. Preferencias de los afectados como solución del conflicto dentro de la comunidad

Para la reparación del daño sufrido a consecuencia del conflicto, los comuneros exigen que el culpable trabaje a favor del afectado (38%), que restituya el bien que ha perdido o ha sido sustraído por el infractor de la ley, o que entregue una compensación económica a justiprecio del daño sufrido (Figura 16).

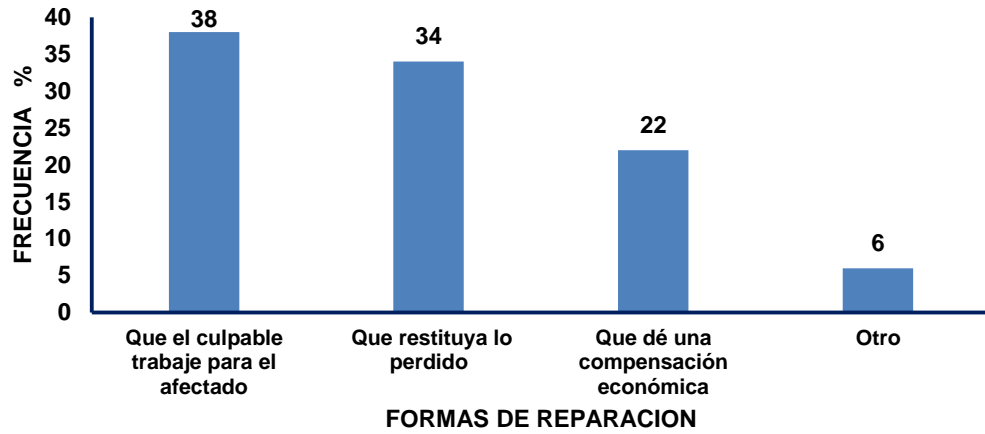


Figura 16. Formas de reparación del daño se utilizan dentro de la comunidad

Algunas de las formas de castigo que se acostumbra aplicar en la comunidad (Figura 17) tienen un carácter de escarmiento o son disuasivas incluso para los demás miembros de la comunidad, pues se somete al infractor a la vergüenza pública (34%) o a recibir azotes (24%) que también se hace en público. Un castigo severo resulta la expulsión de la comunidad que (26%), salvando la dimensión donde se dá, equivaldría a un deportación o expatriación. Sin embargo, un 16% sostiene que el caso materia de litigio debe ser de conocimiento del poder judicial (derecho positivo), donde debe solucionarse definitivamente.

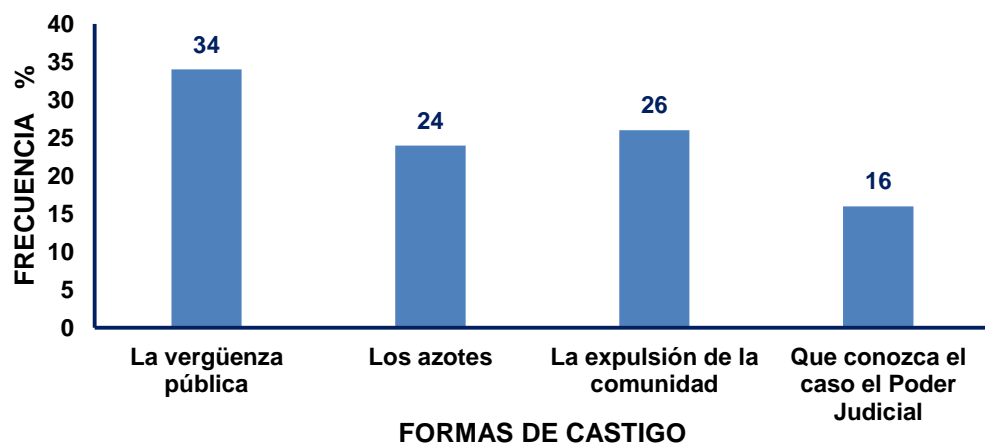


Figura 17. Formas de castigo aplicadas en la comunidad

En ocasiones se realizan castigos severos consistentes en linchamientos al culpable (Figura 18), actos que son considerados como soluciones adecuadas para los conflictos (64%), aunque estos pueden derivar en la muerte del linchado, pues la turba enardecida puede descontrolarse y cometer excesos, pero que si bien son soluciones en opinión de los comuneros, pero entraría en contradicción con las normas del derecho positivo, donde está prohibido la pena de muerte.

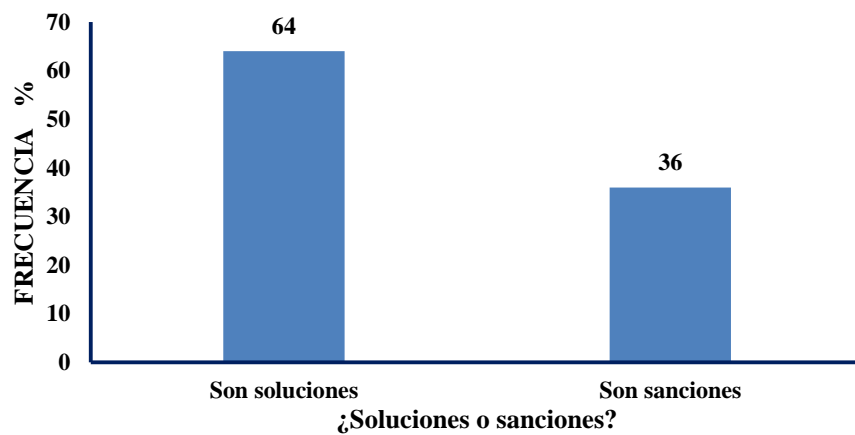


Figura 18. Opinión sobre los linchamientos llevados a cabo en la comunidad

Los conflictos entre los comuneros, dentro de la comunidad de Angasmarca, que fueron resueltos con el derecho consuetudinario fueron analizados considerando sus tres dimensiones (aplicación de las costumbres, aplicación de las tradiciones, y aplicación de los valores comunales) a través de una escala valorativa desde “Buena”, “Regular”, “Mala” y Muy mala”. Para el estudio se seleccionaron 30 casos que fueron registrados en las actas del consejo de la comunidad.

En la Figura 19, se aprecia el promedio de valoraciones efectuadas a los casos de conflictos donde se utilizó el derecho consuetudinario dentro de la comunidad campesina de Agnasmarca,

Ambo, Huánuco, observándose que para los encuestados las decisiones del juzgador se ubican entre malo y regular.

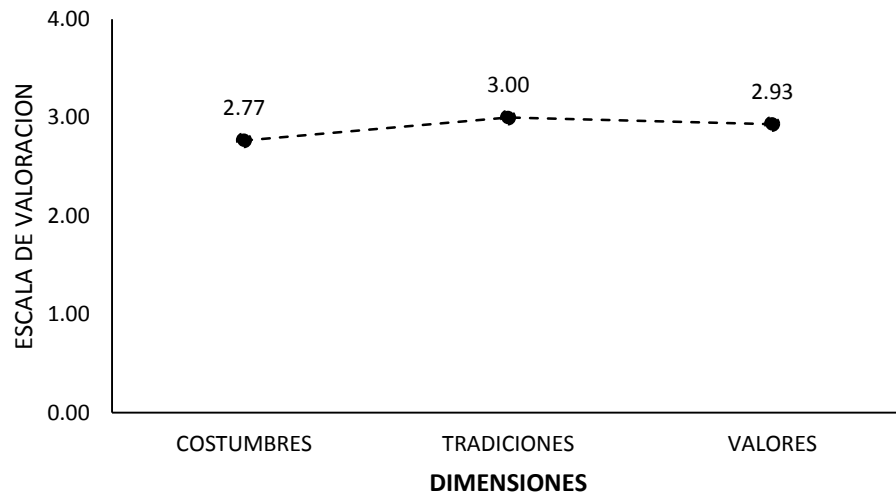


Figura 19. Casos analizados de aplicación de derecho consuetudinario, comunidad campesina de Angamarca

4.3. EL DERECHO POSITIVO APLICADO A LOS CONFLICTOS RESUELTOS EN LA COMUNIDAD CAMPESINA DE ANGASMARCA, AMBO HUANUCO.

Las tres dimensiones del derecho positivo (histórica o fáctica, normativa y valorativa o axiológica) no pueden existir separados unos de otros, sino que coexisten en una unidad concreta, pues todas las dimensiones de lo jurídico actúan como elementos de un proceso, de tal modo que la vida del Derecho resulta de la interacción dinámica y dialéctica de los tres elementos (hecho, valor y norma) que la integran. Por tanto, las tres dimensiones integrantes de la realidad jurídica son igualmente importantes e imprescindibles para el conocimiento integral del Derecho, pues todos ellos contribuyen por igual a la configuración del mismo.

En las comunidades campesinas, como es el caso de Angamarca, Ambo, Huánuco, generalmente se aplica el derecho

consuetudinario, sin embargo, en ejercicio de las funciones jurisdiccionales dentro de su ámbito territorial de conformidad con el derecho consuetudinario, tal como establece el Artículo 149° de la Constitución Política del Estado, no debe violar los derechos fundamentales de la persona, en este caso del comunero. Asimismo, siendo el debido proceso la aplicación de una sanción dentro de un proceso judicial en el que el imputado ha podido ejercer plenamente todos los derechos previstos en la constitución y en los instrumentos de derechos humanos, toda sanción impuesta sin un debido proceso, así hubiera sido aplicada la justicia comunitaria, vulnera esta garantía constitucional.

Los conflictos dentro de la comunidad de Angasmarca que fueron resueltos con el derecho consuetudinario fueron analizados, en cuanto a su concordancia con el derecho positivo considerando sus tres dimensiones, a través de una escala valorativa desde “no concuerda en absoluto”, “no concuerda”, “concuerda” y “concuerda plenamente”.

Para el estudio se seleccionaron 30 casos que fueron registrados en las actas del consejo de la comunidad, cuya representación gráfica de los promedios de las valoraciones, según la escala de valoración se presenta en la Figura 20.

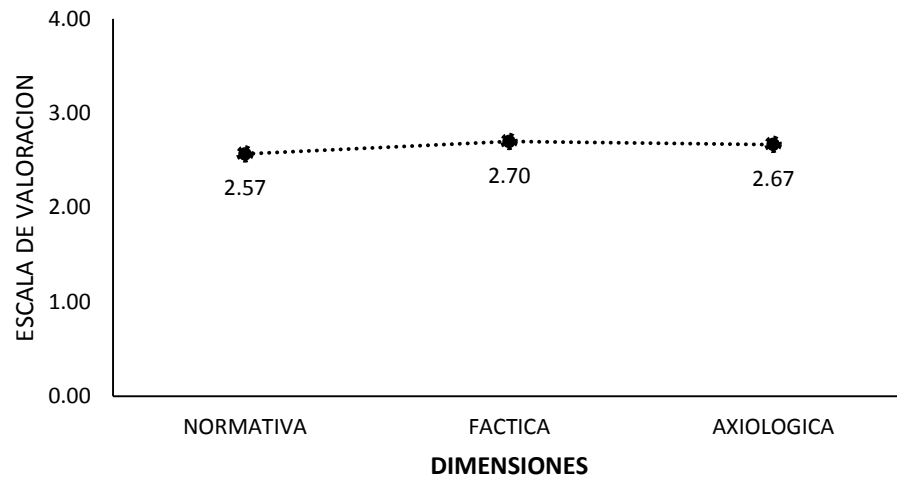


Figura 20. Comparación de casos analizados de aplicación de derecho consuetudinario en la comunidad campesina de Angamarca y su concordancia con el derecho positivo

4.4. PRUEBA DE HIPÓTESIS

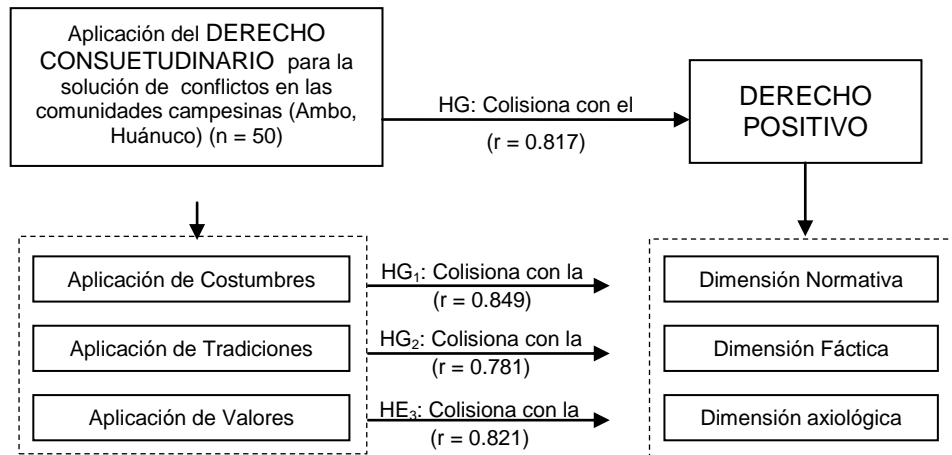
La aplicación de las normas del derecho consuetudinario en las comunidades campesinas está respaldada por la **OIT** (6); por la **Constitución Política** del Estado, Artículo 149° (4); el **Código Civil**, Libro I. Sección Cuarta. Derecho de las personas, Artículo 134° (7), Noción y fines de las Comunidades campesinas y nativas); **Ley N° 24656**, Ley general de comunidades campesinas (17); y el **Decreto Supremo Nro. 008-91-TR, Reglamento de la Ley de Comunidades Campesinas** (18). Sin embargo, como establece la misma Constitución Política su aplicación no debe violar los derechos fundamentales de la persona (Art. 149°), ni el principio del debido proceso (Art.139-3°) que son fundamentales para establecer un mínimo de equidad en la administración de la justicia comunal. El debido proceso tanto sustantivo, que protege a los ciudadanos de las leyes contrarias a los derechos fundamentales como el debido proceso adjetivo, referido a las garantías

procesales que aseguran los derechos fundamentales (38); el primero referido a la necesidad de que las sentencias sean valiosas en sí mismas, esto es, que sean razonables; mientras que el segundo alude al cumplimiento de ciertos recaudos formales, de trámite y de procedimiento, para llegar a una solución judicial mediante la sentencia (38).

Para este efecto, en este estudio se analizaron un conjunto casos resueltos mediante la justicia comunal, en aplicación de las normas del derecho consuetudinario, y su colisión o no colisión con el derecho positivo.

La hipótesis de investigación y las hipótesis específicas fueron organizadas esquemáticamente en el diseño de investigación (Capítulo III. Marco metodológico), en base al cual se ha elaborado la Figura 21, donde se muestran las correlaciones entre hipótesis específicas y la hipótesis general.

Como se observa en la Figura 21, las correlaciones son altas en las tres dimensiones integrantes de la realidad jurídica (hecho, valor y norma), así como entre el derecho consuetudinario y derecho positivo.



Leyenda: HG= Hipótesis General; HE_n= Hipótesis Específicas; r = Coeficiente de correlación de Pearson.

Figura 21. Resultados de las correlaciones entre el derecho consuetudinario y el derecho positivo: comunidad campesina de Angasmarca, Ambo, Huánuco

Basado en estos resultados y considerando el contexto en la cual se ha realizado la investigación, podemos inferir que la aplicación del derecho consuetudinario para la solución de conflictos en las comunidades campesinas de la provincia de Ambo, colisiona directamente con el derecho positivo, en el periodo 2011–2012, quedando demostrada positivamente la hipótesis de investigación.

CAPITULO V

DISCUSIÓN DE RESULTADOS

5.1. DISCUSION

En las comunidades campesinas se ha impartido justicia según las costumbres desarrollados y consolidadas a su interior, generalmente ejecutado por las personas mayores, en ocasiones ancianos (Consejo de ancianos).

Algunos de esos conocimientos provienen de periodos pre-incas e incas con un matiz agregado en el colonialismo y la república.

De allí que el derecho consuetudinario indígena o campesino es considerado por muchos como la forma en que las comunidades y pueblos indígenas reinterpretan, adoptan y usan el derecho positivo nacional a su manera.

El derecho positivo, es el resultado del desarrollo del derecho y las investigaciones de tratadistas y académicos que han consolidado un conjunto de normas que el estado o la comunidad internacional, reconoce como oficiales.

Es el conjunto de normas jurídicas vigentes en un Estado o en la comunidad internacional, en un momento dado, cualquiera que sea su fuente. Es el derecho “constituido”, el derecho tal cual existe realmente.

En la comunidad estudiada, los integrantes son mayoritariamente agricultores o ganaderos; casi la mitad son quechua hablantes (48%) con primaria (48%); la mayoría integra iglesias evangélicas (74%); cerca de la mitad convive con su pareja (44%), solo están casados el 26%.

Casi la mitad de ellos tampoco conocen las leyes oficiales (52%) y prefieren resolver los problemas jurídicos dentro de la comunidad (64%), ya sea dentro de la misma familia (24%) o en el consejo de la comunidad (36%), denunciando sus diferencias en forma oral (56%).

Los conflictos más frecuentes son: Infidelidad, daños causados por animales, litigios por terrenos y herencias. Exigen la reparación del daño (64%), mientras que solo el 24% exige que se castigue al culpable.

Las penalidades o formas de castigo impuestas para reparar el daño son que el culpable trabaje para el afectado (38%) y la restitución de la pérdida (34%). Asimismo, las formas de castigo más frecuentes son: la vergüenza pública (34%), expulsión de la comunidad (26%) y el azote (24%).

El derecho consuetudinario tiene amparo en el Convenio 169 de la OIT (6), que reconoce los derechos colectivos de los pueblos indígenas; la Constitución Política (4); Código Civil (11); Ley 24656 Ley general de comunidades campesinas (17); D.S. 008-91-TR que prescribe detalles respecto a la organización de la comunidad campesina (18).

Como el derecho positivo en ocasiones genera problemas de costos, celeridad e ineficacia en los procesos de resolución de los conflictos entre los miembros de grupos culturales (2), el derecho consuetudinario surge como una alternativa para las comunidades campesinas, pero las normas comunitarias deben encuadrarse a la Constitución, porque los pueblos indígenas y comunidades campesinas, también están bajo la protección de la Ley Fundamental, que se constituye en el marco común que permite la convivencia pacífica de las diversas culturas existentes en el país (1).

La Constitución Política condiciona para que la aplicación de sus normas no sean contrarias a ella y las leyes, y establece que pueden ejercer

las funciones jurisdiccionales dentro de su ámbito territorial siempre que no violen los derechos fundamentales de la persona (Artículo 149°; del mismo modo, la carta magna establece que el principio del debido proceso (Artículo 139-3°) es fundamental para establecer un mínimo de equidad en la administración de la justicia comunal; considerando sus dos formas: el debido proceso sustantivo, que protege a los ciudadanos de las leyes contrarias a los derechos fundamentales, garantizando que las sentencias sean razonables; y el debido proceso adjetivo, referido a las garantías procesales que aseguran los derechos fundamentales en cuando garantizan la formalidad en cuanto al trámite y los procedimientos que se deben seguir necesariamente (36).

En la investigación realizada en la comunidad campesina de Angamarca, Ambo, Huánuco, se encontró que sus integrantes emplean el derecho consuetudinario para la resolución de sus conflictos jurídicos, pero se ha determinado que sus efectos colisionan con el derecho positivo.

Este resultado quizás podría encontrar una explicación en el nivel educativo de la mayoría de sus integrantes así como el idioma quechua empleada en su comunicación, los que no permiten una adecuada dilucidación del conflicto y enfocarse en su resolución que se ajuste al derecho positivo; o, pueda que lo que le parece lo más adecuado para el juzgador en la comunidad (derecho consuetudinario) no necesariamente se ajuste a las leyes vigentes (derecho positivo).

Por otro lado, es prácticamente imposible que todos los derechos o garantías componentes del debido proceso puedan ser cumplidos en la aplicación de la justicia comunitaria, tal como sucede inclusive en la aplicación del derecho positivo. Aunque normalmente la justicia comunitaria

no tiende exclusivamente a la pena sino que da importancia a la restitución del equilibrio y la reparación del daño.

Como hemos constatado a través de los resultados de la investigación, existe una colisión entre el derecho consuetudinario y el derecho positivo en la comunidad de Angasmarca, Ambo, Huánuco, situación que probablemente también subsista en otras comunidades campesinas del país.

Entonces, al evaluar las decisiones del juzgador de la comunidad campesina, es menester considerar las particularidades de los procedimientos utilizados, examinando si el núcleo esencial del debido proceso, compuesto fundamentalmente por el derecho a la defensa y la posibilidad de conocer la acusación que pesa sobre una persona, fue respetado, garantizando de ésta manera una comprensión e interpretación intercultural de los hechos y de las decisiones adoptadas.

Es necesario una norma específica que establezca los mecanismos de coordinación entre las autoridades de las comunidades en los Jueces de Paz y las diversas instancias del Poder Judicial, conforme lo establece el propio texto del Artículo 149° de la Constitución (4), aunque la norma constitucional es limitada al establecer que la coordinación se realice solamente con los Juzgados de paz y demás instancias del Poder Judicial, cuando en la práctica es menester que se debe involucrar a todo el sistema de administración de justicia porque así abarca a una pluralidad de actores relacionados con la función jurisdiccional, distinto al poder judicial.

5.2. APOORTE CIENTIFICO

La investigación sienta un precedente científico y académico al describir, en primer lugar, que las costumbres, tradiciones y valores que se

practican en las comunidades campesinas se han constituido en normas que en la actualidad se utilizan en la solución de los conflictos interpersonales y/o grupales que existen en su interior, lo que constituye a su vez el derecho consuetudinario; en segundo lugar, porque aporta evidencia de la existencia de limitaciones para que la administración de justicia (derecho positivo) tenga una mayor presencia en las comunidades campesinas; finalmente porque sugiere reorientar aspectos de nuestro ordenamiento jurídico (derecho positivo) afín de ir adecuando las normas del derecho consuetudinario, empleadas en las comunidades campesinas, a dicho ordenamiento entendiendo que es una fuente importante de las leyes.

En el Perú, siendo un país multilingüe y pluricultural, con un gran porcentaje de habitantes pertenecientes a las comunidades campesinas que hablan en quechua, aymara y otros dialectos locales en las comunidades nativas, no se estaría legislando de acuerdo a estas características y por lo tanto se advierte una administración de justicia que si bien es moderno, pero no llega a las comunidades campesinas.

CONCLUSIONES

1. La aplicación del derecho consuetudinario para la solución de conflictos en las comunidades campesinas de la provincia de Ambo, colisiona directamente con el derecho positivo, en el periodo 2011–2012, ya que en la mayoría de conflictos, los campesinos recurren al consejo de la comunidad o a la familia.
2. La aplicación de las costumbres para la solución de conflictos en las comunidades campesinas de la provincia de Ambo, colisiona directamente con la dimensión normativa del derecho positivo, en el periodo 2011–2012, lo que se evidencia con los patrones de conducta de las propias comunidades.
3. La aplicación de las tradiciones para la solución de conflictos en las comunidades campesinas de la provincia de Ambo, colisiona directamente con la dimensión fáctica del derecho positivo, en el periodo 2011–2012, en este sentido prima la cosmovisión andina como forma de percibir el decurso de la vida.
4. La aplicación de los valores comunales para la solución de conflictos en las comunidades campesinas de la provincia de Ambo, colisiona directamente con la dimensión axiológica del derecho positivo, en el periodo 2011–2012, tal como se observa en las comunidades campesinas los valores comunales perviven en el espíritu del pueblo.
5. No existe una normatividad vigente que considere al derecho consuetudinario, como elemento esencial en la legislación, es decir que legisla sin tomar en cuenta el pluralismo jurídico existente en el Perú.

RECOMENDACIONES

1. Promover una campaña de sensibilización a nivel de la Corte Superior de Justicia de Huánuco, respecto a la importancia que tiene la consideración del derecho consuetudinario en la solución de los conflictos, principalmente en las comunidades campesinas.
2. Buscar mecanismos adecuados para que de una u otra forma se cumplan con la implementación progresiva del derecho consuetudinario.
3. Proponer una iniciativa legislativa, a través del colegio de Abogados de Huánuco, sobre la consideración del derecho consuetudinario en la legislación nacional.
4. Establecer un programa de difusión, donde se dé a conocer los objetivos de la importancia de considerar el derecho consuetudinario en la legislación nacional, destacando como derecho fundamental el mismo.
5. Incluir en el currículo o plan de estudios de la carrera profesional de Derecho, de las universidades del país, el estudio del derecho consuetudinario.

REFERENCIAS BIBLIOGRAFICAS

1. Rojas M. La garantía del debido proceso y la justicia comunitaria desde una perspectiva constitucional. Sucre, Bolivia: Tribunal Constitucional; 2006.
2. Peña A. Justicia Comunal en las Comunidades Aymaras del Sur Andino: El caso Calahuyo. [Tesis]. Lima: Fondo Editorial de la PUCP; 1998.
3. Laurente M. Eustaquio Palomino y César Matías Escobar en el caso Huayanay: El derecho positivo y consuetudinario en los conflictos entre indígenas y gamonales [tesis]. Huancavelica, Perú: Universidad Nacional de Huancavelica; 2003.
4. Nueva Constitución Política del Perú-1993. Lima: Editora Gráfica Bernilla; 2001.
5. Yrigoyen R. Rondas Campesinas y desafíos del pluralismo legal en el Perú. Lima: San Marcos; 1993.
6. Organización Internacional del Trabajo. Convenio N° 169 sobre Pueblos Indígenas y Tribales en Países Independientes. Lima: Oficina Internacional del Trabajo; 2007.
7. Código penal. Decreto Legislativo N° 635/1991 de 03 de abril. Disponible en: <http://spij.minjus.gob.pe/CLP/contenidos.dll?f=templates&fn=default-codpenal.htm&vid=Ciclope:CLPdemo>; acceso: 15 de octubre de 2015.
8. Marzo PP. Presentación, en Defensoría del Pueblo, Reconocimiento estatal de las rondas campesinas. Diario Ahora-Huánuco. 13 de Agosto de 2011. pp. 12-13.
9. Reglamento de la Ley de rondas campesinas. Decreto Supremo N° 025/2003-JUS/2003 de 29 de diciembre. El Peruano Normas legales El Peruano, n° 8591, (30-12-2003).

10. Ley de rondas campesinas. Ley N° 27908/2002 de 17 de diciembre. El Peruano Normas legales El Peruano, n° 8234, (07-01-2003).
11. Código Civil. Decreto Legislativo N° 295/1984 de 24 de julio. Disponible en: <http://spij.minjus.gob.pe/CLP/contenidos.dll?f=templates&fn=default-codcivil.htm&vid=Ciclope:CLPdemo>; acceso: 15 de octubre 2015.
12. Alva A. El derecho a la consulta previa de los pueblos indígenas en el Perú . Lima: Comisión Andina de Juristas; 2010.
13. Congreso de la República. Comisión Nacional para la Reforma Integral de la Administración de Justicia CERIAJUS. Plan Nacional de Reforma Administración de Justicia. Lima CERIAJUS; 23 de abril de 2004. Disponible en: http://www4.congreso.gob.pe/comisiones/2004/ceriajus/Plan_Nacional_ceriajus.pdf; Acceso 17 noviembre de 2015.
14. Ruiz JC. La facultad jurisdiccional de las rondas campesinas. Lima: Fondo Editorial de la PUCP; 2010.
15. Yrigoyen R. Tratamiento Judicial de la diversidad cultural y la jurisdicción especial en el Perú. En: XII Congreso Internacional. Derecho Consuetudinario y Pluralismo Legal: Desafíos del Tercer Milenio. Arica: Universidad de Chile; 2000.
16. Bernaldes E. Constitución de 1993. Análisis Comparado. Lima: Editora RAO; 1996.
17. Ley general de comunidades campesinas. Ley N° 24656/1989 de 13 de abril. Disponible en: <http://faolex.fao.org/docs/pdf/per20093.pdf>; Acceso: 10 agosto de 2015.
18. Reglamento de la Ley general de comunidades campesinas. Decreto Supremo N° 008/1991-TR/1991 de 12 de febrero. Disponible en: http://www.justiciaviva.org.pe/acceso_justicia/justicia_comunal/4.pdf

19. Informe final del acuerdo nacional por la justicia. Políticas de estado para el cambio estructural en el poder judicial. Disponible en: www.justiciaviva.org.pe/otros/2004/informefinal.doc; Acceso el 10 de agosto de 2015.
20. Corte Suprema de Justicia. Sala Penal Transitoria RN. N° 975-04 SAN MARTÍN/2004 de 9 de junio Disponible en: www.justiciaviva.org.pe/otros/2004/ronderos.doc; Acceso 10 de agosto 2015.
21. Ardito WJ. Derechos Colectivos de los Pueblos Indígenas: El Caso Peruano. Cusco: Centro Bartolomé de las Casas; 2009.
22. Ley que incluye la participación de la sociedad en los órganos de control del Poder Judicial y del Ministerio Público Ley 28149/2003 de 11 de diciembre. El Peruano Normas legales El Peruano, n° 8598, (06-01-2004).
23. Reglamento de la Ley N° 28149 ley que incluye la participación de la sociedad civil en los órganos de control del Poder Judicial y del Ministerio Público. Decreto Supremo N° 001-2004-JUS/2004 de 15 de enero. El Peruano Normas legales El Peruano, n° 8608, (16-01-2004).
24. Ballón F. Manual de derecho de los pueblos indigenas. Lima: Defensoria del Pueblo; 2004.
25. Rubio M. El sistema juridico. Introduccion al derecho. Lima: Fondo Editorial de la PUCP; 1996.
26. Enciclopedia Jurídica. Derecho positivo [Página principal en internet]. c2014. [actualizado 2014; citado 2015 oct 20]. [Aprox. 5 pantallas]. Disponible en: <http://www.encyclopedia-juridica.biz14.com/d/derecho-positivo/derecho-positivo.htm>.
27. Contreras S. El derecho positivo o convencional, su naturaleza: el carácter creativo (constitutivo) y derivado de las leyes humanas. Revista Direito GV

- São Paulo. [Revista en línea]. 2013. [Consultado 20 de noviembre 2015]; 9(2) [pp. 707-719]. Disponible en: <http://www.scielo.br/pdf/rdgv/v9n2/a14v9n2.pdf>.
28. Teoría del Derecho. La teoría de Hans Kelsen [Internet]. 2012. Consulta [17 octubre 2012]. Disponible en: <http://www.teoriadelderecho.es/2012/10/hans-kelsen.html>
29. Orozco JJ. Los derechos humanos y la polémica entre iusnaturalismo y iuspositivismo. [Internet]. [accesado 23 de noviembre de 2015]. Disponible en: <http://biblio.juridicas.unam.mx/libros/1/399/3.pdf>.
30. Vélez F. Fuente del Derecho Romano. [Internet] 2006. Derecho Romano. c2006. [citado 2015 nov 2015]. Disponible en: <http://derecho-romano.blogspot.pe/2006/03/fuentes-del-derecho-romano.htm>.
31. Teoría del Derecho. Dimensiones Básicas del Derecho: Norma, Hecho Social y Valor [Internet]. 2013. Consulta [20 octubre 2015]. Disponible en: <http://teoria-del-derecho.blogspot.pe/2007/08/dimensiones-basicas-del-derecho-norma.html>
32. Gonzáles JM. Administración de justicia [Internet] Madrid: diccionario Iberoamericano de derechos humanos y fundamentales; 2012. [Accesado 1 de noviembre 2015]. Disponible en: http://diccionario.pradpi.org/inicio/index.php/terminos_pub/view/33.
33. Ley de Comunidades Nativas y de Desarrollo Agrario de la Selva y Ceja de Selva. Decreto Ley N° 22175/1978 de 09 de mayo. Disponible en: www.cultura.gob.pe/sites/default/files/content_type_archivos/archivosPDF/2014/03/decreto_ley_no_22175_ley_de_comunidades_nativas_y_de_desarrollo_agrario_de_la_selva_y_ceja_de_selva.docx+&cd=2&hl=es&ct=clnk&gl=pe.

34. Enciclopedia Jurídica. Derecho consuetudinario. [Página principal en internet]. c2014. [actualizado 2014; citado 2015 oct 20]. [Aprox. 5 pantallas]. Disponible en: <http://www.encyclopediajuridica.biz14.com/d/derecho-consuetudinario/derecho-consuetudinario.htm>.
35. Landeau, Rebeca. Elaboración de trabajos de investigación. Venezuela: Editorial Alfa; 2007.
36. Landa C. El derecho fundamental al debido proceso y a la tutela jurisdiccional. Pensamiento Constitucional [serie en internet]. 2002 [citado 12 agosto 2015]; VIII (8): [Aprox. 12 p.]. Disponible en: <http://dike.pucp.edu.pe; www.pucp.edu.pe>.

ANEXOS

ANEXO 1. MATRIZ DE CONSISTENCIA

TITULO: “El derecho consuetudinario y el derecho positivo en la solución de conflictos en las comunidades campesinas de la provincia de Ambo, Huánuco - 201-2012”.

PROBLEMA	OBJETIVOS	HIPOTESIS	VARIABLES E INDICADORES	TIPO Y DISEÑO DE INVESTIGACIÓN
<p>Problema general: ¿En qué medida la aplicación del derecho consuetudinario para la solución de conflictos en las comunidades campesinas de la provincia de Ambo, colisiona con el derecho positivo, en el periodo 2011-2012?</p> <p>Problemas específicos: a) ¿En qué medida la aplicación de las costumbres para la solución de conflictos en las comunidades campesinas de la provincia de Ambo, colisiona con la dimensión normativa del derecho positivo, en el periodo 2011-2012? b) ¿En qué medida la aplicación de las tradiciones para la solución de conflictos en las comunidades campesinas de la provincia de Ambo, colisiona con la dimensión fáctica del</p>	<p>Objetivo general: Determinar en qué medida la aplicación del derecho consuetudinario para la solución de conflictos en las comunidades campesinas de la provincia de Ambo, colisiona con el derecho positivo, en el periodo 2011–2012.</p> <p>Objetivos específicos: a) Determinar en qué medida la aplicación de las costumbres para la solución de conflictos en las comunidades campesinas de la provincia de Ambo, colisiona con la dimensión normativa del derecho positivo, en el periodo 2011-2012. b) Determinar en qué medida la aplicación de las tradiciones para la solución de conflictos en las comunidades campesinas de la provincia de Ambo, colisiona con la dimensión fáctica del derecho positivo, en el periodo 2011-2012.</p>	<p>La aplicación del derecho consuetudinario para la solución de conflictos en las comunidades campesinas de la provincia de Ambo, colisiona directamente con el derecho positivo, en el periodo 2011–2012.</p> <p>Hipótesis Específicas: a) La aplicación de las costumbres para la solución de conflictos en las comunidades campesinas de la provincia de Ambo, colisiona directamente con la dimensión normativa del derecho positivo, en el periodo 2011–2012. b) La aplicación de las tradiciones para la solución de conflictos en las comunidades campesinas de la provincia de Ambo, colisiona directamente con la dimensión fáctica del derecho positivo, en el periodo</p>	<p>Variable 1: La aplicación del derecho consuetudinario. Dimensiones:</p> <ul style="list-style-type: none"> • Costumbres. • Tradiciones. • Valores. <p>Indicadores: ✓ Casos tratados</p> <p>Variable 2: El derecho positivo. Dimensiones:</p> <ul style="list-style-type: none"> • Normativa. • Fáctica. • Axiológica. <p>Indicadores: ✓ Casos comparados</p>	<p>TIPO:</p> <ul style="list-style-type: none"> • Por su finalidad: Es Descriptiva • Por el periodo: Es Transversal. • Por el diseño: Es Descriptivo – Correlacional <p>DISEÑO: Descriptivo – Correlacional, cuyo esquema es:</p> <p>M = muestra O = observación x,y = variables correlacional r = relación entre las variables.</p>

<p>derecho positivo, en el periodo 2011-2012?</p> <p>c) ¿En qué medida la aplicación de los valores comunales para la solución de conflictos en las comunidades campesinas de la provincia de Ambo, colisiona con la dimensión axiológica del derecho positivo, en el periodo 2011-2012?</p>	<p>c) Determinar en qué medida la aplicación de los valores comunales para la solución de conflictos en las comunidades campesinas de la provincia de Ambo, colisiona con la dimensión axiológica del derecho positivo, en el periodo 2011-2012.</p>	<p>2011–2012.</p> <p>c) La aplicación de los valores comunales para la solución de conflictos en las comunidades campesinas de la provincia de Ambo, colisiona directamente con la dimensión axiológica del derecho positivo, en el periodo 2011–2012.</p>		
---	---	---	--	--

ANEXO 2. FICHA DE ENTREVISTA

Investigación sobre: el derecho consuetudinario y el derecho positivo en la solución de conflictos en las comunidades campesinas de la provincia de Ambo – Huánuco - 2011 – 2012

Entrevista N°: Fecha.

Lugar.

Generalidades:

Actualmente no existe en el Perú, un sistema jurídico congruente con la diversidad cultural, lingüística y multiétnica del país, por lo que es necesario aportar información para la comprensión y el conocimiento del derecho consuetudinario comunal andino frente al derecho positivo existente en nuestro país, que propicie la reivindicación de los derechos de las comunidades de nuestra patria.

Objetivos de la investigación:

- I. Determinar si el derecho consuetudinario comunal andino, se aplica y se encuentra vigente en las comunidades campesinas de la provincia de Ambo.
- II. Conocer cómo se aplica el derecho consuetudinario comunal andino en las comunidades campesinas de la provincia de Ambo.

A) Identidad:

1. Sexo

- a) Femenino.
- b) Masculino

2. Edad:

- | | |
|---------------------|---------------------|
| a) De 20 a 29 años. | d) De 50 a 59 años |
| b) De 30 a 39 años | e) De 60 a más años |
| c) De 40 a 49 años | |

3. Ocupación del entrevistado:

- | | |
|-----------------------|----------|
| a) Estudia | c) Ambos |
| b) Trabaja | d) Otro |
| e) Especifique: | |

4. Si usted trabaja, ¿cuál es su ocupación?

- | | |
|-------------------------|----------------------|
| a) Campesino agricultor | c) Obrero |
| b) Campesino ganadero | d) Pastor evangélico |

- e) Autoridad comunal
5. ¿Qué idioma habla?
- a) Español
 - b) Quechua
 - c) Ambos
6. Nivel educativo
- a) Primaria completa
 - b) Primaria incompleta
 - c) Secundaria completa
 - d) Secundaria incompleta
 - e) Superior completa
 - f) Superior incompleta
7. Religión
- a) Católica
 - b) Evangélica
 - c) Movimiento Misionero Mundial
 - d) Adventista
 - e) Mormona
8. Estado civil
- a) Casado (a)
 - b) Soltero (a)
 - c) Viudo (a)
 - d) Concubino (a)
 - e) Divorciado (a)

B) Uso y aplicación del derecho consuetudinario

1. ¿Conoce usted las leyes oficiales del país?
- a) Sí
 - b) No
2. ¿Dónde se resuelven los problemas de carácter jurídico que se dan en la comunidad?
- a) En los tribunales de justicia
 - b) En la propia comunidad
 - c) En ambos
3. ¿En qué forma plantean los casos los afectados, para solucionar un problema jurídico?
- a) En forma oral
 - b) En forma escrita
 - c) Ambos

4. ¿A quién se recurre para solucionar los problemas jurídicos que se dan en la comunidad?
- A la familia
 - Al consejo de la comunidad
 - Al curandero
 - Al juez de paz
 - Otro
5. ¿En qué idioma se plantea el conflicto?
- En quechua
 - En español
 - En ambos
6. ¿Qué tipos de conflictos se dan a nivel de la comunidad? Marque el tipo de conflicto que Ud. ha tenido (Solo uno).
- | | |
|--------------------------------|--------------------------|
| a) Infidelidad | f) Conflictos de tierras |
| b) Problemas de herencia | g) Robo |
| c) Separaciones | h) Hurto |
| d) Divorcios | i) Lesiones |
| e) Daños causados por animales | |

Ud. considera que las decisiones finales sobre el conflicto que ha tenido son:

SEGÚN COSTUMBRES	SEGÚN TRADICIONES	SEGÚN VALORES
a) Buena ()	a) Buena ()	a) Buena ()
b) Regular ()	b) Regular ()	b) Regular ()
c) Mala ()	c) Mala ()	c) Mala ()
d) Muy mala ()	d) Muy mala ()	d) Muy mala ()

7. ¿Qué prefieren los afectados como solución del conflicto dentro de la comunidad?
- La reparación del daño
 - El castigo del culpable
 - Ambos

8. ¿Qué formas de reparación del daño se utilizan dentro de la comunidad?

- a) Que el culpable trabaje para el afectado
- b) Que restituya lo perdido
- c) Que dé una compensación económica
- d) Otro

Especifique:

9. ¿Qué formas de castigo aplican en la comunidad?

- a) La vergüenza pública
- b) Los azotes
- c) La expulsión de la comunidad
- d) Que conozca el caso el Poder Judicial
- e) Todos los anteriores
- f) Otro

10. ¿Los linchamientos llevados a cabo por algunas comunidades de nuestro país, son soluciones o sanciones del derecho consuetudinario, en su comunidad?

- a) Sí
- b) No

ANWEXO 3. EVIDENCIAS FOTOGRAFICAS



Entrada a la comunidad campesina de Angasmarca, Huácar, Ambo



Parte alta de la comunidad campesina de Angasmarca, Huácar, Ambo



Calle de la comunidad campesina de Angasmarca, Huácar, Ambo



Devoción religiosa en la comunidad campesina de Angasmarca, Huácar, Ambo