

EL DERECHO CONSUETUDINARIO EN LOS ANDES: GÉNERO Y TIERRA

Euclides Luque

Introducción

Las dimensiones culturales del derecho, tanto la oficial o las llamadas consuetudinarias son las más controversiales jurídicamente y socialmente. El régimen oficial y el Estado, monopolizan el derecho en el principio positivista¹ en todos los ámbitos y recurren al principio de legalidad jurídica, sin reconocer otras formas alternativas de derecho no oficial.

Ello nos exige, explorar el pluralismo legal y social en diversos ámbitos y realidades socioculturales, el “otro derecho”, que vendría a ser, el conjunto de normas jurídicas no escritas ni codificadas, llamado como “derecho consuetudinario”, que se practica en sociedades indígenas inmerso en su estructura social. En algunos casos, coexisten paralelamente con el derecho positivo, tampoco existe un especialista (el jurista, para el derecho positivista) que la pueda aplicar, sancionar y castigar, sino es el grupo social la que establece los mecanismos de aplicación, regulación y resolución de conflictos e inclusive la aplicación y el cumplimiento del derecho consuetudinario, no se da exclusivamente en el grupo humano territorializado sino que se entiende a los migrantes; es decir las relaciones campo-ciudad es permanente vinculados a través de otros fenómenos sociales, tales como la estructura familiar, estructura política y religiosa de la comunidad, valores culturales, idioma, cosmovisiones, tierras y territorio, sistema de cargos y tradición oral que se organiza en función a la conciencia social y colectiva de la comunidad por la necesidad de un orden comunal y familiar.

Tales formas del derecho no escrito, constatamos en la parcialidad campesina de Santiaguillo del distrito y provincia de Huancané, región de Puno, en torno del porque las mujeres no concurren en partes iguales con los varones en la sucesión (herencia) de la propiedad de la tierra².

¹ Uno de los defensores clásicos sobre el positivismo jurídico es Hans Kelsen; cuando plantea que la teoría pura del derecho “es una teoría del derecho positivo en general y no de un derecho particular...Al calificarse como teoría “pura” indica que entiende constituir una ciencia que tenga por único objeto al derecho e ignore todo lo que no responda estrictamente a su definición” (1989:15). Para mayor detalle revisar su obra clásica: Kelsen, Hans (1989). *Teoría pura del derecho*. Editorial Temas. Lima.

² El artículo de investigación corresponde como parte (segundo capítulo) de la tesis para optar el grado de Magister en Antropología Andina en la Universidad Nacional Mayor de San Marcos.

Santiaguillo: un pueblo indígena.

La Constitución de 1993 del Perú reconoce y protege la pluralidad étnica y cultural de los pueblos indígenas. Para nuestro caso, es necesario entender qué es un pueblo indígena u originario, etnia o nación, éste debate ha venido dándose en diferentes escenarios, particularmente en contextos de movimientos indígenas, foros internacionales, en la ONU sobre pueblos indígenas, la OIT sobre el convenio 169 de los pueblos indígenas y la Corte interamericana de Derechos Humanos.

La parcialidad campesina de Santiaguillo, es un pueblo indígena de acuerdo a los tratados internacionales³, un pueblo indígena es aquella población que mantiene total o parcialmente sus instituciones ancestrales, costumbres, tradiciones e idioma que antecedieron a la conformación de nuevos Estados. De modo que, los pueblos indígenas en el Perú es diversificada: amazónicos, andinos y costeros. Así mismo en la región de Puno igualmente existe tres grupos indígenas bien marcadas: aimaras, quechuas y uros en menor medida.

De acuerdo a estudios antropológicos, sociológicos y jurídicos; un pueblo indígena vendría a ser aquellas poblaciones que mantienen y practican los usos y costumbres de forma colectiva y con instituciones muy fuertemente basados en sus cosmovisiones. Como expresamos, las discusiones en el contexto internacional (foros: declaración de los pueblos indígenas ONU, convenio 169 OIT, entre otros) se han venido dando de una manera casi uniforme, para caracterizar la naturaleza de los pueblos indígenas. Sin embargo, hay discusiones en otros países, al implementar la ley de derechos indígenas, en otras palabras estamos frente a dos realidades de derecho: derecho internacional (pueblos indígenas) y derechos fundamentales (particular de cada país). Es en ese escenario, que coexisten: el derecho legalista y el derecho no escrito. Ambas formas de derecho, persisten en la actualidad en las comunidades indígenas y sus prácticas, resolución y aplicación son conflictivas o incompatibles con las visiones de justicia monista, en general sobre la naturaleza del derecho escrito.

A los pueblos indígenas, les asiste el derecho individual y colectivo, ese doble derecho es producto de luchas del movimiento indígena internacional, es decir; la titularidad del derecho reside en el pueblo indígena. Pero a la vez, los derechos humanos también les asisten como sujetos individuales que colectivos. Tanto lo colectivo e individual, es ya una discusión

³ Los tratados internacionales son: el *convenio 169 sobre pueblos indígenas y tribales de la Organización Internacional del Trabajo-OIT*, Perú ha ratificado el 17 de enero de 1994 y entró en vigencia el 2 de enero de 1995; segundo, *Declaración de las Naciones Unidas sobre los Derechos de los Pueblos Indígenas*, aprobada en la 107 sesión plenaria de la Asamblea de las Naciones Unidas, del 13 de septiembre del 2007, el resultado es de 25 años de lucha del movimiento indígena internacional y finalmente podríamos añadir la jurisprudencia de la corte interamericana de los derechos humanos.

controversial para el monismo jurídico, algunos especialistas prefieren en vez de ello, hablar de *pluralismo jurídico*, puesto que, la pluralidad implica el reconocimiento de varias formas de práctica y la aplicación del derecho: escrito y no escrito.

En efecto, el derecho internacional ha ido evolucionando para los pueblos indígenas, hasta el momento se tiene tres pilares o bases: a) el convenio 169 de la Organización Internacional del Trabajo sobre Pueblos Indígenas y tribales en países independientes-OIT, b) la declaración de las Naciones Unidas sobre los Derechos de los Pueblos Indígenas y, c) la jurisprudencia del Sistema Interamericano de Derechos Humanos. Los cuales constituyen la guía para determinar el estado de la relación entre pueblos indígenas y los Estados-nación, básicamente sobre las múltiples formas de transmisión sobre tierra y territorios, recursos naturales, cosmovisiones, resolución de conflictos, entre otros.

Tanto el convenio 169 de la OIT y la Declaración de las Naciones Unidas sobre pueblos indígenas, establece el derecho a la consulta, la libre determinación de los pueblos y los derechos intrínsecos⁴. La declaración, en sus articulados dispone que los indígenas, como colectivos (pueblos) y como personas, tienen el derecho al disfrute de todos los derechos humanos y libertades fundamentales reconocidos por la normativa internacional de derechos humanos (Artículo 1) son libres e iguales sin discriminación alguna en el ejercicio de sus derechos, en particular la fundada en su origen indígena (Artículo 2), tienen derecho a la libre determinación (Artículo 3), tienen derecho a la autonomía o al autogobierno en las cuestiones relacionadas con sus asuntos internos y locales (Artículo 4) y finalmente, tienen derecho a conservar y reforzar sus instituciones políticas, jurídicas, económicas, sociales y culturales, manteniendo a la vez su derecho a participar plenamente (Artículo 5). En cambio, el convenio 169 de la OIT, en su Artículo 8 numeral 1 y 2, dice:

1. *Al aplicar la legislación nacional a los pueblos interesados deberán tomarse debidamente en consideración sus costumbres o su derecho consuetudinario.*

⁴ Ver las interpretaciones de: Aylwin Oyarzún, José (2010). *La Declaración de Naciones Unidas sobre Derechos de los Pueblos Indígenas y sus implicancias para América Latina* (Pp. 101-119). En: Observatorio Pueblos Indígenas. N°1, Año 1. IDECA. Puno-Perú. También consultar; Clavero Salvador, Bartolomé (2011). *Instrumentos Internacionales sobre los Derechos de los Pueblos Indígenas: la declaración de las Naciones Unidas y el Convenio de la Organización Internacional del trabajo* (Pp. 30- 56). En: Observatorio Pueblos Indígenas. N°02- 2011. IDECA. Puno-Perú.

2. *Dichos pueblos deberán tener el 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. Siempre que sea necesario, deberán establecerse procedimientos para solucionar los conflictos que puedan surgir en la aplicación de este principio.*

En países centro andino, los pueblos indígenas tuvieron que poner en agenda, la incorporación de sistemas jurídicos indígenas, producto de ello, muchos países hicieron reformas constitucionales como: Ecuador, Colombia, Bolivia, y Perú.

En nuestro caso (Perú), la constitución de 1993, en el artículo 149 dice:

Las autoridades de las comunidades campesinas y nativas, con el apoyo de las Rondas Campesinas, pueden ejercer las funciones jurisdiccionales dentro de su ámbito territorial de conformidad con el derecho consuetudinario, siempre que no violen los derechos fundamentales de la persona. La Ley establece las formas de coordinación de dicha jurisdicción especial con los Juzgados de Paz y con los demás instancias del Poder Judicial.

Es una norma novedosa en el sistema constitucional y judicial; permite que las autoridades de las comunidades indígenas y nativas administren la justicia dentro de su ámbito territorial, de acuerdo a sus usos y costumbres, pero hay un límite que no pueden violentar los derechos fundamentales de la persona (que son los Derechos Humanos constitucionalmente reconocidos según el artículo 3). Que en cierta manera expresa el avance hacia un “pluralismo jurídico”. En general, la coexistencia del derecho oficial y el derecho consuetudinario obliga a que se tenga que reinventar las nociones, definiciones y construcciones sobre las prácticas del derecho positivista e incluso adoptar las maneras cómo opera el derecho no oficial en comunidades campesinas; no siempre es un cuestionamiento, sino es la otra cara de la justicia que no se quiere reconocer.

Marcial Rubio (2008), Cárdenas, Ronald (2005), Mario P. Dalla (2008), enfatizan el carácter de la existencia de un derecho oficial, formal de carácter occidental, de raíces romano-germánicas. No obstante su aplicación no es homogénea; al lado de ello, conviven “otros derechos” alternativos, consuetudinarios o populares. De ahí que, la constitución del 93 y el positivismo imperante sea el desfase entre el Estado, las sociedades y los individuos. En

lugar de ello, prevalece en sociedades indígenas, el derecho propio, llamado derecho consuetudinario.

Sin embargo, en el Perú la situación jurídica de las comunidades campesinas y nativas es consagrada en la carta magna, en cambio; no se ha incorporado en ellas, a las parcialidades campesinas, caseríos, anexos, entre otras denominaciones. Dichas formas de organización tradicional hasta la fecha persiste, mantienen sus instituciones ancestrales para la resolución de conflictos, formas de transmisión de tierras y territorios, así mismo prevalece la oralidad en los conocimientos que la escrita.

Raquel Yrigoyen (2004)⁵, explica que el convenio de la OIT tiene como sujetos titulares del derecho a los “pueblos indígenas”, mientras en los textos constitucionales de los países andinos se mencionan “comunidades”, “pueblos”, “comunidades campesinas” y “nativas”, “rondas campesinas”, “cantones”, “parroquias”; es decir, dichas denominaciones obedecen al criterio de cada Estado-nación y al proceso histórico que han tenido que interactuar los pueblos indígenas; como dice Yrigoyen:

El texto constitucional y el Convenio deben interpretarse sistemáticamente, bajo el principio de rescatar lo más favorable a los pueblos indígenas. Con base en el Convenio 169, los pueblos indígenas tienen titularidad para aplicar su derecho consuetudinario y ejercer funciones jurisdiccionales, y no sólo las instancias comunales que algunas constituciones mencionan (Perú). El concepto de pueblo es más comprehensivo que el de comunidad, pudiendo comprender formas de organización comunal que no están reconocidas por ley, o estado reconocidas, que no están tituladas propiamente como indica la ley (Pp. 177).

Por un lado, las discusiones antropológicas sobre las comunidades campesinas y nativas, abundan sus definiciones, más no de “parcialidades campesinas”; entonces, para el caso de las parcialidades del distrito y provincia de Huancané, región de Puno; en nuestro caso Santiaguillo al no tener reconocimiento legal, sus prácticas tradicionales a través de sus instituciones existentes aún siguen vigentes e incluso la resolución de conflictos. La función jurisdiccional del derecho consuetudinario en Santiaguillo radica en la vigencia, aplicación y resolución a través de sus tenientes gobernadores (*jilaqatas*); no existe ni tampoco sería necesario crear las rondas campesinas como instancia especializada para la resolución de conflictos.

⁵ Revisar su trabajo: Yrigoyen Fajardo, Raquel (2004). *Pluralismo jurídico, derecho indígena y jurisdicción especial en los países andinos* (pp 171-195). En: El otro Derecho. N°30 ILSA. Bogotá-Colombia.

Solamente, el pueblo aymara en la región andina, tiene clara conciencia de su identidad y esto ha llevado a que los quechuas hablantes que están en contacto con ellos, especialmente en Puno, se asuman como “quechuas”. Sus instituciones tradicionales y la vigencia de autoridades originarias como los *jilaqatas* (tenientes gobernadores)⁶ hacen de ellos, la gran diferencia en la manera de resolución de conflictos; la persistencia y vigencia de autoridades originarias conciben que la manera de administrar y dar resolución de sus conflictos sea de un modo tan diferente de otros pueblos; generalmente el teniente gobernador (*jilaqata*), es la autoridad tradicional máxima por excelencia, en la que tiene que resolver conflictos de tierras, peleas, problemas conyugales, entre otros. También, tiene que representar a su comunidad en espacios públicos y privados: desfiles, aniversarios, pedir proyectos, solicitar apoyo o hacer gestiones para sus grupos sociales. La doble función (interna y externa) hace que sea más respetado, incluso se diferencia de otros por llevar pocho, sombrero, vara y siempre tiene que tener su pareja (*mama t'alla*). La función dual (varón-mujer) les hace más persona, gente, (*Jaqi*) respetado por todos como ejemplo de autoridad y de pareja ideal y con autoridad moral para resolver conflictos.

Derechos humanos en el marco del derecho internacional: La convención sobre la eliminación de todas las formas de discriminación de la mujer y el derecho a la tierra.

La consolidación de los derechos humanos⁷, se efectúa con la Declaración Universal de 1948, define que los derechos humanos son universales y positivos; *universales* en el sentido de que

⁶ Existe en el pueblo aimara, las denominaciones de Mallku, Apu Mallku, Jilaqatas, mama T'allas, Campos Vigilantes, Maranis, yatiris e incluso ancianos que están inmersos en los asuntos de justicia aimara. Tanto los *campos vigilantes* (aimaras de llave y Juli) y *Maranis* (Huancané y Moho), autoridades de las chacras, están facultados para velar sobre los daños que infringen los aimaras y así mismo para proteger de las amenazas de la naturaleza (heladas, granizos, etc), e incluso están facultados para hacer rituales a la madre tierra, así mismo establecer la justicia cósmica conjuntamente con los *yatiris* (sabios); en cambio los *jilaqatas* (aimaras de Perú) y *Mallkus* (aimaras de Bolivia), representan en espacios públicos y privados a sus comunidades, ayllus, parcialidades, es la autoridad máxima por excelencia que algunos conocen como *mara awki* (padre del año), que necesariamente tiene toda la facultad al interior de sus comunidades de resolver conflictos y sancionarlos de acuerdo a sus usos y costumbres conjuntamente con la ayuda de los ancianos o pasados(*ex jilaqatas* o tenientes), incluso algunos mantienen sus tenientes auxiliares (segundas).

⁷ Los orígenes del derecho humano se remontan a sucesos como: la carta Magna arrancada en Inglaterra a Juan sin Tierra en el año 1215. Después Petition of Rights de 2 de junio de 1628. Posteriormente, la primera declaración de derechos humanos, lo constituye el Bill of Rights en el año 1688. Sin embargo, tales derechos tuvieron un contenido estamentario. Fueron sólo para los “ciudadanos libres”. Así mismo, la declaración de la Independencia de los Estados Unidos de 1776 y la promulgación de su constitución de 1787; pero el hito que marca y da partida a los derechos humanos es con la Revolución Francesa, con la declaración de los derechos del hombre y del ciudadano de 26 de agosto de 1789, aunque en el fondo surgió con las ideas de liberalismo de la edad moderna y sucesivamente ha ido evolucionando las generaciones de derechos humanos. Carlos F. Quintana Roldan y Norma D. Sabido Peniche (2006:17) identifican tres generaciones, 1) aquellas referidas a las relaciones jurídicas en general, los derechos subjetivos tradicionales los de crédito o personales y los derechos reales también; 2) referidos a político e ideológico, con un profundo respeto a la integridad física y sociológica

ya no sólo son destinatarios de los principios allí contenidos a las personas de tal o cual Estado, sino la comunidad internacional en su conjunto. Para precisar, los derechos humanos, según refiere Valle-Riestra, J. (2008:301)⁸, “*son los derechos naturales, positivos y éticos, concebidos y desarrollados para proteger racional, jurídica y solidariamente al ser humano en lo civil, político, económico, social y cultural, con la finalidad de procurar, universalmente, su realización y felicidad*”; otros señalan como Ortecho V., Víctor J.,(2011:23)⁹, constituyen el “*patrimonio de todo ser humano, sin tener en cuenta, las diferencias de cualquier tipo entre ellos*”. Dicho principio, tiene su fundamento en el Art. Uno de la Declaración Universal de los Derechos Humanos, en la parte que indica que “Todos los seres humanos nacen libres e iguales en dignidad y derechos”.

Los derechos humanos, tienen implicancias en el derecho a la tierra (*derecho de la tierra, es una concepción diferente*); es decir, el derecho a la tierra es sinónimo de derechos humanos y su relación con otros derechos, con base en los instrumentos internacionales que versan sobre ellos. La discriminación, la desigualdad, sobre la mujer, violaría el principio universal de derechos humanos, pues todos los hombres y mujeres son reconocidos en igualdad de condiciones por las leyes internacionales de derechos humanos.

El no derecho a la tierra a las mujeres, es sinónimo de segregación y no se estaría cumpliendo el principio de igualdad, libertad y solidaridad; el hecho es que las mujeres al ser objeto de formas de discriminación por la sociedad, se ven enfrentados a múltiples forma de respuesta, exigiendo la ley de igualdad de oportunidades y respeto a sus derechos que les asiste. La misma declaración universal de derechos humanos está dividida en dos tratados internacionales; referidos a los derechos civiles y políticos y, sobre los derechos económicos, sociales y culturales. Indica, Pedro Castillo (2009:16)¹⁰, que el primero, tutela la libertad, la seguridad y la integridad física y moral de la persona, entre otros derechos. Es individual, su práctica depende de la existencia de un orden jurídico que los reconozca y garantice; en cambio los derechos económicos, sociales y culturales versan sobre las condiciones de vida y

del hombre, están los derechos del individuo y del gobernado; 3) son los derechos sociales, que se da en el contexto de la colectividad o de la propia humanidad, integra la supervivencia, sanidad y disfrute de la vida sobre la tierra, como el derecho a la paz, derecho a la conservación ecológica, derechos de las minorías étnicas, etc. También se habla ahora sobre los derechos de género, referidos a la protección de la mujer. Para mayor detalle ver: Carlos F. Quintana Roldan y Norma D. Sabido Peniche (2006). *Derechos Humanos*. Editorial Porrúa. México.

⁸ Ver su obra: Valle-Riestra, Javier (2008). *Manual de los Derechos Humanos*. Ediciones Jurídicas. Lima.

⁹ Revisar el libro de: Ortecho Villena, Victor Julio (2011). *Los derechos humanos su desarrollo y protección*. Ediciones BLG. Trujillo-Perú; así mismo, sobre la filosofía y teoría de los derechos humanos consultar a: Rafael Enrique y Aguilera Portales (2011). *Teoría de los derechos humanos*. Jurídica-Grijley. Lima.

¹⁰ Ver su texto. Castillo Castañeda, Pedro (2009). *El derecho a la tierra y los acuerdos internacionales*. El caso del Perú. CEPES. Lima.

acceso a bienes materiales en términos adecuados a la dignidad de la persona y la familia humana (en ese sentido el derecho a la tierra guarda relación directa con estos derechos).

Las premisas anteriores, para el caso de las tierras de Santiaguillo (Huancané), tiene doble importancia, primero, los derechos humanos, segundo, la igualdad de oportunidades y la no discriminación a la mujer; pero, por ser una parcialidad campesina, ello es poco conciliable por lo que prevalece el “otro” derecho propio. Se generarían las contradicciones legales y las maneras de percepción de la tierra indígena; incluso daría lugar a la jurisprudencia sobre usos y costumbres sobre las tierras y la propiedad.

La convención sobre la eliminación de todas las formas de discriminación contra la mujer apareció el 18 de diciembre de 1979¹¹, es un avance en el marco internacional sobre los derechos de la mujer, referidos básicamente a la eliminación de formas de discriminación objetiva y subjetiva. La convención, recoge así el espíritu de la Declaración Universal de los Derechos Humanos sobre los principios de igualdad de derechos y el respeto a la dignidad humana.

La negación a la propiedad de la tierra a las mujeres indígenas, cualquiera sea su condición ya es un acto de discriminación y el no cumplimiento mínimo de los derechos humanos reconocidos universalmente, incluso ratificados en los pactos, tratados y declaraciones. La convención sobre las formas de discriminación contra la mujer, en su parte declarativa, claramente señala que *“la discriminación contra la mujer viola los principios de igualdad de derechos y respeto de la dignidad humana, que dificulta la participación de la mujer, en las mismas condiciones que el hombre”*, es decir, los pactos internacionales de derechos humanos tienen la obligación de garantizar a hombres y mujeres; incluso, advierte que las prácticas consuetudinarias sobre las mujeres es un acto de inferioridad. El artículo 5, el inciso a) dice:

Modificar los patrones socioculturales de conducta de hombres y mujeres, con miras a alcanzar la eliminación de los prejuicios y las prácticas consuetudinarias y de cualquier otra índole que estén basados en la idea de inferioridad o superioridad de cualquiera de los sexos o en funciones estereotipadas de hombres y mujeres.

Entonces, la discusión radica, es que los derechos humanos, es absolutamente individual y no colectiva ni familiar; es decir, el centro de atención es el ser humano por excelencia sin

¹¹ La convención sobre la eliminación de todas las formas de discriminación contra la mujer, fue adoptada y abierta a la firma y ratificada, o adhesión, por la asamblea general en su resolución 34/180, de 18 de diciembre de 1979. Entra en vigencia el 3 de setiembre de 1981. Así hay otras declaraciones, entre ellos mencionamos; la declaración sobre la eliminación de la discriminación contra la mujer, proclamada por las Asamblea General en su Resolución 2263 (XXII), de 7 de noviembre de 1967.

importar su condición jurídica, cultural o credo. Al mismo tiempo, las mujeres bajo ese principio están en la posibilidad de exigir sus derechos, más que todo la dignidad humana; lo controversial sería qué tanto es universal y válida para otras sociedades, se constata en sociedades rurales, la aparente discriminación, pero las prácticas de la “racionalidad indígena” sobre la noción de la mujer, es sinónimo de complementariedad no en plano individual, sino a nivel de colectividad, incluso de pareja familiar. Es allí, que los discursos de género y los feministas se ven enfrentados con su ceguera de la racionalidad moderna e incluso legalista uniformizante, con el supuesto de eliminación de la desigualdad y equidad de género. En otras, palabras es un avance, pero carece de formas de entendimiento de las otras formas de noción de género o más precisamente sobre concepción heterogenia de la mujer en contextos rurales andinos.

Siguiendo, a la convención señala que los Estados adoptarán las medidas adecuadas para la eliminación de la discriminación ya sea en el matrimonio, en las relaciones familiares y asegurar la igualdad de hombres y mujeres. Tal como indica, en su artículo 16, en numeral uno y el inciso h) dice:

Los mismos derechos a cada uno de los cónyuges en materia de propiedad, compras, gestión, administración, goce y disposición de los bienes, tanto a título gratuito como oneroso.

Las formas de eliminación de la discriminación a la mujer radica en el principio de igualdad, y dignidad humana que es por excelencia el principio rector que rige a la humanidad, así mismo las herencias adquiridas por las mujeres es punto de partida para buscar la igualdad a un nivel individual como persona humana; sin embargo, no se discute la igualdad como sinónimo de varón-mujer (chacha-warmi), que es funcional y eficaz en las parcialidades de Huancané, tal como constatamos en la parcialidad de Santiaguillo. La igualdad radica en la complementariedad de género, más precisamente es la lógica de la dualidad complementaria andina, a nivel social, colectivo, familiar, e incluso para las herencias de tierras y sucesión de cargos.

Derechos fundamentales de la persona: Ley N° 28983 (igualdad de oportunidades entre mujeres y hombres) y acceso a la tierra.

En la Constitución vigente de 1993, sobre derechos fundamentales de la persona y sobre la igualdad, tiene su correlato con la declaración universal de los derechos humanos y otros tratados internacionales. Sin embargo, su vigencia y su aplicación no es de todo exitoso a

pesar que se ha postulado ahora “la inclusión social”, pues en la práctica resulta la apelación a otros derechos legales que existen ya sea derechos internacionales y constitucionales. Ambas formas de derecho, se basan su argumento en la igualdad de oportunidad, la libertad y en la dignidad humana, sobre todo las cosas.

Los derechos fundamentales de la persona, de acuerdo a la constitución de 1993 en su artículo primero señala que:

La defensa de la persona humana y el respeto de su dignidad son el fin supremo de la sociedad y el Estado.

El enunciado del artículo uno de la constitución peruana de 1993, es el eje sobre la cual gira la interpretación de las normas de este cuerpo legal, así mismo, de todas aquellas otras que integran el ordenamiento jurídico del país. La defensa de la persona humana y el respeto a su dignidad humana constituyen la razón de ser del derecho y de la constitución peruana. De modo que, el mismo Estado está facultado para protegerlo y dar su sentido de la existencia, sin importar la condición social, económica, cultural o religiosa o de género, sin ello, la razón de la existencia del Estado y la sociedad no sería dable ni razón de la existencia.

De acuerdo a la opinión del jurista, Carlos Fernández Sessarego (2005: 11)¹², que los derechos humanos constitucionalmente reconocidos tiene la finalidad de protección unitaria e integral. Indica de la manera siguiente:

“los derechos fundamentales de la persona tienen como finalidad la protección unitaria e integral de la persona en cuanto es un ser que posee dignidad. En esta dignidad la que justifica y explica los derechos fundamentales de la persona y le sirve de fundamento. De ahí que el artículo 3 de la constitución establezca que los derechos de la persona no se circunscriben a solo aquellos expresamente normados por el ordenamiento jurídico sino que su protección alcanza a aquellos que, sin encontrarse en esa situación, se fundamentan en la dignidad humana”.

En otras palabras, los derechos fundamentales de la persona son a nivel individual que colectivo. Su objeto es la persona humana personal, antes de ser colectiva y familiar. En esa medida es que los derechos a la (*de la*) tierra, también es sumamente importante para los individuos, especialmente para la mujer es sinónimo de los derechos fundamentales.

¹² Ver: Fernández Sessarego, Carlos (2005). *Derechos fundamentales de la persona* (pp 7-12). En: la constitución comentada. Análisis artículo por artículo. Gutiérrez, Walter (Director) Tomo I. Gaceta Jurídica/ Congreso de la República del Perú.

Sin embargo, es necesario aclararlo que la tierra (madre tierra)¹³ es fundamental para la existencia humana, está vinculado con la supervivencia humana de un determinado grupo de personas, en tanto son los pobladores rurales e indígenas las que más necesitan y tienen formas propias de transmisión de la tierra. De modo que, la manera cómo se entiende los derechos fundamentales de la persona (Constitución 1993), es de manera humana y personalista. En cambio, en pueblos indígenas la visión sobre la tierra es de una manera diferente: es la *pachamama*, que se cuida y se cría recíprocamente entre los humanos y la tierra; es decir, en su cosmovisión andina tiene vida.

La Ley N° 28983: ley de igualdad de oportunidades entre mujeres y hombres¹⁴, tiene su inspiración de corte liberal en la declaración universal de derechos humanos y en la misma convención sobre la eliminación de formas discriminativas contra la mujer (1979). Tal es así, que los derechos de igualdad y la dignidad humana son parte de la ley de oportunidades entre mujeres y hombre, en el artículo 2 sobre la discriminación es enfático en señalar, que:

Para los efectos de la presente Ley, se entiende por discriminación cualquier tipo de distinción, exclusión o restricción, basada en el sexo, que tenga por objeto o por resultado menoscabar o anular el reconocimiento, goce o ejercicio de los derechos de las personas, independientemente de su estado civil, sobre la base de la igualdad entre la mujer y el hombre, de los derechos humanos y las libertades fundamentales en la esfera política, económica, social, cultural o en cualquier otra, en concordancia con lo establecido en la Constitución Política del Perú y en los instrumentos internacionales ratificados por el Estado peruano.

Antes de la Ley N° 28983, se trabajó el proyecto de la Ley de Igualdad de oportunidades con equidad de género, dicho proyecto recoge todas las declaraciones, convenciones sobre derechos de la mujer, la igualdad de oportunidades y derechos humanos. Incluso las reflexiones y argumentos reflejan un contenido liberal y muy feminista que de equidad de género, lo cual es válido para estos tiempos. Sin embargo, es necesario citar una parte del proyecto de equidad de género al acusar que la complementariedad de género es asimétrica cuyo texto es:

¹³ En la actualidad se habla sobre derechos de la madre tierra; es decir, que la tierra también tiene que tener ese marco jurídico a nivel más global, para así de esa manera responder al efecto del calentamiento global. Incluso se discute en foros, eventos sobre la declaración sobre derechos de la madre tierra. En cambio, para los pueblos indígena la noción de tierras y territorios, está referido a la manera de la “crianza de la Pachamama”, es el vínculo intrínseco entre la naturaleza (tierra) y el ser humano, de esa manera mantienen rituales a la pachamama, ello se evidencia en comunidades aimaras del Perú.

¹⁴ Fue promulgado el 15 de marzo de 2007, siendo presidente de la República del Perú Alan García Pérez.

Algunos al observar la diferenciación de roles por género en ciertos pueblos y culturas (por ejemplo en las culturas nativas o indígenas del Perú), han defendido la tesis de complementariedad, aludiendo a que varones y mujeres desempeñan roles complementarios. Sin embargo, al cotejarse esta tesis con la finalidad usualmente se logra demostrar que la supuesta complementariedad no es simétrica.

Esta idea es reforzada por la fiscal de familia del distrito judicial de puno (entrevista realizada)¹⁵, en el sentido de:

“Por más que se recurra a las prácticas consuetudinarias sobre complementariedad de género y sucesión de la herencia (tierras), y en caso que atente contra los principios de derechos humanos y discriminación. Es la ley positiva, la que al final prevalece más allá de sus usos y costumbres, por principio de ponderación de derechos fundamentales, derechos humanos, dignidad humana”.

En consecuencia, para el grupo social de Santiaguillo, la Constitución de 1993, que puntualiza en su artículo 2º inciso 16, la garantía del derecho fundamental de la persona “*a la propiedad y a la herencia*”, no gozaría de protección menos sería de aplicación, por ser no funcional y eficaz en su aplicación.

Conclusión

Los derechos humanos y los derechos fundamentales de la persona, es en esencia la búsqueda de la dignidad humana de carácter *individual*, pero, el derecho consuetudinario que aún persisten en los andes del Perú, es de carácter *familiar* basado en la complementariedad de género, como es el caso que nos ocupó en la parcialidad campesina de Santiaguillo.

¹⁵ Fiscal Superior de Familia del Distrito Judicial de Puno, por razones de no dañar la imagen institucional nos reservamos revelar su nombre.

REFERENCIAS BIBLIOGRÁFICAS

Aylwin, J. 2010. *La declaración de Naciones Unidas sobre los Derechos de los Pueblos Indígenas y sus implicancias para América Latina*. Pp 101-119. Puno. En: Observatorio pueblos indígenas. N°1, Año 1. IDECA.

Cárdenas, R. 2005. *El ejercicio de la función jurisdiccional por las comunidades campesinas y nativas: artículo 149*. Pp 710-717. En: La constitución comentada. Análisis artículo por artículo. Walter Gutiérrez (Director) Tomo II. Lima. Gaceta Jurídica-Congreso de la República del Perú.

Castillo, P. 2009. *El derecho a la tierra y los acuerdos internacionales*. El caso del Perú. Lima. CEPES.

Dalla, M. P. 2008. *La otra cara de la justicia*. Lima. Asamblea Nacional de Rectores.

Fernández, C. 2005. *Derechos fundamentales de la persona*. Pp 7-12. En: La constitución comentada. Análisis artículo por artículo. Walter Gutiérrez (Director) Tomo I. Lima. Gaceta Jurídica- Congreso de la República del Perú.

Harris, O. 1985. *Complementariedad y conflicto. Una visión andina del hombre y la mujer*. En: Allpanchis N° 25 Año XV, Vol. XXI. IPA. Cusco

Kelsen, H. 1989. *Teoría pura del derecho*. Lima. Editorial Temas.

Krotz, E. (Ed.) 2002. *Antropología jurídica: perspectivas socioculturales en el estudio del derecho*. México. UAM-Iztapalapa-Anthropos.

Ortecho Villena, Víctor Julio. 2011. *Los derechos humanos su desarrollo y protección*. Trujillo. Ediciones BLG.

Rubio, M. 2008. *Para conocer la constitución de 1993*. Lima. PUCP.

Rubio, M; Eguiguren Praeli, Francisco; Bernales Ballesteros, Enrique. 2011. *Los derechos fundamentales en la jurisprudencia del tribunal constitucional*. PUCP. Lima.

Valle-Riestra, J. 2008. *Manual de los Derechos Humanos*. Lima. Ediciones Jurídicas.

Yrigoyen Fajardo, Raquel. 2004. *Pluralismo jurídico, derecho indígena y jurisdicción especial en los países andinos*. Pp 171-195. Bogotá. En: El otro derecho N°30. ILSA.