

“IMPORTANCIA DEL CONVENIO N° 169 DE LA O.I.T. EN EL RECONOCIMIENTO DEL DERECHO PROPIO DE LOS PUEBLOS INDÍGENAS Y DE LA JUSTICIA COMUNITARIA” - “LEGALIZACIÓN DE LA COSTUMBRE Y LEGITIMACIÓN DE LA ESCRITURA EN EL ESPACIO ANDINO: REFLEXIONES SOBRE LA INTERCULTURALIDAD EN LA JUSTICIA”

AUTORA: Mary Luz Del Carpio Muñoz¹

RESUMEN DEL ARTÍCULO: La Constitución de 1993, establece la facultad excepcional de las comunidades nativas y campesinas, de administrar justicia dentro de su ámbito territorial de conformidad con el derecho consuetudinario, siempre que no violen los derechos fundamentales de la persona. En tal sentido, en el presente trabajo pretenderé establecer la fuente de esta disposición constitucional, y si la misma ha sido objeto de desarrollo legal y/o reglamentario. De otro lado, abordaremos el tema del Derecho Consuetudinario en la solución de conflictos intersubjetivos en el seno de las comunidades andinas y nativas.

PALABRAS CLAVE: “ La costumbre en la administración de justicia comunal”

SUMARIO: 1) Introducción; 2) Delimitación Conceptual sobre Pluriculturalidad, Multiculturalidad e Interculturalidad; 3) Normas que regulan la Administración de Justicia Comunal; 4) El Convenio N° 169 de la O.I.T. -importancia, 4.1) Principios contenidos en el Convenio, 4.2) Naturaleza Jurídica; 5) La costumbre como fuente de derecho para la solución de conflictos intersubjetivos al interior de las comunidades campesinas, 6) Conclusiones; y, 7) Bibliografía.

¹ Abogada, Juez de Familia de Mariscal Nieto de la Corte Superior de Justicia de Moquegua, con Maestría en Derecho Civil y Estudiante del IV Ciclo de Doctorado en Derecho.

INTRODUCCIÓN

El Perú a diferencia de los Estados colindantes como Bolivia, Colombia y Ecuador, es un caso singular, en el que la afirmación de la diferencia étnica y cultural aún no ha generado movimientos políticos de reivindicación indígena, pese a que la población peruana podría recurrir a su historia para articular un discurso político que se nutra de la identidad diferenciada; sin embargo, se advierte que la etnopolítica en el Perú se reduce a un ámbito local o distrital. De otro lado, es muy borroso, el panorama étnico, político y cultural de los sujetos y colectivos, que podrían transformar la diferencia étnica en banderas políticas, lo cual hace complejo el estudio y la formulación de políticas públicas para afrontar los retos de la asombrosa diversidad social y cultural que poseemos. Esto se agrava, con los embates de nuestra historia, al haber sido forzados a la transformación cultural, a la desindianización, la aculturación, la migración, el desarraigo, tras haber sido víctimas de etnocidio y genocidio, con lo cual nuestro panorama étnico y cultural adquiere ribetes insólitos.

Frente a este panorama desolador, lo valioso que nos queda rescatar es nuestra diversidad geológica, cultural, social, política y legal. Por ende, las políticas estatales que se adopten deben tomar en cuenta nuestra diversidad, sólo así se podrán superar los problemas diversos que nos aquejan, dentro de ellos, el problema de acceso a la justicia de las poblaciones más vulnerables.

En este sentido, es ineludible el reconocimiento de la pluralidad y evitar la reducción de la diversidad a un dualismo cultural, a la presencia de un Derecho Andino o un sólo sistema normativo por cada pueblo amazónico. Siendo que, el problema del reduccionismo dualista conduce a apreciarlos en una oposición radical con el Derecho Estatal, cuando lo que ocurre es una hibridación interlegal, la negociación interjurisdiccional y la transformación de los sistemas legales locales en función a las fuerzas sociales que concurren a su estructuración.

Siendo esto así, para delinear una política jurisdiccional intercultural, es necesario dejar de considerar al derecho como un instrumento y reemplazarlo por el significado social del derecho. Se ha observado que el positivismo propio de la modernidad legal peruana reduce su teoría de las fuentes del derecho a la ley, devaluando el potencial creativo del Derecho que otras fuentes como la jurisprudencia, la costumbre, los principios generales o la doctrina, tienen en otros sistemas legales. Tanto es así, que el razonamiento jurídico se nutre y depende de la normatividad vigente; y, si bien es cierto el neo constitucionalismo y la creciente invocación de principios jurídicos, filosóficos y morales para proponer razonamientos jurídicos alternativos cuestionan el **paradigma positivista**, este se halla muy enraizado en la mente del juez y del abogado.

Es por este motivo que llama la atención que para enfrentar los problemas de la interjurisdiccionalidad el Poder Judicial no se reivindique como legítimo creador de derecho a través de su jurisprudencia y que en lugar de denunciar el positivismo legalista insista en él para justificar la necesidad de una ley de coordinación. Cuando lo que debería ocurrir es la deslegalizar el debate y abrir una ruta jurisprudencial para decidir y normar los casos y relaciones interculturales.

La discusión puntual sobre los alcances de la normatividad nacional e internacional, nos remite al reto intercultural peruano, la relación entre la justicia indígena, comunal o rondera y la justicia estatal. Pese a que se ha establecido las marcadas diferencias y que sus relaciones no son óptimas, su objetivo no ha sido institucionalizar vínculos interlegales más efectivos y equitativos. La asignación de características negativas y la desconfianza mutua, la hostilización y hasta la criminalización de las autoridades comunales originan escenarios de confrontación antes que de coordinación. Además de las diferentes lecturas del régimen internacional de los derechos humanos y la falta de investigaciones sobre las normas y valores de los pueblos, rondas y comunidades que podrían ser conmesurables con los derechos humanos de raigambre occidental para generar un zócalo de comprensión intercultural constituyen un obstáculo, ciertamente superable, para establecer legítimas pautas de reconocimiento y coordinación intercultural.

En cuanto a las relaciones interculturales, se advierte que se privilegia a la ley como el mecanismo ideal para instaurar las pautas de coordinación entre las jurisdicciones en conflicto (estatal, comunal, ronderil). Por ello, resulta indispensable identificar y comprender la heterogeneidad y el alto grado de diferenciación que presentan los pueblos y culturas clasificados bajo las etiquetas de comunidades campesinas, indígenas o nativas, pueblos indígenas o rondas campesinas. Cada uno de los cuales es definible en oposición al Estado y la sociedad hegemónica y ha experimentado una trayectoria histórica saturada de discriminación y abuso de desprotección, y más allá de algunos matices, presentan rasgos históricos y culturales peculiares que deben ser plenamente reconocidos si el Estado pretende ser consecuente con el mandato de la diversidad.

Finalmente, en cuanto a la coordinación entre la justicia comunal y estatal se establecen dos posturas, una de subordinación desnaturalizadora al sistema estatal y la reivindicación de una autonomía tan amplia que violenta el propio concepto de la interculturalidad y conduce a un culturalismo estéril. Pues, la interculturalidad es un tema complejo que amerita un análisis integral y la colaboración de interlocutores con base mínima de conocimiento en Antropología del Derecho, los Derechos Humanos o la Teoría Crítica del Derecho y en temas como la interculturalidad, el pluralismo legal, la etnicidad y la historia de las relaciones Estado Sociedad.

CAPÍTULO I: DELIMITACIÓN CONCEPTUAL DE PLURICULTURALIDAD, MULTICULTURALIDAD E INTERCULTURALIDAD.

A) COMPARACIÓN DE LOS CONCEPTOS DE PLURALIDAD, MULTICULTURALIDAD E INTERCULTURALIDAD.

Para enunciar el concepto de **MULTICULTURALIDAD** e **INTERCULTURALIDAD**, es necesario tener presente que ambos términos representan estrategias, maneras o formas de abordar el tratamiento de la diversidad en igualdad, esto es del **PLURICULTURALISMO** (reconocimiento de la existencia de varias culturas con características diferentes pero en igualdad, es el reconocimiento de su estatus de diferencia igualitaria).

En este sentido se tiene que, **PLURICULTURALIDAD** es el reconocimiento social de la diversidad cultural. Esto es, el conjunto formado por diferentes culturas que mantienen un contacto en un determinado espacio, reconocidas como diferentes pero iguales en derechos. La pluriculturalidad es un elemento fundamental de la democracia, pues no hay democracia si no hay libertad de pensar, de opinar, o de organizarse. Es así que, las constituciones de los estados democráticos garantizan estas libertades y la igualdad sin diferencias por razones de sexo, raza, religión, idioma o afiliación política.

Mientras que el término **MULTICULTURALIDAD** significa las estrategias para resolver el problema de la Pluriculturalidad con el fin de generar mecanismos de coexistencia armónica entre los sujetos. La Multiculturalidad es común en las **políticas culturales de las democracias**, ya que se concentran en resolver las necesidades individuales de las culturas diversas **generando mecanismos para que se desarrollen en igualdad de posibilidades económicas, sociales y políticas**. La Multiculturalidad se sustenta en acciones para la coexistencia pacífica en sociedad, entre aquellos grupos étnica, cultural, religiosa o lingüísticamente diferentes, garantizado por mecanismos políticos. Esto es, se funda en el **reconocimiento** de la pluriculturalidad, en la **tolerancia** de las culturas diversas y en la producción de **acciones afirmativas** (dispositivos políticos para garantizar participación de los ciudadanos en igualdad de condiciones y representación por cuotas de las culturas en el parlamento); **políticas afirmativas** (políticas antidiscriminatorias, políticas identitarias, políticas comunitarias); y, reconocimiento general de la igualdad de derechos y deberes.

Empero, la **Multiculturalidad** presenta algunos **problemas**, como son propiciar la coexistencia (no convivencia) sin intercambio cultural, enuncia **políticas de gueto**, generando **vidas paralelas** de las diversas culturas. En el ámbito político se argumenta que si bien las **cuotas aseguran la representación en contextos en que las minorías o los grupos históricamente marginados, no participan**, genera **política de asistencia y de cuidado, exotizando al otro (sin generar integración efectiva**.

De otro lado, la **INTERCULTURALIDAD** implica reconocer la cultura de las personas como elementos dinámicos, en constante interacción e intercambio. Esto es, que la diversidad y las diferencias aparezcan, no como elementos que debe ser solamente tolerados, sino comprendidos tejiendo mecanismos de relación e intercambio que enriquecen la propia cultura. Lo que busca la Interculturalidad es la **convivencia**, debiendo entenderse a la tolerancia como interacción y respeto de la diversidad para construir una **política de mínimos**. Se busca construir una base de ciudadanía común de los sujetos diferentes. Un ejemplo de convivencia es la **Declaración de los Derechos Humanos**. Igualmente, se propone construir mecanismos políticos y dispositivos institucionales para generar y proteger el intercambio entre las culturas. **Se pretende generar mecanismos de integración y convivencia, construyendo mínimos comunes, principios rectores, garantizando el respeto, la paz y la seguridad del otro.** En conclusión la Interculturalidad tiene tres elementos: a) busca el **intercambio** cultural; b) busca la **convivencia**; y, c) plantea una **política de mínimos**. Al igual que la multiculturalidad, la Interculturalidad presenta **problemas**, como consecuencia del intercambio cultural, sobre las culturas **hegemónicas, se convierten en modelo** al que se adecúa la diversidad; existen políticas inclusivas, **sin protección de las minorías** o grupos vulnerables, lo que puede generar condiciones de **dominación o marginación, o la ausencia de espacios de representación política.**

En este punto, conviene observar que tanto la **Multiculturalidad** como la **Interculturalidad**, son modelos perfectibles y pueden tener variantes según el contexto y la diversidad social en los que se aplique, se podría decir que no son excluyentes y que pueden coexistir en un mismo ámbito social. Así es que, la **Interculturalidad**, en sociedades con grupos sociales asimétricos podría dar lugar a la **ausencia de participación de las minorías**, mientras que la **Multiculturalidad** da lugar a que, la exacerbada protección genere **guetos sociales**.

B) CUÁL DE ESTOS CONCEPTOS PODRÍA APLICARSE EN EL PERÚ, CUALES SON SUS VENTAJAS Y CUÁLES SON SUS PUNTOS DÉBILES:

El modelo que podría aplicarse en el Perú, en mi opinión, sería el de la **INTERCULTURALIDAD**. Esto es, se debe propender a **reconocer la cultura de las personas como elementos dinámicos, en constante interacción e intercambio** y que se proyecte llegar a asimilar que la diversidad y las diferencias aparezcan, no como elementos que deben ser solamente tolerados, **sino comprendidos** tejiendo mecanismos de **relación e intercambio que enriquezcan la propia cultura**. Se debe buscar la **convivencia** y se debe admitir la tolerancia como interacción y respeto de la diversidad para construir una **política de mínimos**. Se debe buscar construir una base de **ciudadanía común de los sujetos diferentes**. Igualmente, se debe buscar mecanismos políticos y dispositivos institucionales para generar y proteger el **intercambio entre las culturas**. En síntesis, debemos **generar mecanismos de integración y convivencia, construyendo mínimos comunes, principios rectores, garantizando el respeto, la paz y la seguridad del otro.** Evitando, claro está, que el intercambio cultural propicie que las culturas **hegemónicas, se conviertan en modelo** al que obligadamente se tenga que adecuar la diversidad. En estas condiciones podremos conseguir que la sociedad organizada pueda ejercitar su

derecho a demandar del Estado, políticas efectivas para el desarrollo sostenible y armónico del país.

Paralelamente, debe implementarse una **política de solidaridad humana**, en la cual se haga participar al ciudadano común y corriente en la búsqueda de soluciones de los problemas sociales y económicos, en base a la **ayuda y cooperación mutuas (pago de impuestos)**.

Finalmente, opino que, en estas condiciones, teniendo en cuenta que la Multiculturalidad y la Interculturalidad, son estrategias perfectibles y no excluyentes entre sí; y, existiendo normas jurídicas que propugnan la participación de la ciudadanía en igualdad de condiciones en la vida política del país, lo que falta en el Perú es implementar la **Interculturalidad**.

En cuanto a los **puntos débiles** que presenta la **INTERCULTURALIDAD**, se establece que, como consecuencia del intercambio cultural, las culturas **hegemónicas, se convierten en modelo** al que se adecúa la diversidad; existen políticas inclusivas, **sin protección de las minorías** o grupos vulnerables, lo que puede generar condiciones de **dominación o marginación, o la ausencia de espacios de representación política**.

Así mismo, se ha hablado que, las **implicancias de no tener el modelo de cuotas de representación**, que conforme hemos visto es un problema que se gesta en el Interculturalismo, la ausencia de cuotas de representación da lugar a la existencia de políticas inclusivas, **sin protección de las minorías** o grupos vulnerables, lo que puede generar condiciones de **dominación o marginación, o la ausencia de espacios de representación política**. Esto es que, **las minorías o los grupos históricamente marginados, no participan en la vida pública, lo cual genera políticas de asistencia y de cuidado, exotizando al otro (sin generar integración efectiva)**.

C) RELACIÓN QUE TIENE EL DISEÑO DE LA INGENIERÍA POLÍTICA DEL PERÚ CON LA APLICACIÓN DE UNO DE ESTOS MODELOS:

De lo antes esgrimido, se establece que en el Perú se reconoce legalmente la Pluriculturalidad, pero los ciudadanos no ejercen su capacidad de demanda, ya que los mismos formulan sus pliegos de reclamos o demandas, de modo fragmentario y desorganizado, con lapsos de silencio (intermitente). Lo que evidencia que las condiciones sociales, económicas y políticas vigentes, impiden que los sujetos se organicen y planteen demandas en forma organizada, sistemática y global. Por lo tanto, el diseño de la ingeniería política en el Perú, debe propender a incorporar a los ciudadanos en la toma de decisiones políticas garantizando plenamente sus derechos de asociación, sindicación y de representación política.

CAPÍTULO II: NORMAS QUE REGULAN LA ADMINISTRACIÓN DE JUSTICIA

COMUNAL

De la revisión del Sistema Jurídico Nacional, advertimos que el Estado Peruano a nivel constitucional y legal, se reconoce como Pluricultural y establece como estrategia política, para lidiar con dicho estado de cosas, la interculturalidad entre los pueblos indígenas y nativos y la sociedad en general. Así mismo, reconoce a las Comunidades Campesinas y Nativas como entes con personería jurídica, se les reconoce el derecho a su identidad étnica y cultural. En materia judicial, se establece excepcionalmente, la facultad de administrar justicia comunal, dentro del territorio de la comunidad, y la solución de conflictos de intereses intersubjetivos, a través de la aplicación del derecho consuetudinario, siempre que no se afecten los derechos fundamentales de la persona. Igualmente, se establece la facultad de las comunidades campesinas y nativas de elegir a sus autoridades y del derecho de consulta en todo lo que tenga que ver con la propiedad de sus tierras y afectación de sus recursos. De otro lado, al haber suscrito el Convenio N° 169° de la O.I.T., el Estado Peruano ha asumido el compromiso de **reconocer las aspiraciones de las Comunidades Indígenas y Nativas a asumir el control de sus propias instituciones y formas de vida y de su desarrollo económico y a mantener y fortalecer sus identidades, lenguas, religiones, dentro del marco de los Estados en los que viven**; así como, la responsabilidad de desarrollar, con participación de los pueblos interesados, una **acción coordinada y sistemática con miras a proteger los derechos de esos pueblos y a garantizar el respeto de su dignidad**.

A continuación se esbozan las normas relativas a las Comunidades Campesinas y Nativas contenidas en la Constitución y en el resto de normas del Ordenamiento Jurídico Nacional:

A) CONSTITUCIÓN POLÍTICA DEL ESTADO PERUANO DE 1993:

- a. El **inciso 19) del Artículo 2º**: “(...) Toda persona tiene derecho a su identidad étnica y cultural. El Estado reconoce y protege la pluralidad étnica y cultural de la nación. Todo peruano tiene derecho a su propio idioma ante cualquier autoridad mediante intérprete (...)”;
- b. El **Artículo 89º**: “(...) Las Comunidades Campesinas y las Nativas tienen existencia legal y son personas jurídicas. Son autónomas en su organización, en el trabajo comunal y en el uso y la libre disposición de sus tierras, así como en lo económico y administrativo, dentro del marco que la ley establece. La propiedad de sus tierras es imprescriptible, salvo el caso de abandono previsto en el artículo anterior. El Estado respeta la identidad cultural de las Comunidades Campesinas y Nativas (...)”.
- c. El **Artículo 149º**, que establece: “(...) las Comunidades Campesinas y Nativas, con el apoyo de las Rondas Campesinas,

pueden ejercer funciones jurisdiccionales dentro de su ámbito territorial de conformidad con el derecho consuetudinario, siempre que no violen los derechos fundamentales de la persona. Igualmente, se indica que la ley establece las formas de coordinación de dicha jurisdicción especial con los Juzgados de Paz y con las demás instancias del Poder Judicial (...).

- d. El **Artículo 151º**, que establece: “(...) los jueces de paz provienen de elección popular. Dicha, sus requisitos, el desempeño jurisdiccional, la capacitación y la duración en sus cargos son normados por ley (...)”.
- e. El **Artículo 191º in fine**: “(...) La ley establece los porcentajes mínimos para hacer accesible la representación de género, comunidades campesinas y nativas, y pueblos originarios en los Consejos Regionales. Igual tratamiento se aplica para los Consejos Distritales.

B) **Convenio N° 169 de la O.I.T.**, vigente en el Perú desde el 02 de febrero de 1995, y cuyo principio básico es **reconocer las aspiraciones de las Comunidades Indígenas y Nativas a asumir el control de sus propias instituciones y formas de vida y de su desarrollo económico y a mantener y fortalecer sus identidades, lenguas, religiones, dentro del marco de los Estados en los que viven**. Así mismo, en este Convenio se establece las obligaciones de los Estados de asumir la responsabilidad de desarrollar, con participación de los pueblos interesados, una **acción coordinada y sistemática con miras a proteger los derechos de esos pueblos y a garantizar el respeto de su dignidad**.

C) El **Código Civil**: A partir de los artículo 134º a 139º, regula el tema relativo a la personería jurídica de las Comunidades Campesinas y Nativas, el concepto de las mismas, los requisitos para su inscripción en el registro respectivo, y el régimen de propiedad de sus tierras.

D) El **Código Penal**: En este cuerpo legislativo, existen diversas normas relativas a la cultura y costumbres, como eximentes o atenuantes de la pena:

- a. **Artículo 15º dispone**: “(...) el que por su cultura o costumbres comete un hecho punible sin poder comprender el carácter delictuoso de su acto o determinarse de acuerdo a esa comprensión, será eximido de responsabilidad. Cuando por igual razón, esa posibilidad se halla disminuida, se atenuará la pena (...)”.
- b. **Artículo 20º inciso 1)**: “(...) Está exento de responsabilidad penal, el que no posea la facultad de comprender el carácter delictuoso de su acto o para determinarse según esta comprensión (...)”.

- c. **Artículo 45° inciso 2):** “(...) El Juez, al momento de fundamentar y determinar la pena, deberá tener en cuenta: Su cultura y costumbres (...)”.
- d. **Artículo 46° inciso 8):** “(...) Para determinar la pena dentro de los límites fijados por la ley, el Juez atenderá (...) a la edad, educación, situación económica y medio social (...)”.

E) Código Procesal Penal:

- a. **Artículo 18° inciso 3):** “(...) La jurisdicción penal ordinaria no es competente para conocer de los hechos punibles en los casos previstos en el artículo 149° de la Constitución (...)”

CAPÍTULO III: “ LA IMPORTANCIA DEL CONVENIO N° 169 DE LA O.I.T.”

El Convenio N° 169 de la O.I.T. es un tratado internacional adoptado por la O.I.T. Este es adoptado en 1989, el cual **revisa el Convenio N° 107, sobre poblaciones indígenas y tribales**. Siendo que, este último Convenio tenía una idea fundamental, **la asimilación, la certidumbre de que los pueblos indígenas tenían como futuro la de disolverse en las sociedades en las cuales vivían, y que esto se lleve a cabo del modo menos doloroso**. Contra esta idea surgieron muchas protestas, pues era evidente la infracción del derecho de estos pueblos a mantener su cultura, si así lo decidían.

En tal sentido, el Convenio N° 169 de la O.I.T. con una **filosofía distinta, rompe con la idea de la asimilación**. Por lo tanto, reconoce que los pueblos indígenas son sujetos de derechos y tienen absoluto derecho de mantener y desarrollar su cultura, sus instituciones y su propio derecho. Siendo esto así, los sistemas jurídicos deben **reconocer la legitimidad** de los pueblos indígenas, a través del reconocimiento de su **derecho a la identidad**.

Igualmente, el Convenio N° 169 de la O.I.T. es un **tratado de derechos humanos, que tiene que ver con el tema de la igualdad**, entendida de manera moderna y dinámica, una **igualdad que requiere de la aceptación de la diversidad**. Pues, no habría auténtica igualdad sino hay el reconocimiento de que no todos tenemos la misma cultura ni origen. Siendo esto así, **si se quiere llegar a una igualdad, el sistema jurídico debe reconocer la diversidad cultural**.

Finalmente, el Convenio N° 169 de la O.I.T. se concibe como un **instrumento de diálogo**. Pues, si bien es cierto el tema de la Justicia Comunal no es tan polémico, empero, sí lo es el **derecho a la consulta**, siendo que, el Convenio en comentario es una herramienta valiosa para el diálogo entre la Justicia Ordinaria y la Justicia Comunal. Por ende, se requiere reconocer a los pueblos indígena su derecho protagonizar su propio desarrollo.

- A) **NATURALEZA JURÍDICA DEL CONVENIO:** Conforme se tiene dicho, es un tratado internacional, que al ser ratificado por un Estado Parte, se convierte en obligatorio. El Perú ratificó el Convenio N° 169, en 1994 y entró en vigencia en

1995, por lo tanto forma parte del derecho peruano, y se convierte en un derecho propio y nacional. Así mismo, el Convenio N° 169 de la O.I.T. es un tratado de derechos humanos, por ende forma parte del bloque de constitucionalidad, lo cual lo coloca en la cúspide de su jerarquía normativa. Igualmente, se tiene en cuenta que el Convenio N° 169, es obligatorio para todos los poderes del Estado, incluido el Poder Judicial. Finalmente, el Convenio N° 169, es fuente de derecho, y de aplicación inmediata y además es fuente de interpretación.

B) CONTENIDO DEL CONVENIO:

- a. **Ámbito de aplicación:** No sólo las comunidades campesinas sino también las rondas campesinas. Para su determinación se fijan dos criterios: **i) Subjetivo:** Es decir la conciencia que el propio grupo tenga de su auto identidad; **ii) Objetivo:** para aquellos grupos humanos regidos total o parcialmente por sus propias instituciones sociales, económicas o políticas. Son pueblos indígenas los regidos por total o parcialmente por sus propias instituciones.
- b. El tema del **idioma no es criterio absolutamente necesario**, pues pueden existir comunidades campesinas que hayan perdido su idioma pero no sus costumbres, cultura e instituciones ancestrales, manteniendo sus rasgos específicos.
- c. El Convenio fija mecanismos para que los pueblos indígena puedan participar en la decisiones públicas que los afecten, mediante la consulta. Por ende, las leyes, reglamentos que articulen la justicia estatal con la comunal serían norma que afectarían directamente a los pueblos indígenas, por lo que deberían ser consultadas.
- d. El Convenio reconoce derechos sustanciales como: derecho propio, tierra, recursos naturales, salud, educación intercultural. Al aplicar el derecho de acceso a la justicia debe tener un enfoque intercultural.

C) DE QUÉ MANERA EL CONVENIO RECONOCE EL DERECHO PROPIO DE LOS PUEBLOS INDÍGENAS:

- a. El Convenio tiene como finalidad asegurar que los pueblos puedan mantenerse como distintos si así lo desean, el Estado debe reconocer la legitimidad y existencia de estos pueblos e instituciones, de lo contrario el convenio perdería su objeto.
- b. En los artículo 8° a 12° del Convenio, se reconoce a los pueblos un derecho propio y justicia propia. "El derecho a mantener y desarrollar el derecho propio. Además, se debe respetar los derechos humanos fundamentales, plasmados en la Constitución.
- c. El pluralismo jurídico no puede violentar los derechos humanos reconocidos. Más allá de que se reconozca el derecho propio, el Convenio exige que al aplicarse la legislación general o nacional por la

justicia estatal, ésta última no puede dejar de tener en cuenta el derecho propio.

- d. El Estado de proveer los mecanismos de coordinación. Si existen instituciones estatales y de Pueblos Indígenas, deben respetarse estas instituciones.
- e. El Convenio establece que el derecho propio es plenamente aplicable tanto en asuntos civiles como penales.
- f. La lógica del Convenio es, si los pueblos son autores de su propio desarrollo tienen el derecho a evolucionar y eso no significa el no apartarse de su cultura. Estos derechos pueden evolucionar.

CAPÍTULO IV: “LEGALIZACIÓN DE LA COSTUMBRE Y LEGITIMACIÓN DE LA ESCRITURA EN EL ESPACIO ANDINO: REFLEXIONES SOBRE LA INTERCULTURALIDAD EN LA JUSTICIA”

A) CONCEPTO: La costumbre es la forma reiterada de un hacer o no hacer acompañada con la convicción de que es jurídicamente obligatoria.

B) LA COSTUMBRE COMO FUENTE DE DERECHO: El problema de la costumbre como fuente del Derecho Constitucional se inicia en el hecho de que, en los países no anglosajones, la costumbre es la segunda fuente del Derecho, pero a mucha distancia de la primera que es la ley en su acepción de equivalente a norma jurídica escrita, pues es a esta fuente del Derecho a la que se dota de una primacía casi absoluta mientras que a la costumbre se la contempla con una cierta desconfianza sin que se la deje prevalecer en el caso de contradicción con la norma jurídica escrita.

En cambio en los países de tradición jurídica anglosajona se considerará a la costumbre como una fuente del Derecho de similar importancia al Derecho escrito y el ordenamiento se dividirá entre el que es fruto de la costumbre (*common law*) y el que es consecuencia de normas jurídicas escritas (*statute law*). Dada la importancia de la costumbre (recuérdese que algunos de estos países -Gran Bretaña- tienen una Constitución que es en buena parte consuetudinaria) tiene mucha relevancia el estudio de los precedentes, saber como se resolvió en el pasado una situación similar a la que ahora se nos presenta. Sin embargo en el terreno del Derecho Constitucional nos encontramos con que, a pesar de lo anterior, la costumbre puede llegar a tener más importancia que en el terreno del Derecho privado como consecuencia de una serie de factores. En **primer lugar**, porque al ser los actos constitucionales más escasos y espaciados en el tiempo que los actos sometidos al Derecho privado no hace falta tanta reiteración para que llegue a existir una costumbre. En **segundo lugar**, porque existen unas pseudo costumbres -porque no llegan a

considerarse como jurídicamente obligatorias, aunque si tengan un valor político- a las que se denomina "usos constitucionales" susceptibles de producir una mutación constitucional. En **tercer término**, porque en Derecho privado solo se admiten las costumbres *secundum legem* (conforme a la ley) y *praeter legem* (en defecto de ley, para cubrir lagunas) y no *contra legem*, esto es la que va contra la ley mientras que en el Derecho Constitucional puede tener cabida esta última por la vía de un no hacer. En todo caso, en nuestro ordenamiento constitucional el Derecho escrito que desarrolla la Constitución tiene mucha más importancia que la costumbre constitucional, no obstante lo cual ésta puede considerarse como fuente del Derecho Constitucional con más fuerza que su equivalente en el Derecho privado.

C) LA LEGALIZACIÓN DE LA COSTUMBRE: En el campo del derecho, se establece la validez del Derecho Positivo frente a la costumbre, la preeminencia de la norma escrita sobre cualquier otra no escrita. Pese a ello, la comunidad Andina, nunca se automarginó del derecho positivo, al contrario lo reconoció a pesar que éste la discriminaba. Esto dio lugar a que, la comunidad combinaba la aceptación de la ley escrita así como la práctica simultánea del derecho consuetudinario. Y, aún cuando, se veía como imposible la coexistencia e la dos formas de derecho, la memoria social las consideraba complementarias. Así, buena parte del derecho consuetudinario ejercido al interior de las comunidades, estuvo basado en prácticas jurídicas originadas y adaptadas de la justicia colonial, y posteriormente, republicana. La legitimación de estas prácticas de justicia fueron posibles en la medida que las entidades comunales fueron adaptándose y recreándolas. Lo que contribuyó a empezar a ver la justicia, no como producción de otro, sino como resultado de la acción de sí mismos.

D) REFLEXIONES SOBRE LA INTERCULTURALIDAD EN LA JUSTICIA: En pleno siglo XXI, la globalización económica y cultural implica también una creciente integración de los sistemas judiciales a nivel mundial. Al mismo tiempo la mayor autonomía de colectividades, como los grupos indígenas, comunidades de ciudadanos de distinto tipo, obliga a repensar el sistema judicial. Para ello debe partirse de reconocer la DIVERSIDAD en la justicia obliga a trabajar por una integración en el plano local o regional al interior de las formaciones nacionales. Atrás debe quedar la idea del derecho que no acepta, más allá del derecho positivo, normas distintas. Por ende, siendo el Perú diverso, de todas las sangres debe incorporar en su sistema judicial, la noción de diálogo e integración intercultural, este es un reto para seguir avanzando.

CONCLUSIONES

- A)** Se establece que al abordar el tema de la Justicia Intercultural en el Perú, se parte sobre una base incierta; pues, **no se ha determinado cuántas y cuáles son las comunidades campesinas y nativas existentes en el Perú**, ni dónde se ubican ni cuáles son sus características. Hecho que a la postre no ayuda en la formulación de políticas estatales adecuadas y eficaces.
- B)** Se arriba a la conclusión que la **sociedad peruana es sumamente diversa**, al punto que no es posible agrupar a los habitantes con similares rasgos culturales, ideológicos y étnicos, para elaborar un discurso político que permita formular peticiones y obtener representatividad a nivel político, pese a nuestra milenaria historia.
- C)** Se establece que el Perú, es efectivamente un **país pluricultural**, pero no existen políticas claras ni estrategias para abordar esta situación de hecho. Y, si bien es cierto, se habla en la última década sobre **justicia intercultural**; sin embargo, se advierte que dicho **término no es entendido en su verdadera acepción**. Pues, de lo que se trata es de promover la interrelación entre los diversos grupos y comunidades.
- D)** Respecto del **término interculturalidad**, se establece que en los Tres Congresos sobre Justicia Intercultural, no se ha elaborado un concepto claro; y, por ende, no se ha entendido dicho término en su real dimensión. Tanto es así, que el logotipo del III Congreso sobre Justicia Intercultural, no refleja el significado de lo que es “Justicia Intercultural”.



- E)** Igualmente, se establece que lejos de reconocer a la justicia comunal como una distinta del sistema de justicia estatal, se legisla sobre Justicia Comunal incorporándola como la **última jerarquía del Poder Judicial** y se dispone la **elección popular de los Jueces de Paz**, sin que dichos aspectos sean parte del derecho consuetudinario, ni el **Juez de Paz**, una institución de las comunidades indígenas y/o nativas. Ambos aspectos, **resultan ser impuestos por la ley**.

- F)** Respecto de la **coordinación entre la Justicia Estatal y Comunal**, se espera una reglamentación del Artículo 149° de la Constitución; cuando, en realidad lo que correspondería es que el Poder Judicial regule dicho aspecto a través de Jurisprudencia Vinculante y así recuperar su posicionamiento como auténtico Poder del Estado.
- G)** Respecto a la **costumbre como fuente de derecho para la solución de conflictos intersubjetivos**, se establece que en la formación de abogados y jueces aún existe la concepción de que la ley escrita es la fuente de derecho por excelencia, mientras que la costumbre pasa a un segundo plano.
- H)** Finalmente, se establece que el **derecho consuetudinario** no es una creación propia de los pueblos y comunidades campesinas y nativas; sino, que este derecho ha sido influenciado fuertemente por el derecho colonial y luego por el derecho republicano, el mismo que adoptado por las comunidades indígenas y nativas, ha sido adecuado y reformulado por éstas, lo que contribuyó a empezar a ver la justicia, no como producción de otro, sino como resultado de la acción de sí mismos.

BIBLIOGRAFÍA

- 1) **“Pluralismo Jurídico, un nuevo enfoque de la interculturalidad en el Perú”**. Revista de Derecho y Ciencia Política – UNMSM, vol. 66 (Nº 1 – Nº2), Lima, 2009 – ISSN 9634-7947.
- 2) **“Pluralismo Jurídico en el Perú, género y multiculturalidad, aportes para la democracia del derecho”**, Patricia Balbuena Palacios.
- 3) **“Introducción al Derecho de los Pueblos Indígenas”**, Francisco Balón Aguirre;
- 4) **“La Jurisdicción Especial Indígena en la Constitución Política del Perú”**, Fernando Bazán Cerdan, Juez Especializado en lo Penal de Cajamarca – Perú 1993;
- 5) **“Sobre Pluralismo Jurídico”**, Raúl Borello G., XV Jornadas de Filosofía Jurídica y Social, Asociación Argentina de Filosofía del Derecho;
- 6) **“Enciclopedia Jurídica OMEBA”**, TOM I, Argentina, págs. 600 – 80
- 7) **CAJAS BUSTAMANTE, William**, *“Código Civil”*, 18ª Edición, Editorial RODHAS, Lima – Perú, 2010.
- 8) **Convención sobre los Derechos del Niño**
- 9) **FABIAN NOVAK, Sandra Namihas**, *“Derecho Internacional de los Derechos Humanos”* – Manual para magistrados y auxiliares de justicia, Academia de la Magistratura, 1ra Edición, Lima – Perú, 2004.
- 10) **Gaceta Jurídica**, “Constitución Política del Perú”, 1ra Edición, Editorial El Búho E.I.R.L., Lima – Perú, 2011.
- 11) **“Derecho Civil”**, Ennecerus Ludwing, Tom I, Personas
- 12) **“Tratado de Derecho Civil”**, Mazecid Ilean, Tom I, Personas
- 13) **“Código Civil”**, Guzmán Ferrer, Fernando, Edit. “Científica” S.R.L., Tom I, Libro I Personas, Título V, Tom II