

UNIVERSIDAD PERUANA LOS ANDES
FACULTAD DE DERECHO Y CIENCIAS POLÍTICAS
ESCUELA PROFESIONAL DE DERECHO



INFORME FINAL DE TESIS

Título : La influencia de la capacidad de ejercicio del Derecho Consuetudinario al Derecho Positivista del Estado peruano.

Para optar : Título de abogado

Autor : Mallqui Flores Juan Manuel
Parraga Dionisio Gabriela

Asesor :

Área de investigación : Derecho Constitucional y Procesal Constitucional

Línea de investigación : Derechos Fundamentales

Resolución de Expedito N° :

Huancayo – Perú

2019

A nuestros padres.

A nuestros asesores.

ÍNDICE

DEDICATORIA.....	2
AGRADECIMIENTOS.....	3
RESUMEN.....	8
ABSTRACT.....	9
INTRODUCCIÓN	10
CAPÍTULO I: PLANTEAMIENTO DEL PROBLEMA	16
1.1. Descripción del problema	16
1.2. Delimitación del problema.....	18
1.2.1. Delimitación espacial.....	18
1.2.2. Delimitación temporal	18
1.2.3. Delimitación conceptual	19
1.3. Formulación del problema	19
1.3.1. Pregunta general	19
1.3.2. Preguntas específicas	19
1.4. Justificación	20
1.4.1. Social	20
1.4.2. Científica-teórica	20
1.4.3. Metodológica	21
1.5. Objetivos	21
1.5.1. Objetivo general.....	21

1.5.2. Objetivo específico	22
1.6. Marco teórico	22
1.6.1. Antecedentes de la investigación.....	22
1.6.1.1. Antecedentes internacionales	22
1.6.1.2. Antecedentes nacionales.....	26
1.6.1.3. Antecedentes locales	37
1.6.2. Bases teóricas.....	37
1.6.3. Marco Conceptual.....	88
1.7. Hipótesis	89
1.7.1. Hipótesis general.....	89
1.7.2. Hipótesis específicas.....	89
1.7.3. Variables	90
1.8. Operacionalización de variables	91
CAPÍTULO II: METODOLOGÍA	93
2.1. Método de investigación	93
2.1.1. Métodos generales	93
2.1.2. Métodos específicos.....	94
2.2. Tipo de investigación.....	95
2.3. Nivel de investigación.....	95
2.4. Diseño de la investigación	96
2.5. Población y muestra.....	97
2.6. Técnicas y/o instrumentos de recolección de datos	99

2.6.1. Técnicas de recolección de datos	99
2.6.2. Instrumentos de recolección de datos	100
2.7. Procedimientos de la investigación.....	100
2.8. Técnicas de procesamiento y análisis de datos	100
CAPÍTULO III: RESULTADOS	102
3.1. Resultados de la hipótesis uno	102
3.2. Resultados de la hipótesis dos.....	107
3.3. Resultados de la hipótesis tres	112
3.4. Resultados de la hipótesis cuatro	117
3.5. Resultados de la hipótesis cinco	122
CAPÍTULO IV: ANÁLISIS Y DISCUSIÓN DE RESULTADOS.....	128
4.1. Discusión de la hipótesis uno.....	128
4.2. Discusión de la hipótesis dos	131
4.3. Discusión de la hipótesis tres	134
4.4. Discusión de la hipótesis cuatro.....	137
4.5. Discusión de la hipótesis cinco	140
4.6. Discusión de la hipótesis general.....	143
CAPÍTULO V: CONCLUSIONES	149
CAPÍTULO VI: RECOMENDACIONES.....	151

REFERENCIAS BIBLIOGRÁFICAS.....	153
ANEXOS.....	162
Matriz de consistencia.....	163
Compromiso de autoría.....	165

RESUMEN

La presente investigación tiene como **objetivo general** analizar la capacidad de ejercicio entre el modelo jurídico ordinario y el consuetudinario que brinda mayor seguridad para el Estado peruano, de allí que, nuestra **pregunta general** de investigación sea: ¿Qué capacidad de ejercicio brinda mayor seguridad entre el modelo jurídico ordinario y el consuetudinario para el Estado peruano?, y nuestra **hipótesis general**: “La capacidad de ejercicio brinda mayor seguridad para el Estado peruano es el modelo jurídico consuetudinario”, entonces para contrastarla se ha utilizado el **método general** hermenéutico, un tipo de investigación básico o fundamental, un nivel correlacional y un diseño observacional, cuyo instrumento de recolección de datos fue a través de fichas textuales, resumen y bibliográficas, cuyo procesamiento ha sido a través de la argumentación jurídica, la cual obtuvo los **siguientes resultados**: si el ciudadano está debidamente preparado, en su compromiso social, familiar, y personal siempre a favor de su comunidad, entonces podrá comprender que ser ciudadano no se trata de tener mayoría de edad; finalmente la **conclusión** más importante de la investigación fue: el modelo jurídico consuetudinario es más eficiente que el modelo ordinario porque el ciudadano está debidamente preparado, ya que su compromiso en las esferas sociales, familiares y personales siempre será favor de su comunidad, por lo que no basta tener 18 años para que considere ciudadano porque la madurez física, emocional, psicológica y habilidosa permite afrontar problemas que se generen en su sociedad.

Palabras clave: Capacidad de ejercicio, Derecho Ordinario, Derecho Consuetudinario, Matrimonio, Derecho a elegir y administración de justicia.

ABSTRACT

The present investigation has like general objective to analyze the capacity of exercise between the ordinary legal model and the customary one that offers greater security for the Peruvian State, for that reason, our general question of investigation is: Which capacity of exercise offers greater security between the Ordinary legal model and the customary for the Peruvian State ?, and our general hypothesis: "The exercise capacity provides greater security for the Peruvian State is the customary legal model", then to contrast it has been used the general hermeneutical method, a type of basic or fundamental research, a correlational level and an observational design, whose instrument of data collection was through text, summary and bibliographic records, whose processing has been through legal argumentation, which obtained the following results: citizen is duly prepared, in his commitment soc With your family, family, and staff always in favor of your community, then you can understand that being a citizen is not about getting of age; finally the most important conclusion of the investigation was: the customary legal model is more efficient than the ordinary model because the citizen is properly prepared, since his commitment in the social, family and personal spheres will always be in favor of his community, so It is not enough to be 18 years old to be considered a citizen because physical, emotional, psychological and skillful maturity allows you to face problems that are generated in your society.

Keywords: Exercise capacity, Ordinary Law, Customary Law, Marriage, Right to choose and administration of justice.

INTRODUCCIÓN

La presente investigación tiene como propósito analizar la capacidad de ejercicio entre el modelo jurídico ordinario y el consuetudinario que brinda mayor seguridad para el Estado peruano, porque la capacidad de ejercicio que ponen en práctica los jóvenes y hombres maduros, no representa la calificación necesaria para cumplir los objetivos para con su sociedad.

Asimismo, la presente investigación está compuesta por seis capítulos, los cuales detallaremos grosso modo cada una de ellas. **El primer capítulo** se denomina Planteamiento del problema, aquí se desarrollan tópicos como la descripción de la realidad problemática, delimitación del problema, la justificación, entre otros.

En éste primer capítulo se pone énfasis a la formulación del problema, la cual tiene como pregunta general: ¿Qué capacidad de ejercicio brinda mayor seguridad entre el modelo jurídico ordinario y el consuetudinario para el Estado peruano?, asimismo en el objetivo general de la investigación, el cual es: analizar la capacidad de ejercicio entre el modelo jurídico ordinario y el consuetudinario que brinda mayor seguridad para el Estado peruano, y finalmente presentar la hipótesis general: “La capacidad de ejercicio brinda mayor seguridad para el Estado peruano es el modelo jurídico consuetudinario”.

Luego, se desarrollan los antecedentes de investigación, a fin de observar los trabajos predecesores y saber hasta dónde ha quedado el status de las investigaciones sobre La Capacidad Jurídica Ordinaria (que es la variable independiente) y La Capacidad Jurídica Consuetudinaria

(que es la variable dependiente), asimismo se detallan las bases teóricas de la investigación, las cuales se profundizaron y sistematizaron de acuerdo a las variables de investigación.

En el **capítulo dos** cuyo título es Metodología es donde se desarrollan y describen las formas en cómo se procederá a recabar información y cómo se procesará la información, de tal suerte que para el caso nuestro, se utilizó el método general de la hermenéutica, como método específico la hermenéutica jurídica, asimismo se utilizó un tipo de investigación básico o fundamental, un nivel correlacional y un diseño observacional, luego se utilizó la técnica del análisis documental juntamente con su instrumento que es la ficha textual, de resumen y bibliográfica.

En el **capítulo tres** denominado Resultados en donde se puso en evidencia en forma más sistemática los datos que se utilizarán para el debido análisis y discusión a fin de llegar a una contrastación de hipótesis, entonces en éste capítulo es donde por cada hipótesis específica se ha logrado sistematizar toda la información recabada en las bases teóricas para luego realizar un examen crítico académico, siendo que los principales resultados son:

- La personalidad jurídica se diferencia de la capacidad, en tanto, el primero no requiere que el ordenamiento jurídico le atribuya o asigne cualidades o requisitos a fin de que se le considere persona, sino que es necesario que basta haber ser un hombre (varón o mujer) o en todo caso concebido para ser tratado como sujeto de derecho, muy semejante al goce, sólo que éste último se trasluce en el ejercicio de los derechos que brinda el ordenamiento jurídico, mientras la personalidad es la inherencia de ser tratado como un sujeto de derecho; sin embargo, la capacidad

jurídica si está limitado por una serie de requisitos que el ordenamiento jurídico establezca.

- El Derecho Consuetudinario no viene a ser otra cosa que el conjunto de costumbres jurídicas de una determinada sociedad (tribu, pueblo, comunidad, grupo étnico, etc.), las cuales tienen un fundamento más antropológico y sociológico que jurídico; asimismo, tiene dos naturalezas o razones de ser, la primera se comprende un entrelazado o comunión entre costumbres jurídicas y el ordenamiento jurídico, pero en la que las costumbres están sujetas al ordenamiento, mientras que la segunda postura asevera una total independencia a las costumbres, donde el Estado no puede intervenir bajo ningún motivo; en esa línea, el ordenamiento jurídico en el artículo 149 de la Constitución Política del Perú, ha establecido que las rondas Campesinas y Nativas tienen autonomía en su forma de juzgar, siempre en cuando no trasgreda los derechos fundamentales.
- El matrimonio según el Derecho Consuetudinario, implica que varía de acuerdo a lo que establece una determinada comunidad indígena, de tal suerte que, tenemos a los matrimonios de la comunidades indígenas de los Ashánincas y Campas, siendo que en el primer caso, la poligamia es aceptada, sin embargo, ellos entienden que el varón tiene y debe tener la capacidad de proteger tanto física y económicamente a cada esposa, ya que entienden que el hogar implica resguardo contra los enemigos, los animales, fuente de alimentos y protección, para culminar, quien elige a su esposa es el hombre.
- La propiedad según los pueblos indígenas, no tiene la calidad de tierra privada o acumulación de bienes, sino que para ellos existe la noción de compartir, es decir,

la tratan como un universo compartido, no fraccionado a la cual pertenece obligatoriamente a una persona, ellos más lo entienden como un lugar ocupacional, pues si se trasladan de un lugar a otro, es allí donde toman otro lugar ocupacional; por ello es que, los indígenas guardan la óptica de que los recursos que ofrece la naturaleza deben ser bien administradas, pues ello propiamente no les pertenece.

El **capítulo cuatro** intitulado Análisis y discusión de los resultados, es donde ya se realiza por cada hipótesis específica una valoración de juicio con toda la información sistematizada a fin de llegar o arribar a conclusiones lógicas argumentativas y poder contrastar las hipótesis específicas y luego la hipótesis general, siendo las principales discusiones fueron:

- La capacidad de ejercicio respecto a elegir y ser elegido, dentro del modelo jurídico consuetudinario, la toma de decisiones no solo debe estar a cargo de los adultos o aquellos que hayan superado una prueba para alcanzar la capacidad de ejercicio en su sistema, sino que lo principal es que desde ya el menor se involucre de lleno y obtenga responsabilidad sobre el destino de su comunidad y sienta que ya parte de él, por ende su toma de decisiones a medida que avance su edad será más responsable; mientras que en el sistema jurídico ordinario, basta que el ciudadano cumpla los 18 años de edad y recién tenga participación sobre las decisiones de su nación, pero como ha crecido indiferente, ello hace que sus votos también lo sean de esa manera, mientras no pague una multa, el ciudadano será feliz e indiferente a lo que ocurre en una realidad latente.

- La capacidad de ejercicio respecto a los derechos, deberes y obligaciones, dentro del modelo jurídico consuetudinario, porque para ser considerado ciudadano y pueda asumir responsabilidades y derechos para con su sociedad cumpliendo además sus deberes con honestidad y con total autonomía, es necesario que primero pase una serie de evaluaciones, las cuales evidencien su capacidad de madurez y compromiso de estar involucrado en la mejora de su sociedad, a lo cual aclaramos que no necesariamente el niño o joven tenga que tener educación primaria, secundario o incluso universitaria, para ser ciudadano, ya que ello no garantiza que el hombre sea completamente maduro, sino que muchas veces demuestra que sea un niño con terno, lo cual muchas veces sí lo ha demostrado el modelo jurídico ordinario, ya que el sistema jurídico sólo prevé que el varón o la mujer cumplan 18 años, sea que fuera analfabeto o no lo fuera.
- Los supuestos son como las condiciones para que se manifieste o se produzca una La capacidad de ejercicio para acceder a administrar justicia en el modelo jurídico ordinario no compromete la integralidad del hombre con su sociedad, ni su servicio, sino que al ingresar a un sistema que ya está corrupto y que ya está direccionado, hace que el operador del derecho se transforme en lo que el Poder Judicial quiere, mientras que en de forma en específica, las rondas campesinas que es parte del modelo jurídico consuetudinario, éstos emiten sus sanciones y sentencias para transformar al infractor, siendo la sanción eficaz y pública, y en caso de reincidencia se le toma como rebelde, siendo la máxima sanción la muerte social, es decir, la exclusión de la sociedad.

Finalmente, con los **capítulos cinco y seis**, es donde se exponen las conclusiones y las recomendaciones, las cuales están expuestas en orden sistemático, es decir, que existe una conclusión por cada hipótesis específica y general, al igual que las recomendaciones, que en nuestro caso fueron cinco en cada uno.

Esperando que la tesis sea de provecho a la comunidad jurídica, deseamos que siga sometiéndose a debate para incrementar y perfeccionar nuestra posición académica.

CAPÍTULO I

PLANTEAMIENTO DEL PROBLEMA

1.1. DESCRIPCIÓN DE LA REALIDAD PROBLEMÁTICA

La capacidad de ejercicio en nuestra sociedad se adquiere a los 18 años, esto es que basta con que el ciudadano peruano cumpla dicha mayoría de edad y sea sujeto de responsabilidades, deberes, derechos y obligaciones, sin embargo, dicha forma de adquirir la ciudadanía desde un punto civil es totalmente erróneo, tal vez para un fuero penal pueda ser lo más correcto, pero al tratarse la tesis desde una visión civil, dicha adquisición de capacidad de ejercicio no es la más correcta, en tanto aún no es consciente de sus actos.

El derecho a la capacidad de ejercicio lo encontramos en el artículo 42 del Código Civil donde prescribe:

Toda persona mayor de dieciocho años tiene plena capacidad de ejercicio. Esto incluye a todas las personas con discapacidad, en igualdad de condiciones con las demás y en todos los aspectos de la vida, independientemente de si usan o requieren de ajustes razonables o apoyos para la manifestación de su voluntad. Excepcionalmente tienen plena capacidad de ejercicio los mayores de catorce años y menores de dieciocho años que contraigan matrimonio, o quienes ejerciten la paternidad [El resaltado es nuestro]

De esa manera, podemos apreciar que, desde ya el artículo está anticipando que independientemente si la persona mayor de edad tiene tutor, curador o cualquier representante legal, tiene capacidad de ejercicio por obtener los 18 años, legalmente esto es protegido y viable,

sin embargo, internamente y socialmente la persona debe obtener dicho derecho tan solo porque ha cumplido la mayoría de edad o es que debe demostrar una serie de requisitos a fin de que realmente se le considere agente de responsabilidades, derechos, deberes y obligaciones, mientras tanto es considera un niño que todavía necesita pasar a la hombría.

Desde un punto civil, puede tener muchos aportes, pero desde un punto de vista penal, por seguridad jurídica y ser agente de ir a la penitenciaría, pues la responsabilidad penal se atribuye de imputabilidad, sí a los 18 años, pero para el ejercicio de derechos civiles y constitucionales civiles (que así se planteaba antes de su modificación por el artículo 1 del Decreto Legislativo N° 1384, publicado el 04 septiembre 2018), a nuestro criterio, sí amerita ganárselos, porque sólo así podrá ser consiente de cada acto que realice para su sociedad y con cada persona.

La capacidad de ejercicio en los pueblos indígenas es más meritocrático que legal, pues para probar la hombría, el que ya es hombre y experimentado enseña al niño una serie de actos, rituales y aprendizajes a fin de que no sólo pueda sobrevivir por su cuenta, sino que pueda proveer para los demás, ser útil a su sociedad, esto es ser consciente de que formar parte de una sociedad no solo es estar allí como si fuera una improvisación de ser humano o un yecto, sino que su razón de persona y su naturaleza tienen transcendencias más allá de lo que él pudiera imaginar y por eso justamente es que el hombre enseña a ser hombre al niño y la mujer enseña a ser mujer a la niña.

De allí que, la presente investigación tiene como motivo primeramente analizar en forma dogmática la capacidad de ejercicio y luego analizar la capacidad de goce sobre los pueblos de los Ashánincas, los Campas, los Otari y por ultimo Mashco Piro, de 4 poblaciones nativas donde

todavía no han sido contaminadas por el derecho positivo u ordinario y saber cómo ellos consideran o forman a los hombres para que ejerzan sus derechos dentro de su población.

Por lo expuesto es que nosotros, los tesisistas, formulamos la siguiente pregunta de investigación: ¿Qué capacidad de ejercicio brinda mayor seguridad entre el modelo jurídico ordinario y el consuetudinario para el Estado peruano?; esto es dar a conocer sí la capacidad de ejercicio practicado por la sociedad positivista es mejor que la capacidad que otorga el derecho consuetudinario.

1.2. DELIMITACIÓN DEL PROBLEMA

1.2.1. Delimitación espacial

La investigación por ser de naturaleza jurídica dogmática, implica analizar exhaustivamente las instituciones jurídicas de la Capacidad Jurídica ordinaria y Capacidad jurídica consuetudinaria de pueblos indígenas y como dichas instituciones se encuentran debidamente establecidas en el Código Civil y la Constitución Política del Perú, que rigen a nivel del territorio peruano es por tal motivo que su espacio de aplicación involucrará obligatoriamente al territorio peruano, ya que la utilización del Código Civil y de la Constitución es para todo el espacio peruano.

1.2.2. Delimitación temporal

Acorde a lo explicado, como el proyecto de tesis es de naturaleza dogmática jurídica, ello hace que las instituciones jurídicas: Capacidad Jurídica ordinaria y Capacidad jurídica consuetudinaria de pueblos indígenas en análisis deben hacerse con la mayor vigencia que detentan los códigos y las leyes peruanas, es decir, hasta el año 2018, ya que hasta donde se ha podido

escudriñar, todavía no existido alguna modificación o derogación de artículo de las instituciones jurídicas a analizar.

1.2.3. Delimitación conceptual

Los conceptos que se tomarán en cuenta en la presente tesis serán desde el punto de vista positivista para lo que Capacidad Jurídica Ordinaria, pues su análisis dogmático se basará en el Código Civil de 1984 y la Constitución de 1993, mientras que Capacidad jurídica consuetudinaria de pueblos indígenas se analizará desde un enfoque ius-sociologista, esto es a partir de datos ya calificados del cómo actúan dentro de su derecho consuetudinario, de esa manera se involucrará una estrecha relación entre lo que es el derecho positivo y el derecho de costumbres, pero desde una visión doctrinaria.

1.3. FORMULACIÓN DEL PROBLEMA

1.3.1. Problema general

- ¿Qué capacidad de ejercicio brinda mayor seguridad entre el modelo jurídico ordinario y el consuetudinario para el Estado peruano?

1.3.2. Problemas específicos

- ¿Qué capacidad de ejercicio brinda mayor seguridad entre el modelo jurídico ordinario y el consuetudinario de contraer matrimonio para el Estado peruano?
- ¿Qué capacidad de ejercicio brinda mayor seguridad entre el modelo jurídico ordinario y el consuetudinario sobre el derecho de propiedad para el Estado peruano?

- ¿Qué capacidad de ejercicio brinda mayor seguridad entre el modelo jurídico ordinario y el consuetudinario sobre el derecho a elegir y ser elegido para el Estado peruano?
- ¿Qué capacidad de ejercicio brinda mayor seguridad entre el modelo jurídico ordinario y el consuetudinario respecto a los derechos, deberes y obligaciones para el Estado peruano?
- ¿Qué capacidad de ejercicio brinda mayor seguridad entre el modelo jurídico ordinario y el consuetudinario sobre la administración de justicia para el Estado peruano?

1.4. JUSTIFICACIÓN

1.4.1. Social

La presente investigación tiene como aporte jurídico a la sociedad de **abrir y mejorar la percepción de que la capacidad jurídica** adquirida en la ciudad por el Derecho Positivo, ya que ésta no es la más adecuada, pues el ciudadano sin haber probado su valía o su forma de proceder tras haber alcanzado la mayoría de edad, todavía no es consciente de su rol e importancia de lo implica tener el derecho de una capacidad de ejercicio a beneficio de su sociedad, de allí que, la tesis pretende mejorar los estándares para la adquisición de la capacidad de ejercicio mediante algunos requisitos con los que trabaja la capacidad de ejercicio de los pueblos indígenas y tomarlos como referencia para que el ciudadano no obtenga su capacidad de ejercicio por tener, sino porque realmente lo merece.

1.4.2. Científica-teórica

El aporte teórico jurídico, sería la implementación y **mejora de requisitos para la obtención de ejercicio en la ciudad**, en tanto, la forma en cómo obtienen la capacidad de ejercicio en los pueblos indígenas es a través de la meritocracia o en todo caso porque realmente se ha

ganado ese título, pues en la actualidad, basta dar la mirada en las noticias o en la vida cotidiana que existen ciudadanos de 18, 35, 55 y hasta de 65 años que aún no entienden lo que implica ser un ciudadano, simplemente han obtenido dicha capacidad de ejercicio por el transcurrir el tiempo, la cual que viene a ser por la mayoría de edad, esto sin duda, genera no sólo suspicacia, sino problemas a gran escala como la delincuencia, la informalidad y perjuicios que trae consigo la sociedad, por tanto, la tesis pretende estudiar los requisitos y cómo es que en los pueblos indígenas se ganan dicho título de ciudadano o ser parte de la tribu, porque ellos saben lo que significa ser ciudadano que aporte a su población.

1.4.3. Metodológica

Metodológicamente se justifica la presente investigación realizando un estudio dogmático jurídico, pues al ser instituciones jurídicas, la mejor herramienta es la utilización de la hermenéutica jurídica, específicamente la exégesis y la sistemática lógica, asimismo el estudio documental de diversos pueblos étnicos de la selva, a fin de que el análisis sea a través de la argumentación jurídica y contrastar las hipótesis en forma lógica doctrinariamente.

1.5. OBJETIVOS

1.5.1. Objetivo general

- Analizar la capacidad de ejercicio que brinda mayor seguridad entre el modelo jurídico ordinario y el consuetudinario para el Estado peruano.

1.5.2. Objetivos específicos

- Determinar la capacidad de ejercicio que brinda mayor seguridad entre el modelo jurídico ordinario y el consuetudinario de contraer matrimonio para el Estado peruano.
- Identificar la capacidad de ejercicio que brinda mayor seguridad entre el modelo jurídico ordinario y el consuetudinario sobre el derecho de propiedad para el Estado peruano.
- Describir la capacidad de ejercicio que brinda mayor seguridad entre el modelo jurídico ordinario y el consuetudinario sobre el derecho a elegir y ser elegido para el Estado peruano.
- Identificar la capacidad de ejercicio que brinda mayor seguridad entre el modelo jurídico ordinario y el consuetudinario respecto a los derechos, deberes y obligaciones para el Estado peruano.
- Examinar la capacidad de ejercicio que brinda mayor seguridad entre el modelo jurídico ordinario y el consuetudinario sobre la administración de justicia para el Estado peruano.

1.6. MARCO TEÓRICO

1.6.1. Antecedentes de la investigación

1.6.1.1. Antecedentes internacionales

En este contexto se tiene la tesis intitulada “Inaplicabilidad del Inciso Segundo del Artículo 171 de la Constitución de la República, en cuanto a Justicia Indígena y Jurisdicción Ordinaria”, por Bucheli Hurtado Carla Paola, sustentada en Ecuador para optar el Título de abogada por la Universidad Central Del Ecuador en el año 2014, quien llego a las conclusiones siguientes:

- La autodeterminación de los pueblos debe ser entendida como el deseo de los pueblos indígenas de tomar sus propias decisiones dentro de sus jurisdicciones, pero que en ningún caso busca la separación del Estado al que pertenecen.
- La Constitución del 2008 reconoce circunscripciones territoriales indígenas, con las que se configura la autodeterminación de los pueblos, pero al igual que en la justicia indígena persiste el mandato constitucional de que la ley establecerá las normas de conformación, funcionamiento y competencias de estas circunscripciones.
- Las autoridades indígenas son elegidas por su alto nivel de honestidad y sabiduría en el marco de un proceso democrático mientras que las autoridades ordinarias no son elegidas por el pueblo debido a la división de poderes del Estado positivista.
- La justicia indígena cumple con los principios de celeridad, simplificación, uniformidad, eficacia, intermediación y economía procesal cosa que muchas veces la justicia ordinaria no logra cumplir por la abundante burocracia que existe.
- Al hablar de justicia indígena no se la puede denominar como justicia de mano propia, ya que la decisión de que se aplique un correctivo es emanada de una autoridad legalmente reconocida por la comunidad, tampoco se la puede denominar como tortura pues los correctivos no pretenden dañar la integridad física de la persona sino sanar su alma muy contrario a los linchamientos callejeros que son desproporcionales, arbitrarios contrarios a toda expresión del debido proceso y que por lo tanto no pueden ser tolerados bajo ninguna circunstancia.

En este contexto se tiene la tesis intitulada “Análisis jurídico sobre la capacidad relativa otorgada a los menores para contraer matrimonio y su falta de aplicación”, por José Luis Aguirre Pumay, sustentada en Guatemala para optar el Grado de Licenciada de Ciencias Jurídicas y Sociales por la Universidad de San Carlos de Guatemala en el año 2007, quien llegó a las conclusiones siguientes:

- La necesidad de que las personas alcancen cierto desarrollo moral, intelectual y físico para ejercitar consciente y racionalmente sus derechos, hace que el ordenamiento jurídico exija una cierta edad para otorgar la capacidad de obrar; según las distintas concepciones sociales se ha exigido un límite de edad distinto; en las legislaciones antiguas se fijaba ese límite por el desenvolvimiento físico determinado, bien por la pubertad, bien por la aptitud para llevar las armas; el derecho moderno se fija, por el contrario, en el desarrollo mental.
- La aptitud para contraer matrimonio, otorgada a los menores de edad, no es en realidad una capacidad, ya que deben contar con autorización de quien ejerza la patria potestad, la tutela o en su caso, la de juez competente, lo que es contrario a la capacidad relativa, pues para que ésta exista, el menor de edad debe realizar los actos por sí mismo, sin intervención de sus padres, tutores o representantes, lo que no se da en el caso de contraer matrimonio.
- Los incidentes de dispensa judicial, se han tramitado en un porcentaje muy bajo, por desconocimiento de los derechos civiles, por parte de los menores de edad, que no saben, que a falta de autorización de las personas que ejercen sobre ellos, la patria potestad o la tutela, pueden acudir ante el Juez de Primera Instancia de Familia de su domicilio, en la vía de los incidentes, para que éste en base a las pruebas aportadas por los menores autorice la realización del matrimonio.

- La falta de autorización de los padres, tutores, o el juez competente en su caso, para que los menores de edad, el hombre mayor de 16 años y la mujer mayor de 14, puedan contraer matrimonio, provoca un aumento en el índice de madres solteras, debido a que éstas al no obtener tal autorización, toman la decisión de convivir maridablemente de hecho, y al no existir un vínculo jurídico que les una, consideran que no existe mayor responsabilidad de su parte, y al transcurrir cierto tiempo deciden dar por finalizada la convivencia maridable que habían sostenido.

Se tiene también el artículo intitulado “La determinación de la capacidad jurídica, principios y procesos”, investigado por Rubén Marcelo Garate, en Argentina la cual fue publicada en la revista Anales de la Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales Universidad Nacional de la Plata. N° 47 en el año 2017. pp. 33-34, cuyas conclusiones fueron:

- Esta relación entre el derecho internacional y el derecho privado provoca un enriquecimiento normativo, incorporando derechos y principios, como son la autonomía personal, el reconocimiento de la capacidad, considerando excepcional la incapacidad, el reconocimiento, el derecho de ser informado y participar en el proceso, contando con representación legal y la tutela judicial efectiva.
- Bien podemos reconocer que los principios que sustentan el instituto de la capacidad son tomados del derecho convencional de los derechos humanos de las personas con discapacidad. Siguiendo el pensamiento de Carlos Nino podemos establecer que estos principios sustantivos pueden ser enunciados de la siguiente forma:

Autonomía de la persona: se relaciona con la libertad de hacer. Se sustenta en la idea de la igualdad entre las personas. Sin embargo, todo tratamiento igualitario no puede ser independiente de la concepción sobre lo que es bueno para el hombre y para su propia vida. El trato que se dispensa a una persona como un igual explicita la forma en que alguien desearía ser tratado.

La concepción sobre la autonomía personal se proyecta en otros derechos, como son: la integridad corporal y psíquica, la libertad de asociación, de expresión y libertad en el desarrollo de la vida privada. Principio de inviolabilidad de la persona: se relaciona con la libertad de las conductas, cuyos efectos recaen sobre el propio agente.

Los derechos funcionan como restricciones a los intereses colectivos. Establecen una barrera a los demás integrantes de la sociedad o al Estado mismo, impidiendo vulnerar los derechos individuales básicos. Entendemos que siempre deben privilegiarse los principios fundamentales, por sobre los derechos particulares.

- Principio de la dignidad de la persona: advertimos que respetar la libertad del individuo no es lo mismo que satisfacer sus deseos. Depende, que el individuo asuma las consecuencias de sus decisiones (Nino, 1989: 117).

1.6.1.2. Antecedentes nacionales

En el ámbito nacional se ha encontrado la tesis intitulada “El Ejercicio Del Derecho Al Autogobierno De Los Pueblos Indígenas A Través Del Modelo Institucional Del National Congress Of American Indians De Los Estados Unidos”, por Abel Hurtado Espinoza, sustentada

en la ciudad de Lima para optar el grado académico de Magister por la Pontificia Universidad Católica del Perú en el año 2018, ha llegado a las siguientes conclusiones:

- Una forma de ejercer la libre determinación indígena es el autogobierno, y como tal, el autogobierno es un derecho que solo lo ejercen los pueblos indígenas. Es decir, el autogobierno indígena.
- El autogobierno es inherente a los pueblos indígenas, ya que siempre ha estado presente en sus formas de gobierno originario como una situación de hecho, y que a través de un proceso histórico se le ha reconocido como un derecho. Esto implica que el autogobierno indígena se encuentra reconocido no solo en legislaciones domésticas de los Estados, sino en instrumentos del derecho internacional de los derechos humanos.
- El autogobierno es un derecho humano, y como tal inherente al ejercicio colectivo de los pueblos indígenas. Este derecho permite que los pueblos indígenas puedan hacerse cargo de sus propios asuntos internos. Además, los pueblos indígenas tienen esa innata capacidad de autogobernarse, aunque el ejercicio de este derecho varía de Estado a Estado. Esto sugiere, que, si bien existe un reconocimiento internacional estandarizado de sus derechos, la forma cómo los Estados los implementan, redundan en la posibilidad de su ejercicio. Por otro lado, el autogobierno responde a la inherente capacidad de los pueblos indígenas para autogobernarse como lo han venido haciendo por generaciones; sin embargo, las realidades son cambiantes y sus necesidades son distintas, por ende, requieren no solo del reconocimiento sino también de la implementación de este derecho, a través de un trabajo conjunto con los gobiernos estatales en el cual se encuentran.

- Los pueblos indígenas son gobiernos que se encuentran dentro de otro gobierno soberano. Los Estados, han mostrado cierto temor en reconocer y conceder el ejercicio del derecho a la libre determinación a los pueblos indígenas por una posible situación de desmembramiento de los Estados; es decir, que los pueblos indígenas busquen su independización para formar sus propios Estados autónomos y soberanos. Sin embargo, la libre determinación de los pueblos indígenas está más orientado al autogobierno indígena.
- Finalmente, las múltiples resoluciones que viene adoptando el NCAI han propiciado el retorno de las relaciones de gobierno a gobierno en un escenario muy hostil y de indiferencia en el que se venía escribiendo este proceso histórico. Hoy en día las resoluciones que el NCAI delibera representan las decisiones consensuadas que los gobiernos indígenas han adoptado de forma colectiva, ya que expresan no solo el deseo unificado de fortalecer sus gobiernos y desarrollarse en las mejores condiciones de vida y de acuerdo a sus propias formas de supervivencia, sino también garantizan la institucionalización del derecho al autogobierno indígena pues constituyen las políticas en las que debe trabajar el NCAI para poner en acción lo resuelto por la voz de los gobiernos indígenas.

En este sentido se plantea la tesis intitulada “Coexistencia conflictiva entre el derecho oficial y los pueblos indígenas en el Perú: comunidad indígena kechua de Talwis – Huancavelica” realizada por Carlos Taipe Sánchez, defendida en Lima-Perú para obtener el grado de Licenciado en Derecho por la Universidad Nacional Mayor de San Marcos en el año 2005, aterrizo en las siguientes conclusiones:

- Con la conquista y coloniaje en los Pueblos Indígenas se ocasiono una ruptura del proceso histórico de su civilización, desarrollo económico, social y cultural produciéndose el resquebrajamiento del normal ciclo de vida, alineación cultural, pérdida de identidad y despojo de inmensas extensiones de territorios de dominio ancestral, siendo divididos en espacios llamados comunidades, con derechos cada vez más diminutos. Actualmente se encuentran en extrema pobreza en los estratos de calidad de vida y exclusión con poca participación social y política.
- La población indígena, según el Instituto Indigenista Interamericano, se estima que representa el 40% del total de la población del país, tienen un dominio sobre 23 millones de hectáreas de terreno y aportan el 25% del PBI agrícola; según OBAAQ con proyección 2003 la población con lengua materna es 14'610,024 (52.5%).
- El Perú es un país pluricultural y multilingüe, coexisten setenta y dos (72) nacionalidades/pueblos indígenas con población no indígena. Se agrupan en catorce familias lingüísticas Kechua, Aru, Arahua, Jibaro, Pano, Tupi- Guaraní, Cahuapana, Sin clasificación, Pebayagua, Huitoto, Harakmbet, Tacana, Tucano, Zaparo.
- El reconocimiento como Pueblo Indígena no supone su separación del Estado, sino su inclusión como sujeto jurídico, al que le corresponde una serie de derechos colectivos; implica la consolidación del reconocimiento a mantener su identidad diferenciada de los demás componentes de la nación de la que son parte, es decir, en su condición de pueblos indígenas.
- Los pueblos indígenas son iguales a todos los demás pueblos en cuanto a dignidad y derechos y al mismo tiempo tienen el derecho a ser diferentes, a considerarse a sí mismo

diferentes y a ser respetados como tales, en concordancia con el artículo 1, inciso 3 del convenio 169 OIT.

- La política en los pueblos indígenas se construye desde su cosmovisión con los principios de justicia social, democracia, equidad de género, solidaridad, reciprocidad, honestidad, responsabilidad, unidad y autodeterminación.
- Las prácticas jurídicas de los pueblos indígenas se cruzan con otras variables complejas como es territorios/tierras, idiomas, gobierno, autodeterminación, administración de justicia, consulta y participación.
- La comunidad de Talwis tiene un centro pre escolar bilingüe inicial con 30 niños kechuas con resultados óptimos, siendo alternativo para el sistema educativo bilingüe. Los niños tienen autoestima, son sociables, manejan su lengua materna y castellano; la enseñanza es en base a sus normas, valores, conceptos, juicios y razonamiento.

La enseñanza contiene temas de su cultura, historia y geografía. Los niños que estudian el primer grado, van superando los traumas (psicológico, lingüístico y cultural) al primer contacto con la educación oficial. Su economía propia se centra en el ayni, faena, minka y wayka que contribuye en lo posible en su seguridad y calidad alimentaria en la comunidad (precaria).

- Los conocimientos colectivos es un conjunto integrado de saberes y vivencias fundamentadas en sus experiencias, praxis milenaria y proceso de interacción permanente hombre naturaleza y espiritualidad con las sabidurías ancestrales que tienen vínculo imprescindible.

Los conocimientos indígenas están en la madre naturaleza; los conocimientos son inviolables, inalienables e imprescriptibles y son de carácter intergeneracional. Los pueblos indígenas son originarios del Continente americano (Abya-Yala), que milenariamente han mantenido, convivido como parte de la madre tierra, no se sienten dueños de ella, sino que son parte de la tierra.

El sistema de propiedad intelectual no es una institución adecuada para insertar en ella la protección de los saberes ancestrales y conocimientos colectivos de los pueblos indígenas. Se debe reglamentar para evitar la biopiratería, realizar un registro local de mapeo de los recursos genéticos y conocimientos colectivos, como lo está realizando AIDSESEP.

Una Nueva tesis intitulada “Disociación entre un formante jurisprudencial y otro formante legal: el caso de la regla jurídica que contiene el derecho a la consulta previa de los pueblos indígenas” realizada por Yuri Alekandrov Tornero Cruzatt, defendida en Lima-Perú para obtener el grado de Magister por la Universidad Nacional Mayor de San Marcos en el año 2016, llevo en las siguientes conclusiones:

- En la circulación del derecho internacional hacia el derecho interno de la regla de la consulta previa, no se ha procedido a la autoaplicabilidad del Convenio 169 de la OIT. Esto quiere decir, en primer lugar, que no se ha aceptado una adhesión total al contenido de la norma internacional y, por consiguiente, evaluando el Convenio como un todo no se ha producido un trasplante jurídico (total).

- El derecho interno peruano ha resistido y en el formante legal se manifiesta dicha resistencia en el hecho que la Ley de Consulta previa incluye diversos presupuestos para identificar el derecho de la identidad de los pueblos indígenas respecto que el aquello que se consigna en el Convenio 169 de la OIT.
- El derecho interno peruano ha resistido y en el formante legal se manifiesta dicha resistencia en el hecho de que la jurisprudencia ha cambiado de criterios para determinar el momento inicial, momento desde el cual debe aplicarse el derecho de la consulta previa.
- La disociación entre formantes legal y jurisprudencial no es por una renuncia a la interpretación de “lo social” hacia la “economía de mercado”, y por ende a la defensa de la constitución económica. Sino más bien, en que el formante jurisprudencial ya no puede expandir el modelo económico con tanta discrecionalidad. En cambio, formante jurisprudencial, llega a influenciar sobre el formante legal y resulta más prestigio por la capacidad argumentativa, pero no siempre así por su propia incidencia sobre los derechos en cuestión de los casos en concreto.
- En particular, los instrumentos racionales como el llamado a la “cooperación”, hacia “el bien común”, el respeto al “contenido constitucional esencialmente protegido” no restan la posibilidad de la discrecionalidad del juez constitucional que para que, con un riguroso razonamiento, en el caso concreto haya un nivel de discrecionalidad de orientación a la defensa de la constitución económica. El prestigio de la “tercera vía” vale más que los singulares derechos individuales y colectivos.

Otra investigación (tesis) intitulada “Dilemas Territoriales: Comunidad Nativa, Estado y Empresas Extractivas”, por Pedro Tipula Tipula, sustentada en Lima-Perú a para obtener el grado de Magister por la Universidad Nacional Mayor de San Marcos en el año 2013, llegó a las siguientes conclusiones:

- El proceso de creciente conflicto entre los pueblos indígenas, el Estado peruano y las empresas tiene profundas raíces históricas. Lo ocurrido en Bagua en el 2009 fue el punto más palmario de este conflicto basado en la manera diferenciada de percibir el territorio. El choque entre la visión de desarrollo gubernamental, basada principalmente en la inversión del gran capital y la de los pueblos indígenas, fundamentada en el cuidado y buen manejo de sus territorios y del bosque, forman parte de una realidad en la cual los actores compiten de manera desigual por los recursos del ambiente que ya son escasos y que ya están asignados.
- La preocupación central de la comunidad nativa de Puerto Azul es consolidar su territorio por considerarlo insuficiente para el desarrollo de sus actividades tradicionales, preservación de los valores, conocimientos y modo de vida. A partir de esta consolidación, busca proteger su territorio ancestral y articularse al mercado en términos que sean rentables, sostenibles y ambientalmente conveniente. Para esto, en reiteradas oportunidades, han solicitado ante las instituciones correspondientes, que agilice su solicitud de ampliación y excluya los bosques de producción permanente y las concesiones forestales por ser una zona no apta para la actividad forestal según la información fisiográfica, forestal y capacidad de uso mayor.

Otra investigación (tesis) intitulada “Los derechos constitucionales de los pueblos indígenas en aislamiento voluntario y en contacto inicial en el sector de hidrocarburos en el Perú”, desarrollado por Henry Oleff Carhuatocto Sandoval, sustentada en Lima-Perú a para obtener el grado de Magister por la Universidad Nacional Mayor de San Marcos en el año 2013, llegó a las siguientes conclusiones:

- La Ley de Consulta Previa, recorta gravemente derechos de los pueblos indígenas como el derecho a la libre autodeterminación cuando se puede imponer una decisión estatal que afecta población indígena, corroe la institucionalidad indígena al no concebir una entidad independiente y objetiva que garantice sus derechos indígenas, o el mejoramiento de la existente (INDEPA), y desconoce abiertamente el propio Convenio 169 de la OIT cuando impide la adecuación de las medidas administrativas y legislativas que no fueron consultadas desde que se encontraba vigente dicho tratado, esto es desde el 02 de febrero de 1995, sin embargo, existe la esperanza que estas deficiencias puedan ser corregidas mediante mecanismos de garantía constitucional como acciones de cumplimiento, inconstitucionalidad, populares, y de amparo según sea el caso.
- Es imperativo promover una regulación específica sobre el derecho a la consulta previa y su relación a la autodeterminación de los pueblos indígenas, en cuanto, las autonomías que ha consagradas en la Constitución Política, artículo 89°, y lo dispuesto por la Declaración de Naciones Unidas sobre Derechos de los Pueblos Indígenas, artículo 4°, según el cual “los pueblos indígenas, en ejercicio de su derecho de libre determinación, tienen derecho a la autonomía o al autogobierno en las cuestiones relacionadas con sus asuntos internos y locales, así como a disponer de los medios para financiar sus funciones autónomas”, y ello implica que se destine una partida del presupuesto nacional a las comunidades o pueblos

indígenas, a fin de que puedan ejercer sus funciones constitucionales como la jurisdicción indígena o su autogobierno mediante sus instituciones tradicionales o propias.

Otra investigación (tesis) intitulada fue “Reconocimiento constitucional del Estado Plurinacional para la tutela efectiva de derechos de los pueblos indígenas en el Perú, desarrollado por Ricardo Robinsón Sánchez Espinoza, sustentada en Lima-Perú a para obtener el grado de Doctor por la Universidad Nacional Mayor de San Marcos en el año 2018, llegó a la siguiente afirmación.

- Después del análisis teórico, doctrinario y normativo, los resultados obtenidos nos permiten afirmar que el reconocimiento constitucional en nuestro país del Estado Plurinacional permitiría proteger los derechos de los pueblos indígenas como son: La efectiva consulta previa, la vigencia del pluralismo jurídico, el respeto de las tierras y propiedades de los Pueblos Indígenas, el usufructo por las exploraciones y explotaciones en su espacio territorial; la inclusión de los Pueblos indígenas en la políticas sociales, el cumplimiento irrestricto de su derecho a la educación y salud.

Otra investigación (tesis) intitulada “Políticas de estado y sus efectos en los derechos colectivos de los pueblos indígenas amazónicos, en el periodo 2001 – 2008”, desarrollado por Olinda Victoria Lema Tucker, sustentada en Lima-Perú a para obtener el grado de Magister por la Universidad Nacional Mayor de San Marcos en el año 2017, llegó a las siguientes conclusiones:

- La institucionalidad del Estado peruano en materia de los asuntos indígenas ha sido débil. En los últimos 35 años esta situación no ha cambiado, todo lo contrario, se ha acentuado.

En ese contexto, el país cuenta con un Estado débil y, en consecuencia, incapaz de contar con una legislación sobre la protección de los pueblos y comunidades indígenas, la cual ha fracasado ante la falta de voluntad política de los gobiernos sucesivos a partir del año 2000.

- Más allá del origen histórico y el complejo contexto que se vive en la Amazonía frente a la ola de inversiones privadas, existe una realidad que determina la circunstancia como es el choque de dos visiones y percepciones muy distintas: por un lado, el Estado que defiende la necesidad de las inversiones para el desarrollo del país y que concibe los territorios como bienes de compra y venta, y por otro lado, los pueblos nativos que consideran al territorio como embrión que dio origen a su existencia con culturas e identidad propia.
- Luego de los sucesos de Bagua, los peruanos tuvieron otra lectura sobre el país: ahora saben que existen otros peruanos que se autodenominan indígenas, con otra concepción de la vida y derechos que deben ser respetados como lo establecen las leyes nacionales, los convenios internacionales y los derechos humanos. Los pueblos amazónicos pusieron el dedo en la llaga por la falta de respeto a sus territorios ancestrales, a sus formas de vida y al menosprecio por la naturaleza. Los sucesos de Bagua ha sido uno de los hechos de profundo significado ocurridos en el Perú del siglo XXI.
- En el Perú, poco se ha avanzado en el tema indígena, si lo comparamos con países como Bolivia y Ecuador. Sin embargo, una corriente de estudiantes indígenas se encuentra dando sus primeros pasos en la academia y espacios contiguos, y desde la tensión de los conflictos socioambientales en sus propios territorios saben que su presencia ha de remecer la ortodoxia occidental. En tanto, existe un desinterés de las ciencias sociales en ofrecer una nueva discusión teórica y epistemológica que tenga como fin nuevas estructuras de

interpretación y análisis de la realidad peruana, desde ópticas que no tienen nada que ver con la clásica y hegemónica dinámica tradicional.

- Ante estos hechos surge la noción de multiculturalismo, concepto proveniente de las ciencias sociales que ha sido estudiado desde diversas perspectivas. De forma análoga, también se ha acuñado el concepto de pluralismo, el cual ostenta sus propios principios, e implica que se aceptan las diferencias y no se busca eliminarlas, teniendo como meta la integración. En último lugar tenemos a la interculturalidad, que es un proceso de superación de desigualdades, no de diferencias, sobre un constante diálogo intercultural.

1.6.1.3. Antecedentes locales

No se han encontrado investigaciones a nivel Junín.

1.6.2. Bases teóricas

1.6.2.1. Capacidad Jurídica (Capacidad de Goce y Ejercicio)

1.6.2.1.1. Capacidad Jurídica

A.- Definición de Capacidad Jurídica

Para iniciar el desarrollo de esta investigación, hemos visto por conveniente analizar una primera definición sobre capacidad jurídica; por lo cual, cito al autor Carboni, quien menciona:

"la capacidad jurídica es la abstracta atribución de todo ser humano, contemporáneo a su existencia física, adquisición, por decir así, a nivel de pre ordenamiento, en el sentido que su existencia y su reconocimiento prescinden, en concreto, de una explícita pero siempre

necesaria, consideración que de ésta tenga el ordenamiento” (c.p. Gaceta Jurídica, 2013. p. 102).

En lo que respecta a este autor, se entiende que la capacidad jurídica tiene carácter metafísico en el sentido inmaterial, ya que la atribución de derechos hacía el hombre no es imperceptible sensorialmente o apreciable por la sensibilidad. Además, la atribución a la que refiere el autor, requiere por anticipado del reconocimiento de la ontología física o vida humana, para poder expresarse en precisamente esta existencia material mediante derechos. Sobre este razonamiento, la propuesta del autor Quien precisa también que:

“La capacidad jurídica provee la cubierta jurídica a través de la cual se puede mejorar la personalidad en el mundo de la vida. Permite a las personas hacer su propio universo jurídico, una red de derechos y obligaciones recíprocas, lo cual permite una expresión de voluntad en el mundo de la vida”. (c.p. Benavides 2013, p. 113).

Para el autor la capacidad jurídica tiene como núcleo fundamental, sobre que los seres humanos poseen la oportunidad de realizar sus pretensiones y deberes basados en un jaez de autonomía y autodeterminación.

Para el autor Benavidez, desde la perspectiva del Common Law “La capacidad jurídica, por tanto, puede ser definida como la capacidad y el poder de ejercicio de derechos y la asunción de obligaciones por medio de sí mismo, esto es, sin la asistencia de representación por un tercero” (2013, p. 123).

Esta definición comprende tanto la capacidad de goce como la de obrar dentro de una misma concepción, la capacidad de obrar puede ser condicionada en algunas medidas y en otras no.

Según la autora Bouza, la “Capacidad, refiriéndose al hombre, es la aptitud para la vida individual y social, como ser racional (...)” (c.p. Perciante, 2011, p. 2). En consecuencia, otro autor persigue y refuerza las ideas antes indicadas al sostener que “Tener capacidad de goce o de derecho, quiere decir tener aptitud para ser titular de derechos, por ello se puede afirmar que corresponde a todos los hombres por el mero hecho de serlo”. (Aguirre, 2007, p. 44).

De estas líneas podemos afirmar que las personas adquieren ineludiblemente la facultad de ser reconocidos como sujeto de derecho para desarrollar vida individual y social.

Para enriquecer el argumento conceptual, utilizaremos otra definición que ratifica que la capacidad jurídica para el autor Beltranena “Consiste en la facultad que toda persona tiene para ser titular como sujeto activo o pasivo de los derechos y obligaciones” (c.p. Aguirre, 2017, p. 44). De estas líneas se puede interpretar que la capacidad jurídica es la competencia para participar en una relación de derecho, para favorecerse con las preeminencias y a su vez sobrellevar las imposiciones innatas de la situación jurídica.

Aquí intentare dar una definición para el caso de la capacidad jurídica, entendiéndola como el estado, que faculta a todo ser humano para adquirir derechos e incorporarlos a su dominio, y la posibilidad de preconizar actos jurídicos, por consiguiente, el sujeto de derecho está predispuesto a admitir las exigencias figuradas en la situación jurídica, asimismo esta capacidad es

consustancial al ser humano. En otro orden de ideas los derechos de los cuales goza una persona no tiene que ser imperiosamente de tipo material o patrimonial también podría hablarse de un jaez de derechos humanos.

B.- Determinación de la capacidad

Lo particular de este tema, es que “(...) se funda en el principio general del reconocimiento de la capacidad. En este sentido podemos decir que la regla es considerar que toda persona es capaz, y que lo excepcional es la incapacidad, la que debe ser expresamente limitada por una declaración judicial (...)” (Garate, 2018, p. 2); se entiende entonces, que delimitación de la capacidad se fundamenta, primero y sobre todo en el reconocimiento de la capacidad. En tal sentido, es conveniente señalar que el sistema jurídico ha fijado el principio fundamental de que todo individuo es legalmente capaz, exceptuando, aquéllas que la ley exprese lo contrario.

C.- Teorías de la Capacidad Jurídica

(a) Teoría Orgánica

De acuerdo a la doctrina internacional existen dos teorías, una recogida por el autor Falzea quien sostiene que “La teoría orgánica entiende a la capacidad jurídica como la posición general del sujeto en cuanto destinatario de los efectos jurídicos” (c.p. Gaceta Jurídica, 2013, p. 100). Así esta teoría, se puede vislumbrar como la condición del hombre en cuanto ser humano obtiene todos aquellos derechos que estipula la regulación civil correspondiente.

(b) Teoría Atomista

En este caso el autor Irti mantiene que la teoría atomista de la capacidad jurídica, en contrario a la teoría orgánica:

"no existe una norma que asuma en el mundo del derecho el sustrato biológico del hombre y las notas conjuntas de la unidad y de la continuidad (o sea, una norma instrumental, presupuesta por todas las otras normas del sistema). Tal norma, que tendría la específica función de vincular la esfera del derecho con la esfera de los entes reales, muestra un frágil fundamento: la unidad de la persona se busca al interior de cada norma material" (c.p. Gaceta Jurídica, 2013, p. 100).

Tal como se sostiene, la teoría atomista no recae como un acto de capacidad abstracta; sino que, la capacidad abstracta, también presenta capacidades especiales. Es así que, la teoría orgánica al ser general recae en un solo presupuestó legal; y en el caso de la teoría atomista, recae inclusive tomando otras capacidades como son las especiales; no obstante, ambas olvidan que no solo se trata de una cuestión de valoración o reconocimiento de capacidades; recaen la premisa de que se es persona porque tiene capacidad jurídica, a lo que es pertinente señalar que la persona humana es una dimensión compleja, ya que su acción, ósea la práctica de sus capacidades, deben ser un todo (Unidad de persona: Sustrato Bilógico y su personalidad).

D.- La Capacidad Jurídica en el Código Civil Peruano

La capacidad jurídica en la legislación peruana contemporánea ha presentado un cierto cambio, en la anterior normativa el artículo 3° del Código Civil peruano prescribía: "Toda persona tiene el goce de los derechos civiles, salvo las excepciones expresamente establecidas por ley" (Ministerio de Justicia y Derechos Humanos, 2014, p. 61). En este sentido, toda persona humana sea varón como mujer, gozan de igualdad de sus derechos civiles con limitación de las leyes que la impedían.

En la entrada en vigencia del Decreto Legislativo 1384° que modificó el código civil en el año 2017, se introdujo el siguiente cambio: El artículo 3° del texto en referencia prescribe: “Toda persona tiene capacidad jurídica para el goce y ejercicio de sus derechos. La capacidad de ejercicio solo puede ser restringida por ley. Las personas con discapacidad tienen capacidad de ejercicio en igualdad de condiciones en todos los aspectos de la vida” (Decreto Legislativo 1384°, 2017, p. 2).

Sobre este asunto, podemos abordar la siguiente conclusión: Primero, que la capacidad jurídica desglosa dos componentes: La de ejercicio y de goce. Segundo; La capacidad de goce es inherente e inseparable al ser humano; sin embargo, la capacidad de ejercicio prevé ciertas limitaciones, que son establecidas por ley; tal como lo reconoce el actual código civil peruano.

E.- Clasificación de la Capacidad Jurídica según la doctrina peruana

- ❖ **Primera Clasificación;** de acuerdo la doctrina nacional civil peruana, existen diversas posturas en referencia a la capacidad jurídica; acto seguido abordara la posición del doctor Carlos Fernández Sessarego (2001, pp. 127- 142).

(a) **Capacidad de goce en la doctrina peruana;** se entiende por capacidad jurídica como la aptitud de la persona de disfrutar del ordenamiento legislativo establecido, todas las personas o los individuos por su condición de seres humanos desde el inicio de su vida son inherentes a la capacidad de goce, esto puede de alguna manera limitada por el acceso a libertad de los individuos, puesto que la libertad de la que gozamos todos los individuos es ontológica, sin embargo, estamos condicionados por el alcance socioeconómico, psicológico.

La definición aportada esta constatada por la postura del autor Fernández que nos comenta: “(...) la capacidad jurídica entendida, como abstracta posibilidad, de que goza la persona de disfrutar de todas las situaciones jurídicas previstas por el ordenamiento jurídico” (2001, p. 127).

(b) Capacidad de ejercicio o de obrar en la doctrina peruana; entendida como la posibilidad o aptitud del sujeto de derecho a ejercer, por sí mismo, los derechos de que goza en cuanto persona. De este enunciado se infiere que la capacidad de ejercicio es la posición, por la cual toda persona ejerce sus derechos, pudiendo realizar actos jurídicos en general (contrato de compraventa). En este sentido es menester señalar las incapacidades de ejercicio, entre las cuales tenemos las siguientes:

- **Incapacidad absoluta de ejercicio;** El incapaz o la incapaz absoluta es aquel o aquella que no puede pronunciar su voluntad indubitadamente, Dentro de aquellos que se encuentran incapacitados encontramos la causal de la salud, a su vez se tiene como fundamento la edad de las personas.

La incapacidad absoluta de ejercicio culmina cuando se determina al curador, representante legal para el ejercicio de los incapacitados de discernimiento sus derechos civiles, por ende, los actos jurídicos llevados a cabo por un incapaz absoluto son nulos; aquí algunos ejemplos establecidos en el código civil

peruano, menores de 16 años, sordomudos, ciego sordo, ciego mudo que no pueden manifestar su voluntad de manera indudable.

- **Incapacidad relativa de ejercicio;** Los incapaces relativos son los no privados de discernimiento, las personas que conforman este ítem pueden celebrar contratos respectivos con las insuficiencias comunes de su vida cotidiana, los actos jurídicos celebrados por un incapaz relativo de ejercicio es anulable, si es que en el tiempo que se efectuó la celebración del acto jurídico coexistía el origen de la incapacidad manifiestamente.

Algunos modelos establecidos en el código civil peruano, los retardados mentales, los pródigos, los mayores de 16 y menores de 18 años de edad y otros que establece el código civil, cabe señalar para el caso del menor incapaz, éste se hace responsable de sus actos ilícitos, asimismo están supeditados a la patria potestad de sus padres, o tutores, los mayores de 16 aunque pueden ser consultados sobre actos de administración no eximen de culpa a los padres. Por otro lado, se produce la causal de cesación de la incapacidad relativa cuando se adquiere la mayoría de edad al cumplir 18 años.

- ❖ **Segunda Clasificación;** para la clasificación de la capacidad acudiremos a otro de los autores más destacados en referente a capacidad de los sujetos de derecho, Juan Espinoza Espinoza (1990, pp. 201-202), en referencia de la doctrina francesa y alemana nos señala las siguientes: La doctrina francesa señala la siguiente clasificación:

- (a) Capacidad de goce o derecho: Comprendida como la idoneidad para ser titular de relaciones legislativas.
- (b) Capacidad de ejercicio o, de hecho: es la aptitud que tiene las personas para ejercer por sí mismo los derechos y deberes que perciben las relaciones jurídicas.

La doctrina alemana: dentro de ella se admite la doctrina francesa, internamente de la capacidad de ejercicio o de obrar, aceptan las siguientes:

- (a) Capacidad Negocial: Entendida como idoneidad para llevar a cabo a título personal negocios jurídicos.
- (b) Capacidad de Imputación o delictual: si un individuo ha cometido un hecho ilícito, este por su disposición puede quedar obligado a responder por el hecho cometido.

Capacidad procesal: es la idoneidad para realizar actos procesales válidos, es decir, una persona puede utilizar el mecanismo de defensa de apelación en un proceso.

F.- Inicio de la capacidad Jurídica según la doctrina civil peruana

La capacidad jurídica de acuerdo a la doctrina nacional aún es discutida, de un lado presenta la posición del autor Fernández 1 que nos señala que inicia desde la etapa de la concepción, asumiendo que el concebido es un ser humano; por lo tanto, se entiende que el concebido goza de la capacidad jurídica desde ese estadio (2004, p. 4).

Otra postura que se recoge es la asumida por el autor Bianca afirma que “(...) La persona física adquiere la capacidad jurídica definitiva con el nacimiento y la conserva hasta el momento

de la muerte” (c.p. Fernández, 2004, p. 4). Esta cita, introduce que la capacidad de goce inicia con el nacimiento, en el sentido estricto de que sea un sujeto físico.

De acuerdo a mi postura, la capacidad jurídica se adquiere desde la concepción o adquisición de la autonomía genética; puesto que la capacidad jurídica le es inherente a su naturaleza.

G.- La capacidad Jurídica y la Subjetividad Jurídica

La capacidad de goce en la actualidad tal como se refiere en la doctrina contemporánea, es aquella “(...) aptitud del hombre a ser titular de derechos y deberes” (Fernández 1, 2004, p. 3); en este sentido, la persona en su rol con el ordenamiento jurídico civil, goza de derechos y deberes de acuerdo a su libre ejercicio.

Desde mi punto de vista, la capacidad de goce es equivalente a la de la subjetividad jurídica o personalidad jurídica; así lo sostiene Fernández 1 al señalar que: “Constituye el universo personal de las puras decisiones y de las consiguientes aptitudes o capacidades para sí, así lo determina la persona, mostrarse como actos o conductas o fenómenos en el mundo exterior, en el de las relaciones interpersonales” (2004, p. 4).

La presentada cita, distingue dos espacios, primero la del ámbito subjetivo o interno, y segundo la del ámbito externo u objetivo. Proponemos como ejemplo: Si una persona decide contraer matrimonio con otra persona y evalúa en su interior la decisión, y luego esta es

exteriorizada al momento de la acción civil jurídica del matrimonio, se cumple con el presupuesto subjetivo y objetivo jurídico civil.

1.6.2.2. Capacidad de Ejercicio

1.6.2.2.1. Definición de Capacidad de Ejercicio

A.- Definición de Capacidad de Ejercicio

La capacidad de Ejercicio es de acuerdo a la autora Perciante “es la aptitud legal de una persona para el ejercicio de sus derechos, esto es, de provocar directamente los efectos favorables o desfavorables de los actos jurídicos” (2011, p. 2). Se percibe de la cita, que la capacidad de ejercicio es idoneidad de la persona para obrar o ejercer sus derechos civiles.

Los autores Castro y Bravo sostienen también que “Es la cualidad de la persona que determina, conforme a su estado, la eficacia de sus actos” (c.p. Perciante 2011, p. 2); es así que, la capacidad de ejercicio es una cualidad que se consuma con la eficacia de un acto.

En virtud de acrecentar la literatura citamos nueva definición “Es la aptitud de una persona para participar por sí misma en la vida jurídica, figurando efectivamente en una misma situación jurídica, o en una relación de derecho, para beneficiarse con las ventajas o soportar las cargas inherentes a dicha situación, siempre por si misma (...)”. (Aguirre, 2007, p. 45).

De este concepto podemos discernir que el reconocimiento del hombre como sujeto de derecho, no significa el cumplimiento del derecho, por lo que la capacidad de ejercicio alude

precisamente a la consecución del derecho y sobre todo a la posibilidad de obrar, actuar, ejercer derechos y obligaciones personalmente o por sí misma.

Bajo el marco del tema que se está desarrollando tenemos a otros autores Del Arco Torres, Pons González “la capacidad de obrar es una cualidad que se predica respecto de la persona cuando ésta es hábil para ejercitar por sí misma sus propios derechos y, en general, para desenvolverse con autonomía en la vida” (c.p. Benavides. 2013, p. 120).

Aquí se evidencia la conjetura de la habilidad de la persona que recibe derechos y obligaciones a esta noción el autor Benavidez la denomina como elemento estático, asimismo, en las líneas antes señaladas se infiere también que presupone de la capacidad de ejercer los mencionados derechos y de obtener obligaciones, erigiendo o suprimiendo relaciones jurídicas lo que el autor denomina elemento dinámico (2013, p. 123).

En este punto cabe hacer la siguiente relación al respecto de la capacidad de goce y de ejercicio, consecutivamente, en la primera la persona (sujeto) anexa derechos y deberes entiéndase por ellos como el objeto, respecto a la última, el hombre es también sujeto de derecho, y también posee el objeto, empero en la capacidad de ejercicio, el sujeto de derecho obra sobre el objeto y no solo lo posee.

El anterior código civil peruano, en su artículo 42° prescribía: “Tienen plena capacidad de ejercicio de sus derechos civiles las personas que hayan cumplido dieciocho años de edad, salvo

lo dispuesto en los Artículos 43° y 44°” (Ministerio de Justicia y Derechos Humanos, 2014, p. 68); Esta disposición normativa, era referida a la capacidad de ejercicio pleno.

Si bien luego de la modificación del Código Civil por el Decreto Legislativo 1384° aún se mantiene algunos aspectos, también se incorporaron algunos otros aspectos. Tal como lo señala el actual artículo 42° del Código Civil vigente que prescribe:

“Toda persona mayor de 18 de años tiene plena capacidad de ejercicio. Esto incluye a todas las personas con discapacidad en igualdad de condiciones con las demás y en todos los aspectos de la vida, independiente de si usan o requieren de ajustes razonables o apoyos para la manifestación de su voluntad. Excepcionalmente tienen plena capacidad de ejercicio los mayores de 14 años y menores de 18 años que contraigan matrimonio, o quienes ejercen la paternidad” (Decreto Legislativo 1384°, 2017, p. 2).

Existen algunas particularidades sobre la modificación; en un primer estadio, se ha incluido a las personas con discapacidad con igualdad de condiciones y derechos de aquellas personas que tiene 18 años, en el entendido de que se ajusten bajo un apoyo para cumplimiento de su manifestación de voluntad, en concordancia con la Constitución Política del Perú y demás tratados internacionales que prescriben el derecho de la igualdad entre los seres humanos. Por ejemplo: Un discapacitado que tenga o no su representante legal podrá ejercer cualquier acto jurídico.

En esta línea de ideas, también se hace énfasis en algunas excepciones; primero, en el supuesto de que un joven o señorita, contraigan matrimonio entre los 14 años y 18 años; segundo, en caso de aquellos ejerzan la capacidad dentro de la edad citada antes.

Llegado a este punto, es necesario aclarar lo siguiente: Líneas arriba se hablaba sobre incapaz, cuestión que en la ley civil peruana ha sido eliminada, siendo esta remplazada por el temimos de: “Personas con discapacidad”.

B.- Clasificación de la Incapacidad de Ejercicio según la doctrina

Para identificar la clasificación de la Incapacidad de Ejercicio, nos guiaremos de la óptica de la autora Victoria Perciante Ríos (2011, pp. 4-5):

(a) De acuerdo al Origen:

- Naturales; cuando se genera la incapacidad por parte de un menor o un demente.
- Normales; es el caso de toda persona que puede pasar o sufrir.
- Patológicas; cuando se genera la incapacidad por personas sordomudas y dementes.
- Legales; Todas aquellas que se establezcan por ley.

(b) De acuerdo a su Duración:

- Temporales; son aquellas que presentan una duración corta o transitoria, como es el caso de los menores de edad.
- Permanentes; son aquellas de duración indeterminada en la vida de un sujeto.

(c) De acuerdo a sus Defectos:

- Absolutas; estas residen cuando no existe forma de expresión de voluntad por ningún medio.
- Relativas; son aquellas que pueden verse limitadas, por lo cual solo se pueden ejercer algunos actos.

C.- Regulación antepuesta y vigente de la Capacidad Jurídica en el Perú

a) Capacidad de Ejercicio Restringida

Sobre este dispositivo normativo, el texto anterior reconoció en el artículo 44° lo siguiente:

“Incapacidad Relativa: 1.- Los mayores de dieciséis y menores de dieciocho años de edad; 2.- Los retardados mentales; 3.- Los que adolecen de deterioro mental que les impide expresar su libre voluntad; 4.- Los pródigos; 5.- Los que incurrir en mala gestión; 6.- Los ebrios habituales; Los toxicómanos; Los que sufren pena que lleva anexa la interdicción civil” (Ministerio de Justicia y Derechos Humanos, 2014, p. 69).

En el texto actual del artículo 44° del Código Civil vigente se añade: “9.- Las personas que se encuentren en estado de coma, siempre que no hubiera designado un apoyo con anterioridad” (Decreto Legislativo 1384°, 2017, p. 2).

En este entendido; primero, se cambia el termino de Incapacidad relativa por “Capacidad de Ejercicio Restringida”; segundo, la inclusión del numeral nueve considera que las personas en estado de coma, antes de que se produzca el estado en que se encuentran y que no contasen con apoyo, pueden estar sujetos a la capacidad de ejercicio restringida.

1.6.2.2.2. Personalidad jurídica

Para el centro de la exposición es menester abordar en su defecto la personalidad jurídica, algunos autores como Martínez y Jorge Alfredo consideran que tanto la capacidad como la personalidad son análogas, considerándola como “La aptitud para ser sujeto de derechos y obligaciones (...)” (Sánchez, 2015, p. 9); a pesar de que pueda haber similitud en tanto como propone DUSI al decir que “La personalidad ha sido considerada como la aptitud para ser sujeto de derecho, entendiéndose a ésta como un concepto más amplio que el de la capacidad jurídica, dado que esta última era concebida como medida de la primera” (c.p. Gaceta Jurídica, 2013, p. 100).

Bajo este razonamiento suscribimos el siguiente cometario de la personalidad jurídica, que es una condición que ha de satisfacerse antes del comienzo del disfrute y ejercicio actual de todos los derechos (Benavides, 2013, p. 108).

Asimismo, el autor Torres de acuerdo con el contenido acota las siguientes líneas; “se expresa que el sujeto o persona o vida humana es un presupuesto, un dato anterior, preexistente y

trascendente al Derecho; la personalidad es immanente al ser humano, personalidad que es reconocida, no atribuida por el Derecho". (Gaceta Jurídica, 2013, p. 101)

Por lo que a diferencia de la capacidad jurídica la personalidad no es algo que el sistema jurídico impute al hombre, si no que al derecho simplemente le queda reconocer al hombre como ser humano por reclamación de la naturaleza, y de la dignidad del hombre. En el mismo orden de ideas el autor Martínez "(...) sostiene que el ser humano tiene personalidad jurídica desde la concepción por que desde entonces existe la vida humana" (c.p. Sánchez, 2015, p. 13).

En suma los términos de personalidad y capacidad jurídica están relacionados o son conexos; pero de ninguna manera son sinónimos, la personalidad jurídica se refiere a la habilidad general de un individuo para beneficiarse del ordenamiento jurídico, empero la capacidad jurídica sobre la óptica de la Background conference document about Legal Capacity, "(...) concibe a las relaciones jurídicas de manera más específica, y es generalmente considerada como la habilidad de una persona, sea natural o jurídica, de asumir actos legales particulares, incluyendo la reivindicación de derechos y el cumplimiento de obligaciones". (c.p. Benavides 2013, p. 121).

En esta línea de argumentación el autor Torres aciente, "En efecto, se parte de la premisa de que el sujeto es mucho más que su vida social regulada por el Derecho, es también vida social no regulada por el Derecho, además de la inmensidad de su vida psíquica poco conocida y ajena al Derecho" (c.p. Gaceta Jurídica, 2013, p. 101).

Para traer a colación “no existe identidad conceptual entre ser humano y sujeto de derecho. El sujeto de derecho es un recurso técnico lingüístico que representa el aspecto jurídico de la vida humana, la cual no puede ser reducida a una mera categoría formal”. (Espinoza 1, 2013, p. 101).

La personalidad jurídica es una arista importante de la libertad, por que esta se sintetiza en que la autoridad estatal reconoce la capacidad del hombre como persona que goza de derechos. lo que equivale a decir que la persona es la consecuencia del reconocimiento del derecho, así podría deducir que la personalidad jurídica permite la diferencia al hombre respecto de otro, de un ente, de una substancia divergente a él, sin embargo estas cualidades de diferencia entre otras si bien se materializa en la ley, los hombres como fin en sí mismo la ostenta, por otro lado en lo que atañe a la personalidad bajo la lupa del sistema jurídico, la impericia de la personalidad jurídica de una persona por parte del Estado usando como instrumento la ley, se transcribe en la privación tanto del derecho a la capacidad jurídica como de la capacidad de obrar.

El contenido material de la personalidad jurídica y de la capacidad jurídica se expresa en la ley, por ello se dice que son una atribución del estado, sin embargo para el caso de la personalidad jurídica su armazón natural se fundamenta, en la dignidad del ser humano, por lo que su concepción no puede reducirse a reglas y normas.

1.6.2.3. El Derecho Consuetudinario y Capacidad de los Pueblos Indígenas y Nativos

En esta otra parte de la investigación, no me adentrare a juzgar anticipos que las normas legales han establecido con el fin de reconocer a los indígenas y nativos. Esta coyuntura debido a

dos razones primordiales; primero, porque el estado utiliza el término comunidades indígenas y nativas; cuestión que en referencia a los nativos es discriminatoria, tal como lo explicaremos más adelante; segundo, porque en advertencia a la investigación, no tomaremos en cuenta aquellas comunidades, donde el estado ya ha intervenido.

Por lo tanto, en éxtasis de lo que se pretende plantear, abordaremos la presente discusión en base a cuatro pueblos indígenas de la amazonia peruana: Los Ashánincas, los Campas, Los Otari y por ultimo Mashco Piro; explicando antes, el significado en lo referido a Derecho consuetudinario y sus criticas frente al derechos positivo.

1.6.2.3.1. El Derecho Consuetudinario

A. Introducción al Derecho Consuetudinario

El Estado Peruano sobre el derecho consuetudinario, se ha enriquecido más por estudios antropológicos y sociológicos; así los doctrinarios de las ciencias sociales jurídicas no han dado partida para connotar la importancia debida al tema. Tal como lo señala el autor Sagástegui, quien sostiene que “(...) si bien reconocen al Derecho Consuetudinario en sus Constituciones Políticas, no tiene un desarrollo teórico práctico, siendo tema, más bien de antropólogos y sociólogos y no de juristas” (2010, p.1).

A mi entender, el estado peruano en el dialogo con las comunidades campesinas, indígenas y nativas, ha venido en propuesta de reconocer su libre autodeterminación y luego ha buscado que se coloque como una medida distintiva por no tener escritura, dado que su naturaleza está dedicada

a reglas sociales y costumbres; cuestión que no comparto en la actualidad, pero en salvedad de la investigación la desarrollare.

Para dar una explicación sobre el tema que compete ahora, contextualizaré el desarrollo de la cultura y cómo es que está, influyó en lo que hoy denominamos Derecho Consuetudinario; para ello acudiremos a los autores González y Guerra (2013, p. 81): A ultranza la generación de los ilustrados han defendido la noción de universalidad y con ella la de la razón y naturaleza iguales para todos los hombres; no obstante, la perspectiva de la ilustración considera que esa razón en algunos pueblos se habría desarrollado con mayor complejidad; así como su naturaleza espiritual.

En consecuencia, esta valoración centra a Europa como la verdadera civilización, entre tanto el resto de los pueblos son percibidos como arcaicos incluso como bárbaros o salvajes; la ilustración empareja cultura con civilización. En este mismo razonamiento E.B. Taylor señala “la cultura o civilización, en sentido etnográfico amplio, es todo aquel complejo que incluye el conocimiento, las creencias, el arte, la moral, el derecho, las costumbres y cualesquiera otros hábitos y capacidades adquiridos por el hombre en cuanto miembro de la sociedad” (c.p. González y Guerra, 2013. p. 82).

Ahora nos detendremos a analizar la relación entre cultura como civilización y el derecho, motivo de nuestro estudio, dando como resultado que el Derecho de los pueblos autóctonos de un determinado Estado es al que se le denomina “(...) derecho consuetudinario o simplemente usos y costumbres y al no reconocerlo se tiene por carente de valor alguno o inexistente frente al derecho oficial” (Torres, 1995. p. 6).

Para nuestro interés, lo que determina que es la cultura, se da bajo el sentido que propone el autor M. Scheller quien nos menciona que “la cultura es una categoría del ser, no del saber o del sentir” (c.p. González y Guerra, 2013. p. 82). Es decir, que las comunidades autóctonas presentan cultura por lo que son, en su esencia, forma y tradición, tal es así que, un orden social guiado por costumbres y reglas no escritas no son distintas a los sistemas con derecho escrito, civilizado; sino por el contrario, ocurre a veces que son mejores en su desarrollo y resultado.

Siguiendo estas mismas líneas Lowie nos dice: “En general, las leyes no escritas de uso consuetudinario acostumbran ser obedecidas con mucho mayor diligencia que las de nuestros códigos escritos. Mejor dicho, son obedecidas espontáneamente” (c.p. Malinowski, 1978. p. 25). Así se entiende que la Ley no es coercitiva si no espontánea; ósea es preconcebida, por así decirlo, es congénito para mantener el orden y la armonía en su comunidad, en este sentido, la formación de pueblos autóctonos hace que se cumplan con las obligaciones, sin que medie entre ellos leyes de carácter imperativo.

B. Naturaleza Jurídica del Derecho Consuetudinario

Un primer planteamiento referido que considera a la costumbre como fuente del derecho; si esto es así, el derecho consuetudinario se entrelaza con el derecho escrito o positivizado, recurriendo a formar parte de lo ya está establecido en el ordenamiento jurídico peruano.

Un segundo planteamiento, es concebir al derecho consuetudinario como más que una fuente del derecho; como se denota, cuando se habla del derecho de los pueblos indígenas y nativos; tal es el enfoque, que se le considera como un principio u norma vital de su orden social.

C. Definición de Derecho Consuetudinario

El derecho consuetudinario, es conocido como un conjunto de costumbres o normas sociales que se transmiten por tradición; para el autor Stavenhagen “(...) se trata de un conjunto de costumbres reconocidas y compartidas por una colectividad (comunidad, pueblo, tribu, grupo étnico o religioso, etc. (...))” (c.p. Soria, 2014, p. 107); claro está, que la definición esta preconcebida por fundamentos antropológicos y sociológicos, antes que jurídicos.

En esta encrucijada el derecho consuetudinario, viene a reflejarse como una fuente que dio las pautas constitutivas de cualquier derecho escrito en la actualidad; esta premisa, insinúa como una fuente relativa creadora de todo tipo de derecho escrito. Las comunidades indígenas y nativas, han recalcado que no son partidarios de sistemas de dominio o sumisión, como se establece en ordenamientos jurídicos, donde la ley y la constitución distribuyen el poder.

Algunas organizaciones internacionales, como es el caso de la Organización Mundial de la Propiedad Intelectual, ha visto por conveniente conceptualizar al derecho consuetudinario como “(...) un conjunto de costumbres, prácticas y creencias que los pueblos indígenas y las comunidades locales aceptan como normas de conducta obligatorias y que forma parte intrínseca de sus sistemas sociales y económicos y su forma de vida” (2016, p. 1); esta definición que se proporciona por el organismo internacional antes citada, ve reflejado que todos los pueblos indígenas, nativos o amazónicos; tienen como sistema obligatorio el cumplimiento en escrito de sus costumbres como orden de convivencia social.

Aunque el derecho consuetudinario, si bien reconoce derechos colectivos antes que individuales, prescriben que son “(...) un repertorio de costumbres reconocidas y compartidas colectivamente por una comunidad, pueblo, tribu, etnia o grupo religioso, por oposición a las leyes escritas que emanan de una autoridad política legalmente constituida cuya aplicación incumbe a la autoridad, generalmente al Estado” (Organización Mundial de la Propiedad Intelectual, 2016, p. 1); sobre este contexto es que, la reglas de convivencia social de estos pueblos o comunidades, se ven diferenciadas por las leyes de carácter coercitivo de una determinada ciudad o estado, que ha practicado un sistema o tipo de gobierno distinto al suyo.

D. Fundamentos del Derecho Consuetudinario

Aquí nos referiremos a los motivos, razones por el cual el derecho consuetudinario aún existe, estas derivan de su forma de administración de justicia y luego todos los elementos que la redefinen:

- ❖ Administración de Justicia; la identificada administración de justicia del derecho consuetudinario, varia por cada pueblo o comunidad, debido que algunas comunidades indígenas u originarias respetan sus normas pero que estén en concordancia de las normas jurídicas del estado; en caso de algunos pueblos todavía están basadas en sus propias normas de sancionar los delitos o infracciones de cada poblador de la comunidad.
- ❖ Simbología Andina; la simbología es la que entrelaza el derecho consuetudinario; por ejemplo, la Pachamama, el jirka o Huamani; etc. El derecho consuetudinario se materializa en el lenguaje, la simbología, los cantos, las practicas ancestrales, sobre sanción.

E. El Derecho Consuetudinario y la Seguridad Social y Jurídica

El derecho consuetudinario, recurre o se salvaguarda en la idea de plantear que este tipo de derecho no escrito, brinda de forma mucha más eficaz seguridad jurídica. El autor Hart relaciona este concepto a condicionarlo por el número de habitantes de una determinada comunidad, así “(...) parece ser cierto que el nivel de complejidad social al que resulta aplicable el Derecho consuetudinario, puede ser limitado en cuanto a volumen poblacional y a espacio geográfico (...)” (c.p. Soria, 2014, p. 110); este postulado, recae en la señal de que en las poblaciones donde existe menor población, el derecho es más eficaz.

Cuestión que no comparto, porque sociedades como la incaica siempre estuvo ligada al derecho consuetudinario, y esta sociedad, comprendía un mayor número de población, donde la seguridad jurídica y social presentaba una mayor garantía.

F. El Derecho Consuetudinario y el Derecho Constitucional Peruano

El derecho consuetudinario, tiene un reconocimiento jurídico destinado a salvaguardar los derechos de las comunidades campesinas e indígenas, desde mi parecer este reconociendo constitucional hoy en día no abarca muchos aspectos, debido a la carencia de entendimiento de sus costumbres; es así, que se cuestiona nuevamente que su estilo o forma de vida de proteger derechos fundamentales; ¿es cierto esto? tal como se desprende del artículo 149° de la Constitución Política del Perú que prescribe:

“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 las demás instancias del Poder Judicial” (Oficialía Mayor del Congreso, 2010, p. 37).

Tal como se estructura en el artículo citado, se busca amparar los derechos fundamentales; en esta línea argumentativa, es esta justamente la relación que guarda el derecho consuetudinario con el derecho constitucional peruano; si bien esto se cumple en algunos casos; en otros, como es el caso de los pueblos de aislamiento voluntario, este límite no puede ser ejecutado; a razón de que en algunos casos, existe falta de intervención del estado, o en su defecto estos pueblos no desean tener contacto directo con el estado; en otros casos, las comunidades nativas o amazónicas y sus propias costumbres, están en desacuerdo con la intervención del estado, dado que no se sienten parte del estado peruano, y perciben que este diseño de normas imperativas atentan contra sus costumbres.

Es evidente, que cuando se habla de jurisdicción, no siempre el traslado de estas se ve reconocida en todos los aspectos de identidad y cultura que las comunidades campesinas e indígenas la tienen; puesto que, hay pueblos indígenas que no son comunidades indígenas; ósea, no están reconocidas como tal por el ordenamiento jurídico peruano; tal es el caso, de los pueblos indígenas, nativos y pueblos originarios de aislamiento voluntario, donde su jurisdicción está supeditada siempre aún tema de ocupación territorial ancestral.

En la práctica actual, el derecho consuetudinario si bien presenta limitaciones sobre lo establecido en nuestra norma constitucional, algunos tratadistas todavía la consideran, como es el

caso de Flórez que “(...) se trata de la justicia comunal o sistemas jurídicos de los pueblos indígenas” (c.p. Ardiles, 2014, p. 27). Así se busca ratificar la justicia indígena en independencia de la justicia jurídica de un estado.

Para abordar nuestro estudio es urgente citar el Artículo 88 de la Constitución Política Peruana, que prescribe lo siguiente:

“El Estado apoya preferentemente el desarrollo agrario. Garantiza el derecho de propiedad sobre la tierra, en forma privada o comunal o en cualquiera otra forma asociativa. La ley puede fijar los límites y la extensión de la tierra según las peculiaridades de cada zona. Las tierras abandonadas, según previsión legal, pasan al dominio del Estado para su adjudicación en venta”. (Congreso de la Republica, 2015, p. 65).

El estado concentra su atención en el territorio, tanto el espacio físico, pues delimita los linderos de la tierra que ocupan y habitan los comunidades indígenas y nativas, asimismo pondera su esmero en la naturaleza práctica y productiva del territorio, haciendo especial énfasis a la agricultura, además sugiere el concepto de propiedad privada, siendo beneficiarios, todas las formas de organización humana, pues el territorio para los indígenas no es solamente un derecho de propiedad, sino que está ligado a la existencia misma de su grupo, y del hombre como sujeto colectivo.

El cardinal rozamiento por motivos de nuestro trabajo de investigación citamos el Artículo 89 de la Constitución Política del Perú:

“Las Comunidades Campesinas y las Nativas tienen existencia legal y son personas jurídicas. Son autónomas en su organización, en el trabajo comunal y en el uso y la libre disposición de sus tierras, así como en lo económico y administrativo, dentro del marco que la ley establece. La propiedad de sus tierras es imprescriptible, salvo en el caso de abandono previsto en el artículo anterior. El Estado respeta la identidad cultural de las Comunidades Campesinas y Nativas”. (Congreso de la Republica, 2015, p. 65,66).

Esta exposición no es del todo clara y realista, pues manifiesta que estos pueblos son reconocidos, como comunidades, sin embargo, el núcleo del asunto está reunida en el principio de autonomía y autodeterminación, desde este enfoque se advierte que las comunidades campesinas y nativas formadas por seres humanos emancipados, poseen en virtud de su ontología, el poder de gobernarse a sí mismos, sin intromisiones exteriores de ningún tipo, con el fin de evitar la obtención de intereses específicos. No obstante, el enunciado “**dentro del marco que la ley establece**”.

Deducimos que siempre estas comunidades no son del todo autónomas, pues para los campesinos, específicamente nativos (Tema de interés de nuestra investigación), gobernarse y gobernar de acuerdo a sus tradiciones y los deseos expresados por su población, es conveniente algunas veces para ellos y otras para terceros, llámese, estado, sociedad civil, empresas, por citar algunos, en este contexto se entiende que la autonomía en relación a la capacidad de ejercicio de sus derechos de las comunidades indígenas, nativas, campesinas, es de alcance totalmente relativo.

Puesto que, al poseer el goce absoluto de su capacidad sobre su derecho de autonomía, y en la medida en que solo obre así, ejercerá el indígena el derecho a la autodeterminación.

G. Beneficios del Derecho Consuetudinario

No podemos olvidar antes de ver los beneficios del derecho consuetudinario, que los mismos por su performance se transmiten de generación en generación, tal es el caso de las tradiciones o costumbres que la componen; así estas presentan algunas ventajas, propuestas por la Organización Mundial de la Propiedad Intelectual (2010, p. 2):

- ❖ Primero; el derecho consuetudinario sirve como base jurídica fundamental en la formación de una comunidad, pueblo y estado.
- ❖ Segundo; el derecho consuetudinario sirve como fuente de derechos en un estado, donde el orden social se guía por normas jurídicas; o solo en comunidad o pueblo indígena u originario.
- ❖ Tercero; el derecho consuetudinario sirve como un elemento o instrumento para regular y percibir lo que se denomina o conoce como derechos colectivos de una determinada comunidad sobre sus conocimientos tradicionales.
- ❖ Cuarto; el derecho consuetudinario sirve como un elemento para definir en términos de cultura lo que se conoce como conocimientos tradicionales.
- ❖ Quinto; el derecho consuetudinario sirve como medio o relación que se establece entre conocimiento tradicional y la comunidad indígena u originaria.
- ❖ Sexto; el derecho consuetudinario sirve como medio para determinar o guiar todos aquellos pasos que deben seguirse para alcanzar el /Libre consentimiento, fundamentado o previo/;

es decir, que las comunidades o pueblos puedan acceder a todos aquellos conocimientos tradicionales existentes.

- ❖ Séptimo; el derecho consuetudinario sirve como mecanismo para dispensar todas aquellas restricciones jurídicas que tienen las comunidades o pueblos indígenas sobre el uso de sus costumbres tradicionales.
- ❖ Octavo; el derecho consuetudinario sirve como ruta o camino para la evaluación de los delitos o lesiones que se causen en el ámbito cultural o espiritual, por parte del mal uso de los conocimientos tradicionales transmitidos de generación en generación.
- ❖ Noveno; el derecho consuetudinario sirve como medio entre los pobladores indígenas u originarios para que se usen todos aquellos conocimientos tradicionales que se hacen y desarrollan desde el origen de estas hace cientos de años atrás.
- ❖ Décimo; el derecho consuetudinario sirve como medio para determinar todo tipo de sanciones, restituciones, remedios y protecciones; en el caso de que se afecte por medio de una infracción de los derechos de los pobladores sobre sus conocimientos tradicionales.
- ❖ Décimo Primero; el derecho consuetudinario sirve como una ruta en la mediación de resolución de conflictos respecto a la propiedad u otras formas de custodia tradicional indígena u originaria.
- ❖ Décimo Segundo; el derecho consuetudinario sirve como guía en la transmisión de derechos sobre todos aquellos conocimientos tradicionales que se dan de generación en generación.

H. Identificación de los Pueblos Indígenas u Originarios (Derecho Consuetudinario)

La regulación normativa peruana, ha visto por conveniente regular algunos aspectos de cómo identificar a los pueblos indígenas u Originarios, tal como lo contempla la Ley N° 29785 en su artículo 7° que prescribe (Criterios Objetivos y Subjetivos):

- ❖ Criterios Objetivos: Primero; que los habitantes de los pueblos indígenas tengan descendencia directa de los pueblos originarios de la zona del territorio nacional. Segundo, que los habitantes de los pueblos indígenas en su práctica de su estilo de vida, y en sus vínculos espirituales o históricos, presenten rasgos inherentes con el territorio que tradicionalmente ocupan. Tercero; que los habitantes de los pueblos indígenas tengan instituciones propias y costumbres propias de su zona o territorio. Cuarto; que los habitantes de los pueblos indígenas tengan patrones culturales y modos de vida distintos a los otros sectores de la población nacional.
- ❖ Criterios Subjetivos: Los criterios subjetivos, tienen una extrema vinculación con la conciencia de grupo colectivo de poseer una identidad indígena u originaria, en algunos casos, las comunidades indígenas son consideradas aún como pueblos indígenas u originarios. Estos planteamientos, están de acorde a la ley de la consulta previa, reconocido por el convenio 169° del Organización Internacional del Trabajo (OIT).

H.1. El derecho de propiedad y el Derecho Consuetudinario

Para el caso del derecho consuetudinario, la propiedad de la tierra es de uso exclusivo de toda la comunidad campesina o indígena, para el caso de los pueblos indígenas u originarios, si

bien es de uso también para estos, no se puede postular a que existe la propiedad de forma particular; sino que, ellos se sienten parte de la tierra y no dueños de esta.

H.2. El derecho al Matrimonio y el Derecho Consuetudinario

La relación e importancia del derecho Consuetudinario, en el caso del matrimonio siempre ha tenido vital importancia en la comunidades indígenas y nativas, primero porque “(...) establece un vínculo entre la mujer y el varón (...)” (Malinowski, 1978, p. 49). Pero esta categoría se hace referencia a “(...) que también impone una permanente relación de mutualidad entre la familia del esposo y esposa (...)” (Malinowski, 1978, p. 49).

El matrimonio así se hace como una mecánica, donde la mujer obedece y cumple una serie de deberes para con su esposo e hijos; y el varón se ocupa del bienestar y luego sobre el cargo económico de su familia (Malinowski, 1978, p. 49).

H.3. La Reciprocidad y el Derecho Consuetudinario

Este también ha sido por largo tiempo un principio regla determinante en los pueblos indígenas o amazónicos, un ejempló de ello es el trueque en época incaica como parte de la historia del Perú. Esto a veces se percibe como estatus:

“Con esto quiero decir que los derechos del jefe sobre los individuos particulares, del maridó sobre la mujer, del padre sobre el hijo, y viceversa, no se ejercen arbitrariamente ni de un modo unilateral, sino de acuerdo con reglas bien definidas y dispuestas en cadenas de servicios recíprocos bien compensadas” (Malinowski, 1978, p. 61).

Aunque la reciprocidad también se manifestaba como una muestra dentro de la familia, así el autor Malinowski, comenta que “(...) los nativos dicen que un regalo de padre a hijo significa el pago de la relación que el primero sostiene con la madre” (1978, p. 55); es decir que, que si un poblador de una pueblo indígena u originario, padre de ciertos niños o jóvenes indígenas, decide regalar algún presente a estos, se asumirá que el padre está dando una muestra de cumplimiento que tiene con la madre de sus hijos.

I. Distinción de Pueblos Indígenas y Nativos

❖ Pueblos Indígenas

Otra definición sobre pueblo indígena es la que formula la OIT en el Convenio 169: “Pueblos en países independientes, considerados indígenas por el hecho de descender de poblaciones que habitaban en el país o en una región geográfica a la que pertenece el país, en la época de la Conquista o la Colonización o del establecimiento de las actuales fronteras estatales y que, cualquiera que sea su situación jurídica, conserven todas sus propias instituciones sociales, económicas, culturales y políticas, o parte de ellas”.(c.p. Aparicio y Bodmer, 2011, p. 29).

De esta afirmación se entiende que el conocimiento cultural indígena se determina por su continuidad histórica que hace hincapié en la ocupación de tierras patrimoniales, pertenecer a una estirpe común con los habitantes oriundos de estas tierras; mantener su cultura en general, o expresiones particulares como su lengua; vivir en ciertas partes del país, por corresponder a otras sociedades en desarrollo y progreso.

❖ **¿Indígenas es igual que Nativos?**

Ciertamente todavía se puede sostener que en ambos sentidos los indígenas y nativos provienen o tienen la misma naturaleza, pero la utilidad del término nativo es discriminatoria. En alusión a este contexto, sea utilizado el término indígena en el desarrollo de la investigación, no obstante, en respeto de poblaciones o comunidades denominadas así, nos acogemos a llamarlos indígenas, aunque para la constitución política del estado peruano, los denominan nativos.

❖ **Pueblos en Aislamiento Voluntario**

Son también conocidos como pueblos indígenas aislados; la autora Cueva señala que los pueblos indígenas en aislamiento voluntario, decidieron no entrar en contacto con la sociedad en general; huyendo a las zonas más recónditas de la amazonia peruana y rechazando el contacto directo con el mundo civilizado, (2007, p. 112).

Aunque en realidad, muchas veces se presenta la interpretación de que este aislamiento denominado voluntario, está condicionado a que los indígenas o nativos, no sientan ni perciban seguridad en el contacto con la sociedad civilizada, pues esta es vista como una fuente de problemas que amenaza su forma o estilo de vida; y en aras de salvaguardar su vida y salud, deciden alejarse de lo cotidiano desconocido para ellos (Cueva, 2007, p. 113).

En algunos casos los pueblos aislados, deciden entrar en contacto superficial con algún programa de protección del estado peruano; así en la falta de entendimiento de la vida de los

indígenas aislados por parte del estado, y el desconocimiento de la vida de los ciudadanos por parte de los indígenas, deciden solo, por ejemplo: Hacer el trueque con estos pueblos, a esta relación se le conoce como pueblos indígenas en contacto inicial.

1.6.2.4. Capacidad Jurídica de los Pueblos Indígenas-Amazónicos

1.6.2.4.1. Interpretando las costumbres Indígenas-Nativas (Enfoque de Capacidad)

- ❖ **Sobre la noción de Propiedad;** en el léxico, en su concepción de vida de las comunidades indígenas la palabra propiedad, propio, mío, son desacertadas, cuasi inexistentes, ellos no conocen sobre propiedad privada, acumulación de bienes, en su contexto; plantas, frutos, casas, herramientas, uno de los principios cardinales en los que el indígena basa su existencia recae en el verbo compartir, para ellos la avaricia y la mezquindad son advertidos y comprendidos en calidad de delitos.

En la misma línea de pensamiento, es conveniente esbozar, aunque de manera sucinta el concepto sobre territorio en relación a la propiedad privada, se puede entender de dos maneras sobre integralidad física del espacio, no fraccionado, universo compartido, como lo que se conoce hoy comunidad, y la otra óptica sobre integralidad del territorio por el dominio sobre de los recursos, el agua, por ejemplo.

En los relatos míticos tradicionales de los indígenas no se habla propiamente de territorio, pero si se alude a la tierra, espacio global dentro de la cual viven, el territorio para el indígena se configura no sobre la base de la delimitación física, sino desde la extensión y ocupación social, en ese sentido la migración no se dan a esperar, como de los ashánincas que originalmente vivían en, Chanchamayo, La merced, Perene, ahora ocupan

el río Tambo, la zona del alto Ucayali, los Aguajuna se expandieron hacia el Altomayo, y el pongo de Manseviche. (Servín Noticias, 2015)

Por lo tanto, el territorio se define en función de la ocupación que van haciendo los pueblos, asimismo se desarrolla de alguna manera la geografía indígena donde son ellos quienes deciden los nombres que se le va a dar cada parte natural, como el cerro, el río, otras migraciones como la comunidad de Nueva Nazaret por cortesía de la modernidad se ha establecido en hileras alrededor de la carretera ya que para los nativos le facilita el acceso al mercado, o se cree que es mejor.

La comunidad en el estado peruano para denominar a las unidades de indígenas, nativos, se da por dos razones, no había el argumento que hoy existe, de la diferencia entre comunidad y pueblo, y por el hecho de que los funcionarios de ese entonces hayan tenido mayor contacto con los indígenas afectados, por el colonialismo, el territorio entonces se debe entender como la integración total del espacio y los recursos, la tierra, el subsuelo le pertenece al indígena. (Servín Noticias, 2015)

“(…) al aplicar el concepto de calidad de vida, este pueblo es libre, tiene su propia identidad, es creativo, tiene tiempo libre con una vida participativa plena, el individuo goza de intimidad y privacidad, y está protegido en su entorno vital y social. En este caso concreto el medio ambiente juega un papel muy importante, que debe ser mantenido de tal forma que asegure una calidad de vida para los pobladores nativos”. (Aparicio y Bodmer, 2011 p. 22).

- ❖ **Sobre el nombre;** El nombre para las comunidades indígenas, unas veces, es otorgada por el Curaca o Cacique que gobernaba; otras veces se inspiraban en el lugar que habitaban o del río o quebrada en que vivían para nombrar a los individuos de su comunidad; otros nombres eran copiados de los animales o aves. En algunas ocasiones había diferencias entre los nombres que les daba un determinado misionero, o pueblos aledaños, de igual modo se nombraban entre ellos mismos.

- ❖ **Sobre los ritos de iniciación;** en toda sociedad basándose en sus diferencias biológicas y físicas se han asignado roles a la mujer y al varón, en las comunidades nativas, indígenas llegada la adolescencia, el niño o la niña, serán sometidos a ritos, de los cuales tendrán que salir airosos para adquirir la categoría de hombre o mujer.

“A la llegada de la primera menstruación. la niña era aislada de toda relación. Se les sometía a ayunos y debía privarse de comidas determinadas. Durante el período de encierro, la madre u otra persona, enseñaban a la joven los trabajos y deberes de una mujer. Cada tribu presenta sus particularidades. Respecto a los niños, cuando su voz comenzaba a enronquecerse, tenía también sus ritos de iniciación. bajo la dirección de su padre o de los ancianos de la tribu. Unas veces estos ritos se realizaban en la casa, y otras se despejaba un campo en la selva y en compañía de otros jóvenes se les enseñaba lo necesario para un hombre de la tribu.” (San Román, 1994. p. 30).

El hombre nativo, fue esencialmente cazador, tanto por la importancia en la alimentación como por su valor cultural. La caza entraña para estos pueblos autóctonos, un valor que subyace a la alimentación, para ellos la caza tiene un significado de captación de energía vital. Para Jesús v. San Román "El hombre de la selva, al matar un animal, se apropia de su fuerza, una fuerza poderosa que le da valentía y seguridad." (c.p. San Román 1, 1994. p. 36). Lo que convierte a la caza en una ocupación muy valorada, ya que, bajo este argumento el hombre se perfecciona en la caza, muy distinto a lo que ocurre con los trabajos de chacra que, vistos como un nivel inferior, a luz de esta idealización o simbolismo mágico del animal, la caza es parte de prácticas rituales.

- ❖ **Sobre el Matrimonio;** la exposición es clara para entender que, al obtener la categoría como mujer, en un intervalo entre los 10 o 12 años, en coincidencia con la primera menstruación. Ella puede iniciar su vida matrimonial, eran sus padres quienes la casaban con el varón que este apto para asegurar la supervivencia de su nueva familia, el hombre tiene que poder brindar la maloca o casa que tiene como fin la unión para la defensa de invasores, o la defensa contra animales, alimento como carne del monte, o sustraídos de la caza, entre lo sustancial; los matrimonios en las comunidades indígenas han sido y son monógamas, a excepción de que "la poligamia parece que era sólo practicada por los Curacas y algunos principales en general guerreros" (San Román, 1994. p. 29).

- **El Matrimonio en la comunidad Asháninca;** los curacas pueden tener una vida familiar con la cantidad de mujeres que el hombre pueda procurar a cada mujer de casa, alimento, seguridad y protección, la primera mujer del curaca es ofrecida por el

padre de esta, al hombre que sea trabajador, dedicado a la caza es decir que vea en las cualidades para que pueda ofrecer a su hija, las otras esposas son elegidas por el mismo curaca (Al Sexto día, 2013).

A las mujeres, esposas de los curacas no les molesta tener que compartir al marido con otras mujeres ya que como ellas dicen “no les falta nada”. Ellos afirman que estas costumbres son una manera de conservar y asegurar su supervivencia como comunidad, en cuanto sus costumbres, su lengua, para ellos la reproducción es un adminículo que los protege de la avizorada y amenazante extinción (Al Sexto día, 2013).

- **El Matrimonio en la comunidad de los Campas;** la concepción sobre la familia para los campas es monógama, en relación a la división social del trabajo entre mujeres y varones de la cultura indígena. Los campas han demostrado una significativa diferencia. A su vez estas funciones delegadas pueden ser similares en otras comunidades. (Etnografías,2015).

El hombre cultiva la chacra o huerto amazónico, donde siembra yucas, plátano, a veces, maíz y maní que se utiliza como alimento. La práctica de la caza, aprenden a cazar con aves los niños, la pesca, realizan el intercambio de bienes, consiguen el tocuyo, traen información, noticias, educan de acuerdo al género, elaboran sus armas, flechas, e instrumentos de pesca, música. El hombre campa

quema algunas hectáreas de la selva, para fertilizar la tierra y pueda producir alimento.

Las mujeres Se dedican a la preparación del masato, de la chicha de los alimentos, necesarios en toda fiesta; crianza y educación de los hijos hasta llegada la adolescencia, educa a la niña para asumir funciones en su nueva vida, consigue alimentos que no requieran de mucho esfuerzo, como papayas, yucas, animales pequeños, confeccionan el oitsare o vestido para la mujer. (Etnografías,2015).

Ellas se dividen el trabajo para hacer cualquier actividad, por ejemplo, la elaboración de la kushma vestimenta para el varón, algunas hilan, otras tejen los trajes, y otras vorean el algodón para que se torne plano y para que pueda estar listo para hilar. (Etnografías,2015).

Las mujeres también se dedican hacer diademas collares, pulseras, al canto. En la comunidad nativa de Yine de Miaria, las mujeres a la edad de 15 años realizan la pishta, es una fiesta que consiste en presentar a la niña a la comunidad como mujer, para ello las abuelas, de las señoritas le realizan el pintado de figuras en alusión a los animales cada dibujo tiene un determinado significado. (Pluspetrol peru,2016)

- ❖ **Sobre la familia;** de acuerdo a Juan San Román la cultura indígena se entiende bajo dos ejes de su vida social, la familia y el grupo, para los indígenas la familia es lo único privado o reservado, pertenecen al ámbito familiar la preparación de algunas meriendas o comidas, el cuidado e higiene de los pequeños, decisiones que afecten al subgrupo.

Las comunidades nativas están divididas en subgrupos que habitan en una o varias malocas o casas. Estos subgrupos, según parece, tienen autonomía dentro del grupo total, sobre todo en lo referente a la vida económica. Los subgrupos componen una familia extensa. Formada por el fundador y familiares cercanos: hijos, hijas, yernos, nueras, nietas, nietos. Existen comunidades de organización más compleja, con la existencia de aldeas, por ejemplo, los Omaguas, particularmente la familia racial Tupi-guaraní. (1994, p.32)

El indígena campa por familia tiene dos casas, una para la cocina y visita, y otra para dormir o mantener intimidad, en una familia campa podemos encontrar al esposo, la esposa, los hijos, hijas, nueras, nietos. Que no dista mucho de una familia extensa de la ciudad urbana en cuanto al vestido el hermano campa se procura a sí mismo, para ellos la indumentaria que puede ser hecha a base de tocuyo, algodón o de corteza de algún árbol, es símbolo de defensa contra el frío, pudor, es adorno, símbolo de estatus social en otras comunidades, y belleza. (Etnografías, 2015).

- ❖ **Sobre la colectividad;** el Grupo indígena, al vivir en un ambiente natural por tanto homogéneo, donde la relación íntima le daba a su existencia un sentido profundo de pertenencia e identidad al hombre indígena, se materializa en la cooperación económica, en los sistemas de defensa, y en las celebraciones, otra en los tiempos de guerra, esta tenía un efecto de unión en el grupo. El peligro obligaba a cohesionarse, como medio para poder vivir. (guerra con otras comunidades o los invasores españoles).

Las fiestas son muy bien preparadas, centran múltiples relaciones sociales de diferente índole como: celebrar un matrimonio, realizar los ritos de iniciación, alegrarse por una caza especial, o recolección de los frutos. La fiesta era un medio de libertad y un vehículo para la comprensión.

❖ **Sobre la estructura política:** Bajo este razonamiento nos toca discernir en la naturaleza de las relaciones entre los miembros de la comunidad “Los testimonios de los primeros escritores nos hablan de relaciones de igualdad, al menos así se deduce de sus anotaciones. Era una sociedad sin clases, libre de privilegios de rango social o de prerrogativas de sangre, y con los mismos derechos y deberes fundamentales. Por supuesto, existían las diferencias naturales debidas a la edad y al sexo”. (San Román, 1994. p. 33).

Entre las líneas divisorias que se desarrollan en la organización de la comunidad nativa la edad asoma como una primera causa de diferencia, la ancianidad goza de un cierto respeto, en consecuencia, a la mayor experiencia. Asimismo, el sexo marca una línea límite, con diversidad de ocupaciones y obligaciones entre los miembros de la comunidad.

Las comunidades indígenas, se guían por reglas, ellos han interiorizado las normas sociales, cada quien conoce lo que tiene que hacer; entre las comunidades existen mecanismos de control, que no está basado en una autoridad que impone, o en un solo sujeto, juez, policía, sino en colectividad, estos mecanismos de sanción social son

colectivos, fundamentados en el rumor, el chisme; acusaciones de brujería, así la imagen de autoridad para las comunidades indígenas no existe. Lo que sí existe son personas de prestigio, conocidas como los Moon, A guajino, Guabán (Depende de las costumbres de cada comunidad), que no son equivalentes a un jefe. (Servín Noticias, 2015).

Antaño la primera escala de prestigio, lo ocupaban los guerreros, impuesta por las circunstancias. El hombre nativo se orientaba, así, a un medio de ascenso social. En la actualidad existe, el Curaca, su autoridad se apoya más en el prestigio que en la fuerza. las disposiciones que atañen a la comunidad se toman con participación, algunas veces, y en algunas comunidades, solo entre los ancianos, otras decisiones son tomadas, entre todos los hombres y mujeres de la comunidad, siempre dentro de la moldura de las costumbres ancestrales.

Para el caso de la comunidad nativa de Otari con 47 años de creación, los líderes de la comunidad se denominaban Samanpu y Corimicha, asumían el mando aquellos que tenían educación, o aquellos que reflexionaban sobre la realidad de su entorno y cavilaban como resolver los problemas de su comunidad. (Pichari Vraem Oficial, 2017).

- ❖ **Sobre su individualidad;** al mismo tiempo y a pesar de las marcadas e indiscutibles prácticas de colectividad y espíritu comunitario existe una profunda individualidad del hombre indígena, su enseñanza se basa en esta dicotomía armoniosa, un hombre originario

puede vivir solo, es autosuficiente, con dominio para satisfacer sus necesidades primarias; sin embargo, paralelamente vive una vida de colectividad intensa, cooperando y concediendo a los intereses del grupo.

- ❖ **Sobre su estructura económica;** la comunidad indígena practica la reciprocidad manifestado en las formas de intercambio que fortalece las redes sociales entre otras comunidades, ya sean, nativas, indignas o ciudadanos autorizados, el intercambio no solo es de bienes, sino también de servicios como la Minka, para en el caso de los Ayacuna, el intercambio no es de manera general y abierta, se da entre determinadas familias.

Por citar alguno, en el caso de la comunidad en aislamiento voluntario los Mashco Piro, realizan una especie de trueque con algunos colaboradores de organizaciones estatales ellos pueden ofrecer un mono o una tortuga por ejemplo, a cambio de yucas o plátanos, los Mashco Piro cuando se relacionan con otros, no dicen jamás que están de hambre, o que necesitan algo, a menos que el facilitador se lo pregunte, ellos siempre dan algo a cambio, después que un ciudadano le ofrezca algo, evocando así su incólume integridad sin haber sido, “cristianizados o civilizados” (Ministerio Cultura Perú, 2016).

Por otro lado, se entiende también que “(...) la estructura económica de las tribus primitivas era fundamentalmente cazadora, pescadora, recolectora y que era básicamente de tipo colectivista-comunitario, con rasgos predominantemente familiares. El grupo tribal estaba formado por un núcleo reducido de familias, habitando una o algunas cocameras o casas” (San Román, 1994, p, 38).

De estas líneas se pueden inferir la existencia de una economía esencialmente colectivista. Siendo resultado del tipo de estructura sociopolítica de carácter familiar y comunitario que tenía el grupo, cabe añadir para el autor Juan San Román que algunas veces, era un cazador o pescador que buscaba el sustento cerca de la casa; en otras ocasiones, un grupo perseguía al animal o buscaba cierto lugar de pesca; y en ciertas oportunidades era el grupo total que salía en busca de caza o pesca.

Principalmente en las dos últimas situaciones, esta hazaña podía durar días, semanas y meses. El resultado de la caza o la pesca se hacía de conocimiento al resto del grupo siempre que el indígena lo permitiese (San Román, 1994. p. 38). Las relaciones socioeconómicas se estructuran en base de la organización familiar, y están fundadas en el principio de reciprocidad y participación.

- ❖ **Porque su autonomía;** los autores Pedro Mayor Aparicio y Richard Bodmer sostienen que en los últimos años, se ha desarrollado un gran número de proyectos ejecutados por el Estado o por organizaciones no gubernamentales, estos programas de desarrollo se han fundado en la imitación del desarrollo occidental en la región amazónica, no obstante, con este tipo de intervención no se ha logrado mantener, ni mejorar el nivel, ni la calidad de vida de los indígenas, por el contrario, este enfoque ha provocado el declive de los problemas sociales y la pérdida de los recursos naturales. (2011, p. 22).

Para la FAO, en este sentido, la pobreza de la población amazónica no necesariamente está causada por la carencia de gestión de los recursos, sino también por

los patrones del imperialismo, son estos nuevos sistemas de producción, no adecuados que han inducido al estancamiento de los pueblos indígenas al privarlos de su seguridad territorial y de sus recursos, acarreado como consecuencia el incremento de índices de pobreza. (c.p. Aparicio y Bodmer, 2011. P.22). Para los indígenas el concepto de pobreza está basado en el detrimento de recursos que impida realizar las actividades tradicionales como la caza, pesca y sembrío.

A la llamada civilización cristiana occidental no les interesa, ni le ha interesado defender y proteger a los indígenas de la depredación ya sea minera, petrolera y maderera. Solo ha demostrado su falso interés para sacar provecho de la situación.

La élite urbana juzga en base a cánones estereotipados, anticuados, y con bastante limitación, pues suele negar la colectividad y cultura de la población Indígena, para los ojos de la modernidad, el indígena vive en la más absoluta pobreza, pues no ganan ni un centavo diario, de modo que no logran satisfacer sus necesidades ni condiciones de higiene desde el enfoque urbano, claro está, y, finalmente, no viven, sino sobreviven mediante sus destrezas de supervivencia, en vista de que ellos no saben trabajar. Suelen ser nombrados como estigmas del rezago y del subdesarrollo de la nación.

La mirada de la investigación, al reclamar la autonomía, de las comunidades nativas e indígenas, no basa su fundamento en la generosidad, o en una arcangélica concepción, de buena fe, si no en la humanidad sobre las culturas, en todas las culturas encontrarnos valiosos aportes para la humanidad, es cierto que decir pueblos indígenas no es lo mismo

que sociedad civilizada, sin embargo la diferencia no tiene que recaer en categorías de mejor, peor, refinado, tosco, desarrollo, retraso, las culturas no son continuidad de otras, cada una de ellas alcanzó su máximo perfeccionamiento, por ende los adjetivos de progreso y desarrollo, no tienen mayor trascendencia, por el contrario las diferencias enriquecen el pluralismo, resultado de la multiplicidad de culturas y poblaciones que convergen en la Amazonia peruana y se diversifican por el aislamiento biológico y cultural.

La comunidad indígena a diferencia de la llamada civilización respeta la vida en su enorme complejidad, lo que dista mucho en ocasiones de las ciudades que envilecen y degradan la noción de humanidad, amenazan la supervivencia de la especie, y paradójicamente, sus actos no parecen estar basados en la razón sino y sobre todo en el poder, y en coincidencia con la posición que sustentamos, Johann G. Herder “opone a la fría razón, a la uniformidad y a la continuidad, la fuerza de los instintos, la vida y el valor de las costumbres, mostrando como cada cultura es autónoma y no puede ser juzgada con los parámetros con los cuales se juzgan otras culturas”.(c.p. Gonzales y Guerra, 2013, p. 81).

Y si así lo hiciese caeríamos en el mismo error que los colonos, algunos franciscanos, y los civilizados estandarizados, denigrando la integridad del hombre y la mujer indígena, en Jesús San Román, podemos encontrar que en el Período misional (1542 -1769). El nativo es visto como un ser pagano, a quien hay que cristianizar. Con el fin de posibilitar esta cristianización de los nativos, se le impone un estilo de vida normalizada, nuevas necesidades; y, obligado por ellas, el nativo entra en la vida comercial. En el período

de nacimiento del capitalismo (1769-1880) El nativo es visto como un salvaje, a quien hay que civilizar, en el periodo de la extracción del caucho la estructura socioeconómica se torna clasista y el nativo pasa a ocupar el estrato inferior en la escala. (1994, p.p. 40, 98, 134).

Durante los últimos años se ha venido dando cambios, incluso las reglas sociales, intereses, y modos de vida en algunas comunidades, por ello el antropólogo Alberto Chirif plantea la necesidad de una autoridad que asuma la organización, en aras de restaurar y garantizar la práctica de las costumbres que están desapareciendo, la influencia de la sociedad del mercado y consumo ha trastocado incluso las aspiraciones de los jóvenes quienes están negando su identidad, afirmando que la costumbre heredada para ellos queriendo ser olvidada, que los padres y abuelos pertenecen a otra etapa.

Renegando de la enseñanza que para algunos antropólogos son conocidos como seres creadores que educan a las nuevas generaciones sobre cómo debe actuar cada individuo dentro de la comunidad, asignado por tradición los aprendizajes de la caza, la pesca, el tejido de la Kushma, el hilado, por otro lado la solidaridad que se maneja en el territorio, se ve amenazada en la actualidad ya que los indígenas comparten lo que la naturaleza les provee, pero no sucede lo mismo con aquellos bienes u objetos que adquirieron mediante intercambio monetario, esta es una característica de individualización a efecto del sistema económico en el cual vivimos.

A la luz de esta exposición de la problemática que está surgiendo en algunas comunidades indígenas me atrevo a postular, se objetara quizá, la urgencia de una nación indígena hegemónica en el Estado, la autodeterminación de las comunidades indígenas no pretende la separación del territorio del Estado peruano, lo que desea es poder autogobernarse dentro de sus territorios, sin intromisión e injerencia de terceros. Está por demás decir que proyecta desligarse de sus derechos fundamentales, y otras normas que abogan en favor suyo, incluso para la autonomía incide en la toma de decisión de que si ellos a si lo desearan gozaran y ejercerán todos los derechos que le son atribuidos por su condición humana, pues es a merced de ellos la decisión de adaptarse al cambio de vida que le impone como requisito fundamental el sistema jurídico, para el autor Hoekema la autonomía:

“implica el reconocimiento de pueblos indígenas como entidades públicas, con capacidad legal y con garantía de poder emitir normas dentro de su jurisdicción y de participar en la elaboración de las políticas estatales, departamentales, etc. Implica el reconocimiento de un hecho social sumamente importante: la existencia de entidades sociales diferentes con su propia identidad y propio tipo de solidaridad, con sus propias instituciones, valores y normas, una visión del mundo propio, una manera propia de producir y distribuir los bienes, de conformar y mantener el orden social”. (c.p. Bucheli, 2014.p. 25).

1.6.2.4.2. La capacidad en la sociedad civil y las comunidades indígenas peruanas

- ❖ **El ciudadano, la mujer y el varón;** en la civilización peruana una persona independientemente de su sexo, religión, costumbre, credo, adquiere la mayoría de edad al

cumplir los 18 años, y el rango de ciudadano, porque se cree que alcanzó la madurez tanto física como psicológica, condiciones que lo facultan para ser idóneo de ejercer todos sus derechos, en las comunidades indígenas se adquiere el reconocimiento tribal como un verdadero hombre o verdadera mujer, independientemente de la edad, se basa en el rito de prueba de hombría o valentía, consiste en saber y practicar correctamente las obligaciones como mujer o varón, dentro de la vida familiar y comunal.

Además, tiene que probar ante la comunidad su destreza para asegurar su supervivencia, en la que presume su resistencia física. Pues bien, con suficiente madurez emocional o no, se evidencia que los hombres y mujeres de las comunidades indígenas, con sus limitados años ya pueden hacerse responsables sobre sí mismos.

- ❖ **Territorio;** para los ciudadanos en el argot público, la persona a los 18 años, podrá obrar sobre los derechos que hasta entonces le han sido vedados, en relación al territorio, la posesión de una propiedad, será mediante la celebración de contrato de compraventa, donde solo el adquirente tendrá dominio sobre su nuevo bien. De esta manera las personas gozan de su capacidad de ejercicio.

A lo largo de esta exposición se ha remarcado la concepción de territorio para los pueblos indígenas como universalidad, que para ellos es tierra que no pertenece a nadie, pero que parte de ellos y ellos parte de la tierra, donde escapan las premisas de separación limítrofe, tenencia, o propiedad, aun así, respetan el espacio de otras comunidades, donde las condiciones de edad, posesión económica, no tienen mayor preponderancia. Evitando

el individualismo, envidia, competencia, si se entiende la tierra como unidad, arroja como resultado la comunión y que estado más civilizado se puede pedir entonces. Para su capacidad de goce al igual que nosotros le es innata, por su condición de hombre, con o sin el reconocimiento del estado, en tanto su capacidad de ejercicio no ve limitada a categorías etarias, patologías psicológicas, en suma, la idoneidad del hombre y la mujer para ejercer.

- ❖ **Arreglos Nupciales;** el ciudadano puede contraer matrimonio ya de carácter civil o religioso, o ambas, con el varón o la mujer que ellos elijan, evidenciado su mayoría de edad, o el permiso de su tutor, si es menor de 18 años, en la presencia de testigos, requisitos como partidas de bautizo, para el caso religioso, se entiende, publicaciones de edicto matrimonial, en fin, una serie de exigencias, para el indígena a cambio de los engorrosos trámites, y requerimientos que cumplir, se tiene que evidenciar en el rito, la condición de ser mujer y ser varón.

Sobre el asunto de la elección de pareja, en el caso de la mujer, son los padres quienes escogen al mejor candidato para ella, para el caso de algunas comunidades en donde se practica la poligamia, es el hombre quien enamora y elige a sus esposas, para cualesquiera de los casos presentados el varón tiene que ser autosuficiente económicamente, en cuanto a la economía está basada en la caza, pesca, siembra, comercio, además autosuficiencia se debe reflejar en su conocimiento, es decir en la práctica de costumbres adquiridas, con los relatos, los cantos, simbología del pintado en la piel, etc., para poder reproducir todo ello a su nueva familia y para poder procurar a la mujer. Es por

ello que en las comunidades indígenas no se suele escuchar sobre abandono familiar de padres a hijos, u omisión de obligaciones para con sus hijos y esposas.

- ❖ **Sobre la participación ciudadana y la colectividad;** la persona mayor de 18 años, es libre de elegir, revocar a su autoridad, o representante, mediante el voto, u otro tipo de mecanismo de elección, hacer de conocimiento sobre sus necesidades y demandas de su barrio, por decir, antes de haber cumplido 18 puede opinar sobre la realidad social de su comunidad, promover la difusión de las urgencias sobre un determinado lugar o situación, o de acuerdo a sus interese artísticos, políticos , deportivos, pero no tiene carácter vinculante.

En este sentido sobre los intereses particulares nos encontramos con una realidad discriminatoria, pues es un contexto de música k-pop, será difícil encontrar personas adultas mayores, o caso contrario en un evento de política, economía, astrofísica, encontraremos, personas con un grado de instrucción digamos alto, donde los niños y niñas no tienen nada que hacer, ni decir, ahí, en el otro contexto, la de la comunidad indígena, sin embargo, todos los miembros de la comunidad sin importar la edad, la instrucción, salvo raras excepciones, son participes de sus reuniones, celebraciones, o de decisiones importantes, sobre asuntos vitales que se toman de acuerdo a un consenso, porque todo, para ellos está relacionado en un sistema dinámico y complejo.

1.6.3. Marco conceptual

La definición de los conceptos que se emplearon para el desarrollo de la presente investigación, servirá para el mejor entendimiento del proyecto de tesis. Los términos serán abordados bajo el Diccionario filosófico de M. Rosental y P. Ludin, y el diccionario antropológico de Thomas Barfield, y algunos términos serán abordados por los tesisistas, Los cuales se precisarán a continuación:

- **Comunidad:** Grupo humano que está en condiciones para participar, conjuntamente en la resolución de los problemas concernientes a su territorio, estos grupos están condicionados históricamente a modificar su estructura.
- **Indígena:** Un indígena es una Persona que nace en un determinado lugar donde tiene en común, tanto cultural, como lingüístico con ese territorio.
- **Nativo:** Todas las personas del mundo son nativos, del lugar en que nacieron.
- **Ciudadano:** Se habla de ciudadanos cuando las personas o la persona, pertenecen a una nación específica o que vive en la ciudad, relacionados a un vínculo que crea capacidades y obligaciones.
- **Civilización:** Es la acción de mejorar la formación y el comportamiento de las personas, elevar el nivel cultural de una sociedad, por lo tanto, es el estadio cultural propio de las sociedades más avanzadas según su nivel de ciencia, arte, tecnología, política.
- **Sistema jurídico:** se entiende el conjunto de normas, leyes, reglas legislativas, actitudes e ideologías vigentes en un país sobre lo que es el Derecho, su función en la sociedad y la

manera en que se crea o debería crearse, aplicarse, comprenderse, perfeccionarse, enseñarse y estudiarse.

- **Derechos:** Para Donnelly los derechos son reconocidos a cualquier persona, meramente en razón de serlo, en orden a sobrevivir, gozar de bienestar y prosperar. Además, no sólo alcanza a todo ser humano el reclamarlos con razón, dado que así lo ampara la moral y la justicia. Aunque son muchas las clases de derechos contemplados, los propiamente llamados humanos son los más fundamentales, universales e inalienables, por lo cual es de esperar que los gobiernos los proclamen y defiendan (c.p. Barfield, 2011).
- **Ser humano:** es considerado como el grado supremo del desarrollo de los animales en la tierra, se diferencia por la conciencia, por el lenguaje articulado, (...), la conducta del hombre está directamente condicionada por el pensamiento, por los sentimientos, por la voluntad, por el grado en que se conocen las leyes de la naturaleza y sociedad. (Rosental, 2007, p. 226).

1.7. HIPÓTESIS

1.7.1. Hipótesis general

- La capacidad de ejercicio que brinda mayor seguridad para el Estado peruano **es el modelo jurídico consuetudinario.**

1.7.2. Hipótesis específicas

- La capacidad de ejercicio que brinda mayor seguridad sobre contraer matrimonio para el Estado peruano **es el modelo jurídico consuetudinario.**

- La capacidad de ejercicio que brinda mayor seguridad sobre el derecho de propiedad para el Estado peruano **es el modelo jurídico consuetudinario.**
- La capacidad de ejercicio que brinda mayor seguridad sobre el derecho a elegir y ser elegido para el Estado peruano **es el modelo jurídico consuetudinario.**
- La capacidad de ejercicio que brinda mayor seguridad respecto a los derechos, deberes y obligaciones para el Estado peruano **es el modelo jurídico consuetudinario.**
- La capacidad de ejercicio que brinda mayor seguridad sobre la administración de justicia para el Estado peruano **es el modelo jurídico consuetudinario.**

1.7.3. Variables

1.7.3.1. Variable independiente

Capacidad Jurídica ordinaria

1.7.3.2. Variable dependiente

Capacidad jurídica consuetudinaria

1.8. OPERACIONALIZACIÓN DE VARIABLES

VARIABLES	DIMENSIONES	SUB-DIMENSIONES	INDICADORES
Capacidad Jurídica ordinaria (Variable 1)	Capacidad Jurídica	Teoría orgánica	La tesis al mantener una NATURALEZA DOGMÁTICA JURÍDICA, es decir, de analizar las propiedades de instituciones jurídicas a través de la interpretación jurídica, NO se aplicará instrumentos de recolección de datos EMPIRICOS
		Teoría Atomista	
		Tipos de capacidad jurídica	
	Capacidad de Ejercicio	Clasificación	
		Personalidad jurídica	
Capacidad jurídica consuetudinaria s (Variable 2)	Capacidad para contraer matrimonio		
	Capacidad sobre el derecho de propiedad		
	Capacidad del derecho de elegir y ser elegido		
	Capacidad para ejercer sus derechos, deberes y obligaciones		
Capacidad para ejercer la administración de justicia			

La variable 1: “Capacidad Jurídica ordinaria” se ha correlacionado con las dimensiones de la variable 2: “Capacidad jurídica consuetudinaria de pueblos indígenas” a fin de hacer surgir las preguntas específicas de la siguiente manera:

- **Primera pregunta específica:** Variable 1 (Capacidad Jurídica ordinaria) + Dimensión 1 (Capacidad para contraer matrimonio) de la variable 2 (Capacidad jurídica consuetudinaria de pueblos indígenas)
- **Segunda pregunta específica:** Variable 1 (Capacidad Jurídica ordinaria) + Dimensión 2 (Capacidad sobre el derecho de propiedad) de la variable 2 (Capacidad jurídica consuetudinaria de pueblos indígenas)
- **Tercera pregunta específica:** Variable 1 (Capacidad Jurídica ordinaria) + Dimensión 3 (Capacidad del derecho de elegir y ser elegido) de la variable 2 (Capacidad jurídica consuetudinaria de pueblos indígenas)
- **Cuarta pregunta específica:** Variable 1 (Capacidad Jurídica ordinaria) + Dimensión 4 (Capacidad para ejercer sus derechos, deberes y obligaciones) de la variable 2 (Capacidad jurídica consuetudinaria de pueblos indígenas)
- **Quinta pregunta específica:** Variable 1 (Capacidad Jurídica ordinaria) + Dimensión 5 (Capacidad para ejercer la administración de justicia) de la variable 2 (Capacidad jurídica consuetudinaria de pueblos indígenas)

Y cada pregunta específica se encuentra debidamente formulada en la sección 1.3. de la presente tesis o en todo caso en la matriz de consistencia.

Finalmente, la pregunta general no viene a ser otra cosa que la relación entre la Variable 1 (Capacidad Jurídica ordinaria) y la variable 2 (Capacidad jurídica consuetudinaria de pueblos indígenas), por ello es que la pregunta general de la presente tesis es:

¿Qué capacidad de ejercicio brinda mayor seguridad entre el modelo jurídico ordinario y el consuetudinario para el Estado peruano?

CAPÍTULO II

METODOLOGÍA

2.1. MÉTODO DE INVESTIGACIÓN

2.1.1. Métodos generales

El método que se ha utilizado ha sido la hermenéutica, que según los profesores Gómez Adanero y Gómez García (2006) afirman lo siguiente sobre la hermenéutica: “(...) no rechaza el método, ni el conocimiento científico, sino sólo la pretensión de reducir la verdad a un proceso de conocimiento, y en concreto, al basado en el método científico-tecnológico (...)” (p. 203); ello implica que la investigación al ser de corte dogmático jurídico, guarda una relación muy estrecha con la hermenéutica, en tanto, no se utilizó métodos convencionales como los de la investigación empírica, esto es, con recolección de datos versados en una investigación de campo, sino que se realizó una investigación documental altamente elevada, observando los contextos y manejos de las instituciones jurídicas de cada variable de investigación.

Por otro lado, se afirma que la hermenéutica busca la verdad porque “(...) no parte del presupuesto básico de las teorías puramente epistemológicas, que arrancan una supuesta situación ideal de conocimiento (la razón de los positivistas) o de comunicación (la razón práctica de los procedimentalistas) (...)” (Gómez & Gómez, 2006, p.201); ya que la verdad sobre la recolección de datos bibliográficos, no está expresado a simple vista, sino que el criterio de madures académica y la saturación de libros versados en las variables antes indicada, es que se formará una nueva verdad cerrada, que está expuesta en el marco teórico precedido.

Entendido el método en general, es que nuestra investigación se utilizó la hermenéutica, en tanto los investigadores interpretaron los textos tales como la ley, la jurisprudencia y los libros doctrinarios sobre Capacidad jurídica ordinaria y Capacidad jurídica consuetudinaria de pueblos indígenas, asimismo, el cual no les será tampoco indiferentes su carga vivencial académica, personal, emocional y filosófica para poder arrojar comentarios o interpretaciones basadas en su contexto y buscar la verdad sobre el tema de investigación.

2.1.2. Métodos específicos

El Derecho por excelencia utiliza la hermenéutica jurídica como método particular de investigación, por lo que en el presente caso se utilizará la exégesis jurídica, este método consiste en buscar la voluntad del legislador en las diferentes disposiciones normativas, esto es porque algunas leyes son oscuras o ambiguas (Miró-Quesada, 2003, 157).

Y en caso de que el método exegético no sea suficiente, se utilizará el método sistemático-lógico, la cual consiste en hallar sistemáticamente en todo el ordenamiento jurídico los conceptos jurídicos que ayuden a esclarecer la oscuridad o ambigüedad de un dispositivo normativo en particular (Miró-Quesada, 2003, 157).

Tanto la interpretación exegética como la sistemática lógica, serán de utilidad con los artículos referidos a la institución jurídica Capacidad Jurídica Ordinaria y Capacidad Jurídica Consuetudinaria de pueblos indígenas, tales como 1, 3, 4, 42, 43 y 44 del Código Civil de 1984 asimismo el artículo 1 y 149 de la Constitución Política del Perú de 1993.

2.2. TIPO DE INVESTIGACIÓN

La naturaleza de la investigación propone ser un tipo de investigación básica o fundamental (Carrasco, 2013, p. 49), a razón de que se encargó de incrementar en la teoría jurídica los conocimientos de las instituciones jurídicas de la Capacidad Jurídica ordinaria y Capacidad jurídica consuetudinaria de pueblos indígenas.

Entonces, es básica porque se profundizó y escudriñó los artículos que ya han sido mencionados en el apartado 2.1.2. Capacidad Jurídica Ordinaria e interpretar los textos sobre la Capacidad Jurídica Consuetudinaria de pueblos indígenas, se está aclarando y profundizando los tópicos acerca de esas dos variables, estando aportando conocimientos no solo para los doctrinarios o interesados en dicho tema, sino que también se hará para la comunidad jurídica de investigadores y puedan tener ellos también una apreciación de éste nuevo punto de vista.

2.3. NIVEL DE INVESTIGACIÓN

Por otro lado, el nivel de investigación es correlacional (Hernández; Fernández & Batpista, 2010, p. 82), porque se detalló el cómo se relacionaron los elementos esenciales de cada institución jurídica: Capacidad Jurídica Ordinaria y Capacidad Jurídica Consuetudinaria de pueblos indígenas, a fin de saber la posible afectación de una filosofía sobre una institución jurídica.

Se dijo que es correlacional, en tanto se puso a la luz las características de cada una de las variables y se sometieron a una relación para examinar su incompatibilidad o sus semejanzas a fin de tomar una decisión que éstas guardan consistencia entre sí.

2.4. DISEÑO DE INVESTIGACIÓN

Nuestra investigación fue de corte observacional o no experimental, debido a que no se ha manipulado las variables de investigación, sino al contrario solo se han extraído las características principales del fenómeno a fin de relacionarlas (Sánchez, 2016, p. 109).

Y al decir que no se manipuló variables, estamos llegando al acuerdo de que no se han experimentado las características de las variables una frente a la otra, o con algún instrumento, sino que se trabajó con sus características ya dadas, a fin de examinar sus potencialidades y sus predictibilidades.

Y decimos que es transaccional a razón que el análisis fue a través de la recolección de datos en un solo momento (Sánchez, 2016, p. 109), es decir, que a través de los instrumentos de recolección se obtuvo la información más importante respecto a las doctrinas y jurisprudencias que se puedan obtener para la investigación.

Ahora bien, el diseño esquemático más apropiado de acuerdo a Sánchez & Reyes (1998, p. 79) ha sido el de una investigación correlacional, la cual se esquematiza de la siguiente manera:

$$\begin{array}{cc} M_1 & O_X \\ r & r \\ M_2 & O_Y \end{array}$$

Donde M representa la muestra o donde se aplicarán los instrumentos de recolección de datos, siendo así que M son todos los libros versados en Capacidad Jurídica Ordinaria (M_1) y

Capacidad Jurídica Consuetudinaria de pueblos indígenas (M_2), mientras que los O implican la información relevante de lo que se pretende analizar, esto es que los O_x viene a ser todas las fichas textuales y de resumen que son relevantes a fin de generar una saturación la cual finalmente se correlacionará con sus propiedades saturadas sobre Capacidad Jurídica Ordinaria con el O_y que pertenece a la información de la Capacidad Jurídica Consuetudinaria de pueblos indígenas.

2.5. POBLACIÓN Y MUESTRA

El profesor Nel Quezada explica que la población viene a ser un conjunto de elementos que contienen información respecto del objeto de estudio, puede estar conformado por animales, personas, datos, fenómenos (2010, p. 95), asimismo afirma que la población: “(...) Representa una colección completa de elementos (sujetos, objetos, fenómenos o **datos**) que poseen características comunes (...)” [el resaltado es nuestro] (2010, p. 95).

En nuestra investigación, por haber utilizado un método general como la hermenéutica, un método específico como la hermenéutica jurídica, es natural que la principal fuente de información para realizar una correcta interpretación y elaboración de un correcto marco teórico sean los libros y las leyes que versan sobre la Capacidad Jurídica Ordinaria y Capacidad Jurídica Consuetudinaria de pueblos indígenas; y como afirma el profesor Nel Quesada una población también es un conjunto de “datos” que poseen características comunes, y dichos datos también vienen a ser informaciones que se contemplan como conceptos, palabras, oraciones o frases que están en diferentes libros que poseen características comunes, y éstas últimas son obviamente: Capacidad Jurídica Ordinaria y Capacidad Jurídica Consuetudinaria de pueblos indígenas.

Por lo tanto, la idea fue encontrar una población a partir de lo siguiente:

Variable	Libro o artículo	Autor
Capacidad Jurídica ordinaria	Derecho de las Personas: Exposición de motivos y comentarios al libro primero del código civil peruano- Personas Naturales, Jurídicas, Comunidades campesinas y nativas	Fernández, C. F.
	Estudio de Derecho de las Personas	Espinoza, J.
	Inaplicabilidad del Inciso Segundo del Artículo 171 de la Constitución de la República, en cuanto a Justicia Indígena y Jurisdicción Ordinaria	Hurtado, B.
	Modelos de capacidad jurídica: una reflexión necesaria a la luz del art.12. De la convención internacional sobre los derechos de las personas con discapacidad	Benavides, A.F.
	La capacidad de goce: ¿es posible su restricción legal?	Fernández C.
Capacidad jurídica consuetudinaria de pueblos indígenas	Justicia Andina	Torres, O.
	Pueblos Indígenas en Aislamiento Voluntario y contacto inicial en la Amazonia en el gran Chaco: Salud de los Pueblos Indígenas en Aislamiento	Cueva, N.
	Enfoques sobre Cultura	Vargas, M; González, E; Guerra, D.
	El Ejercicio Del Derecho Al Autogobierno De Los Pueblos Indígenas A Través Del Modelo Institucional Del National Congress Of American Indians De Los Estados Unidos	Hurtado A.
	Coexistencia conflictiva entre el derecho oficial y los pueblos indígenas en el Perú: comunidad indígena kechua de Talwis – Huancavelica	Taipe C.

Nos podemos percatar que son los libros básicos que en prima facie podemos extraer información relevante para un análisis documental y formarse un marco teórico sólido, además que son fuentes directas, más no manuales donde existe información secundaria.

Entonces al buscar información a través de los instrumentos de la ficha textual y ficha de resumen, al mismo tiempo los mismos libros orientarán buscar mayor información a fin de saturar la información, por ello es que se utilizó un muestreo por **bola de nieve (enfocada dentro de un muestro cualitativo)**, esto es que, se parte de una unidad donde exista información relevante para

la tesis, y luego éste mencionará donde encontrar otra unidad de análisis y a medida que se encuentra más de éstos datos, la información inicial que fue relevante, deja de serlo porque existirá información que es repetitiva y se estará saturando de lo mismo, de allí que, la tesis utilizó dichos libros sobre la información en común al tópico, colocando libros relevantes, y en los casos en que no fue relevante se entendió que **ya está saturado y que las siguientes informaciones son repetitivas y no son dignas de seguir colocando en el marco teórico.**

2.6. TÉCNICAS Y/O INSTRUMENTOS DE RECOLECCIÓN DE DATOS

2.6.1. Técnicas de recolección de datos

Se utilizó como técnica de investigación al análisis documental que consiste en analizar textos doctrinarios de los cuales se ha extraído información que resulte relevante para la presente investigación. El análisis documental es una operación basado en el conocimiento cognoscitivo que permite elaborar un documento primario mediante otras fuentes primarias o secundarias, las cuales actúan como intermediario o instrumento de búsqueda entre el documento original y el usuario que solicita información a fin comprobar una determinada hipótesis (Velázquez & Rey, 2010, p. 183).

2.6.2. Instrumentos de recolección de datos

Para el caso de nuestra investigación se utilizó las fichas textuales, de resumen y las bibliográficas a fin de recrear un marco teórico de acuerdo a las necesidades de la interpretación que demos de la realidad y de los textos.

2.7. PROCEDIMIENTOS DE LA INVESTIGACIÓN

Se ha recolectado información como ya se ha advertido a través de las fichas documentales: textuales, de resumen y bibliográficas, pero también fue mediante un análisis formalizado o de contenido, esto es que para que se pueda disminuir la subjetividad y consecuentemente la interpretación nos dirigiremos a analizar propiedades exclusivas y más importantes de cada variable para sistematizarla y formar un marco teórico sustentable (Velázquez & Rey, 2010, p. 184), saturado y coherente. De allí que utilizamos el siguiente esquema:

<p>FICHA TEXTUAL o RESUMEN: Subtítulo del tema (tópico dirigido para saturar información)</p> <p>DATOS GENERALES: Nombre completos del autor. (año). Título del libro o artículo. Edición, Volumen o Tomo. Lugar de edición: Editorial. Página; en caso de ser necesario colocar el link del libro virtual.</p> <p>CONTENIDO: “.....”</p>

2.8. TÉCNICAS Y ANÁLISIS DE DATOS

El procedimiento fue a través de la argumentación jurídica ya que cuando se trata de información documental, indudablemente existen premisas y conclusiones, de las cuales se debe observar una serie de propiedades, las cuales según Aranzamendi (2010, p. 112) debe ser: (a) Coherentemente lógico, basándose en premisas de antecedentes y conclusiones; (b) Razonable, que a través de motivaciones suficientemente justificables se llega a conclusiones materiales y formales; (c) idóneo, las premisas deben tener y mantener una posición; y (d) Claro, que no lleve a un tipo de interpretación ambigua o que se preste a múltiples interpretaciones, sino que sea una información conclusiva entendible.

Entonces, todos los datos y el procesamiento de datos han partido de diversos textos, diremos que la argumentación para la presente tesis se entendió como: “(...) secuencia de razonamientos, incluyendo explicaciones (...) [con] una función persuasiva dirigida a un determinado oponente o antagonista intelectual (...)” (Maletta, 2011, pp.203-204), cuya estructura será: (1) premisa mayor, (2) premisa menor y (3) conclusión, las cuales permitirán a través de conexiones lógicas y principios lógicos argumentar para contrastar las hipótesis planteadas.

CAPITULO III

RESULTADOS

3.1. RESULTADOS DE LA HIPÓTESIS UNO

Los resultados en relación a la hipótesis uno: “La capacidad de ejercicio que brinda mayor seguridad sobre contraer matrimonio para el Estado peruano es el modelo jurídico consuetudinario.”; fueron los siguientes:

PRIMERO.- La capacidad jurídica tiene una serie de definiciones, por la cual los tesisistas nos inclinamos a extraer lo mejor de cada una de ellas a fin de obtener el mejor resultado y comprensión sobre éstas, de allí es que afirmaremos lo siguiente: “La capacidad jurídica es un derecho inherente a la persona, la cual tiene el propósito de mejorar, desarrollar y desenvolver su personalidad en el mundo a través del ejercicio responsable de derechos y deberes que el ordenamiento ha impuesto, y en caso de no hacerlo someterse a las sanciones respectivas, las cuales incluyen en algunos casos hasta las morales que pudiera demandar su sociedad.

SEGUNDO.- La determinación de la capacidad jurídica ordinaria depende de los criterios que asigne un ordenamiento jurídico, a fin de que pueda ejercerse con responsabilidad, pues en tanto no cumpla con dichos criterios es considerado una persona incapaz, asimismo, existen dos clasificaciones sobre la capacidad jurídica: (a) de goce y (b) de ejercicio.

Prima facie se advierte que, la capacidad de goce es el todo, mientras que la de ejercicio es la parte, siendo más preciso, toda persona tiene capacidad de goce, es decir, que lleva de por sí

una gama de derechos inherentes a él, por el mero hecho de ser persona, como el Derecho a la vida, a la libertad, a la intimidad, a la dignidad, etc., empero la capacidad de ejercicio es limitado, porque pese a tener la capacidad de goce no puede realizar o ejecutar derechos que le asisten si no cumple una serie de requisitos, por ejemplo, la de ejercer una representación civil, ser tutor o curador, casarse, realizar un testamento, ser representante legal, ser elegido como presidente o incluso votar en los días de sufragio, etc.

TERCERO.- Acorde a la doctrina, el concepto jurídico “capacidad de ejercicio”, también ha sido debatida y discutida, siendo por ejemplo que, para Perciante viene a ser esa actitud legal de ejercer sus derechos a favor o en contra de múltiples actos jurídicos; para Castro y Bravo es la cualidad de la persona que permite determinar la eficacia de sus actos que pueda darse en su vida cotidiana; para Aguirre es la aptitud de la persona de participar en diversos actos jurídicos sujeto a ser responsable de cada acto realizado, sin embargo, lo que determina en forma fáctica y jurídica es lo que el ordenamiento jurídico prescriba, es decir, acorde a la voluntad y soberanía que cada Estado establezca.

CUARTO.- Para el ejercicio de la capacidad, una persona debe cumplir una serie de requisitos, y como anteriormente ya se había expresado que su determinación está sujeto al ordenamiento jurídico, el Estado debe considerar pertinente cuando una persona adquiere una madurez emocional, física, psicológica, moral, académica e incluso espiritual a fin de que sea responsable de lo que está realizando frente a su sociedad; a lo dicho, el sistema jurídico peruano en el artículo 42 del Código Civil de 1984 prescribe que la capacidad de ejercicio se adquiere a los 18 años, salvo los que están dentro del artículo 43 y 44 del Código Civil.

QUINTO.- El artículo 43 y 44 del C.C. especifica la incapacidad absoluta y la relativa respectivamente en cada artículo, esto es que el ordenamiento jurídico peruano, en vez de darnos una definición o demarcación de quiénes son personas con capacidad de ejercicio, el legislador consigna una demarcación a la inversa, es decir, prescribe quienes no pueden ocupar o ejercer una capacidad de ejercicio, es decir, quienes están limitados a realizar una serie de actos jurídicos, si no es bajo una supervisión, entonces a razón de lo mencionado es que se analizará grosso modo lo que prescribe el Código Civil sobre los dispositivos jurídicos antes mencionados.

El artículo 43 del C.C. establece sólo una condición en la que una persona no puede ejercer su capacidad de ejercicio frente a su sociedad, el cual es: El menor de 16 años de edad, con excepción que la misma ley lo permita, y dichas excepciones están establecidas según nuestro ordenamiento jurídico en los artículos: 455, 456, 457, 458 y 1358, esto cuando el menor de edad en todos los casos cuenta con discernimiento, pero traslucida en diferentes actividades, tales como: (1) se trate de aceptar o rechazar herencias, (2) aceptar o rechazar obligaciones derechos cuando los padres ratifiquen su acto o lo hallan afirmado expresamente, (3) a contraer un trabajo o alguna subordinación que le sea factible en su ejercicio regular, (4) cuando haya ocasionado daños civiles y (5) cuando el menor de edad necesite realizar contratos que son de actividad en su vida cotidiana –es decir, de una actividad con la cual ya subsista y sea agente responsable sobre lo que hace-; en los demás casos, el menor de edad es un incapaz absoluto.

El artículo 44 del C.C., acorde al año 2018, los incisos derogados fueron 2 y 3, asimismo se incorporó un inciso 9 la cual prescribe: “Las personas que se encuentren en estado de coma, siempre que no hubiera designado un apoyo con anterioridad”, con ello trata de decirnos que si

hubiera designado a representante, dicha persona en estado de coma no sería un incapaz relativo, sino quien a través de su representante tiene capacidad de ejercicio; ahora bien en los demás casos, esto es con los incisos 1, 4, 5, 6, 7 y 8 , es decir, los mayores de 16, pero menores de 18, los que son pródigos, los que realizan mala gestión, ebrios habituales, toxicómanos o los que tienen interdicción civil, no pueden ejercer su capacidad civil, en tanto necesitan de un tutor, curador o salvaguarda a fin de que se realice dicha persona los actos jurídicos necesarios.

SEXTO.- La personalidad jurídica se diferencia de la capacidad, en tanto, el primero no requiere que el ordenamiento jurídico le atribuya o asigne cualidades o requisitos a fin de que se le considere persona, sino que es necesario que, basta ser un hombre (varón o mujer) o en todo caso concebido para ser tratado como sujeto de derecho, muy semejante al goce, sólo que éste último se trasluce en el ejercicio de los derechos que brinda el ordenamiento jurídico, mientras la personalidad es la inherencia de ser tratado como un sujeto de derecho; sin embargo, la capacidad jurídica si está limitado por una serie de requisitos que el ordenamiento jurídico establezca.

SÉPTIMO.- El Derecho Consuetudinario no viene a ser otra cosa que el conjunto de costumbres jurídicas de una determinada sociedad (tribu, pueblo, comunidad, grupo étnico, etc.), las cuales tienen un fundamento más antropológico y sociológico que jurídico; asimismo, tiene dos naturalezas o razones de ser, la primera se comprende un entrelazado o comunión entre costumbres jurídicas y el ordenamiento jurídico, pero en la que las costumbres están sujetas al ordenamiento, mientras que la segunda postura asevera una total independencia a las costumbres, donde el Estado no puede intervenir bajo ningún motivo; en esa línea, el ordenamiento jurídico en el artículo 149 de la Constitución Política del Perú, ha establecido que las rondas Campesinas y

Nativas tienen autonomía en su forma de juzgar, siempre en cuando no trasgreda los derechos fundamentales.

OCTAVO.- La determinación de un pueblo indígena (originario o nativo) está basado en dos criterios: (a) objetivo y (b) subjetivo, el primer criterio está basado en que se tenga: (1) una descendencia directa, (2) práctica continua sobre los vínculos culturales, espirituales o históricos inherentes a ellos, (3) cuenten con instituciones jurídicas propias o costumbres arraigadas para ellos mismos y (4) actúen con patrones culturales o modos de vida distintos a los de la cultura nacional urbana.

El criterio subjetivo está referido al vínculo intrínseco a la conciencia del pueblo, éste criterio es quizás el más fuerte, porque implica ser perteneciente a una determinada cultura, es decir, sentirse parte de..., por esa razón pudiera cumplir los requisitos objetivos, pero nunca sentirse parte de..., por ello es que el juez o cualquier operador del Derecho debe observar éste asunto.

NOVENO.- El matrimonio según el Derecho Consuetudinario, implica que varía de acuerdo a lo que establece una determinada comunidad indígena, de tal suerte que, tenemos a los matrimonios de la comunidades indígenas de los Ashánincas y Campas, siendo que en el primer caso, la poligamia es aceptada, sin embargo, ellos entienden que el varón tiene y debe tener la capacidad de proteger tanto física y económicamente a cada esposa, ya que entienden que el hogar implica resguardo contra los enemigos, los animales, fuente de alimentos y protección, para culminar, quien elige a su esposa es el hombre.

Para los Campas, el matrimonio es monogámico, vínculo que sólo puede darse entre el varón y la mujer del mismo grupo, asimismo los roles ya están preestablecidos, esto que es el hombre se dedica a realizar trabajos en la chacra, a la actividad de la caza donde obligatoriamente van con los niños a realizar esas mismas actividades e incluso creación de instrumentos y realización de casas, a fin de que sean cada vez más aptos en su actividad de supervivencia; en el caso de la mujer, se dedican más a las labores domésticas, esto es, a preparar alimentos, criar y educar a los hijos, consigue alimentos que no requieran mucho esfuerzo, confeccionan vestidos y finalmente preparan a las mujeres para asumir roles de mujer y sean esposas algún día, culminando, el padre de la novia es quién da aprobación sobre el futuro esposo.

3.2. RESULTADOS DE LA HIPÓTESIS DOS

Los resultados en relación a la hipótesis dos: “La capacidad de ejercicio que brinda mayor seguridad sobre el derecho de propiedad para el Estado peruano es el modelo jurídico consuetudinario”; fueron los siguientes:

PRIMERO.- La capacidad jurídica tiene una serie de definiciones, por la cual los tesisistas nos inclinamos a extraer lo mejor de cada una de ellas a fin de obtener el mejor resultado y comprensión sobre éstas, de allí es que afirmaremos lo siguiente: “La capacidad jurídica es un derecho inherente a la persona, la cual tiene el propósito de mejorar, desarrollar y desenvolver su personalidad en el mundo a través del ejercicio responsable de derechos y deberes que el ordenamiento ha impuesto, y en caso de no hacerlo someterse a las sanciones respectivas, las cuales incluyen en algunos casos hasta las morales que pudiera demandar su sociedad.

SEGUNDO.- La determinación de la capacidad jurídica ordinaria depende de los criterios que asigne un ordenamiento jurídico, a fin de que pueda ejercerse con responsabilidad, pues en tanto no cumpla con dichos criterios es considerado una persona incapaz, asimismo, existen dos clasificaciones sobre la capacidad jurídica: (a) de goce y (b) de ejercicio.

Primera face se advierte que, la capacidad de goce es el todo, mientras que la de ejercicio es la parte, siendo más preciso, toda persona tiene capacidad de goce, es decir, que lleva de por sí una gama de derechos inherentes a él, por el mero hecho de ser persona, como el Derecho a la vida, a la libertad, a la intimidad, a la dignidad, etc., empero la capacidad de ejercicio es limitado, porque pese a tener la capacidad de goce no puede realizar o ejecutar derechos que le asisten si no cumple una serie de requisitos, por ejemplo, la de ejercer una representación civil, ser tutor o curador, casarse, realizar un testamento, ser representante legal, ser elegido como presidente o incluso votar en los días de sufragio, etc.

TERCERO.- Acorde a la doctrina, el concepto jurídico “capacidad de ejercicio”, también ha sido debatida y discutida, siendo por ejemplo que, para Perciante viene a ser esa actitud legal de ejercer sus derechos a favor o en contra de múltiples actos jurídicos; para Castro y Bravo es la cualidad de la persona que permite determinar la eficacia de sus actos que pueda darse en su vida cotidiana; para Aguirre es la aptitud de la persona de participar en diversos actos jurídicos sujeto a ser responsable de cada acto realizado, sin embargo, lo que determina en forma fáctica y jurídica es lo que el ordenamiento jurídico prescriba, es decir, acorde a la voluntad y soberanía que cada Estado establezca.

CUARTO.- Para el ejercicio de la capacidad, una persona debe cumplir una serie de requisitos, y como anteriormente ya se había expresado que su determinación está sujeto al ordenamiento jurídico, el Estado debe considerar pertinente cuando una persona adquiere una madurez emocional, física, psicológica, moral, académica e incluso espiritual a fin de que sea responsable de lo que está realizando frente a su sociedad; a lo dicho, el sistema jurídico peruano en el artículo 42 del Código Civil de 1984 prescribe que la capacidad de ejercicio se adquiere a los 18 años, salvo los que están dentro del artículo 43 y 44 del Código Civil.

QUINTO.- El artículo 43 y 44 del C.C. especifica la incapacidad absoluta y la relativa respectivamente en cada artículo, esto es que el ordenamiento jurídico peruano, en vez de darnos una definición o demarcación de quiénes son personas con capacidad de ejercicio, el legislador consigna una demarcación a la inversa, es decir, prescribe quienes no pueden ocupar o ejercer una capacidad de ejercicio, es decir, quienes están limitados a realizar una serie de actos jurídicos, si no es bajo una supervisión, entonces a razón de lo mencionado es que se analizará a groso modo lo que prescribe el Código Civil sobre los dispositivos jurídicos antes mencionados.

El artículo 43 del C.C. establece sólo una condición en la que una persona no puede ejercer su capacidad de ejercicio frente a su sociedad, el cual es: El menor de 16 años de edad, con excepción que la misma ley lo permita, y dichas excepciones están establecidas según nuestro ordenamiento jurídico en los artículos: 455, 456, 457, 458 y 1358, esto cuando el menor de edad en todos los casos cuenta con discernimiento, pero traslucida en diferentes actividades, tales como: (1) se trate de aceptar o rechazar herencias, (2) aceptar o rechazar obligaciones derechos cuando los padres ratifiquen su acto o lo hallan afirmado expresamente, (3) a contraer un trabajo o alguna

subordinación que le sea factible en su ejercicio regular, (4) cuando haya ocasionado daños civiles y (5) cuando el menor de edad necesite realizar contratos que son de actividad en su vida cotidiana —es decir, de una actividad con la cual ya subsista y se agente responsable sobre lo que hace; en los demás casos, el menor de edad es un incapaz absoluto.

El artículo 44 del C.C., acorde al año 2018, los incisos derogados fueron 2 y 3, asimismo se incorporó un inciso 9 la cual prescribe: “Las personas que se encuentren en estado de coma, siempre que no hubiera designado un apoyo con anterioridad”, con ello trata de decirnos que si hubiera designado a representante, dicha persona en estado de coma no sería un incapaz relativo, sino quien a través de su representante tiene capacidad de ejercicio; ahora bien en los demás casos, esto es con los incisos 1, 4, 5, 6, 7 y 8 , es decir, los mayores de 16, pero menores de 18, los que son pródigos, los que realizan mala gestión, ebrios habituales, toxicómanos o los que tienen interdicción civil, no pueden ejercer su capacidad civil, en tanto necesitan de un tutor, curador o salvaguarda a fin de que se realice dicha persona los actos jurídicos necesarios.

SEXTO.- La personalidad jurídica se diferencia de la capacidad, en tanto, el primero no requiere que el ordenamiento jurídico le atribuya o asigne cualidades o requisitos a fin de que se le considere persona, sino que es necesario que basta haber ser un hombre (varón o mujer) o en todo caso concebido para ser tratado como sujeto de derecho, muy semejante al goce, sólo que éste último se trasluce en el ejercicio de los derechos que brinda le ordenamiento jurídico, mientras la personalidad es la inherencia de ser tratado como un sujeto de derecho; sin embargo, la capacidad jurídica si está limitado por una serie de requisitos que el ordenamiento jurídico establezca.

SÉPTIMO.- El Derecho Consuetudinario no viene a ser otra cosa que el conjunto de costumbres jurídicas de una determinada sociedad (tribu, pueblo, comunidad, grupo étnico, etc.), las cuales tienen un fundamento más antropológico y sociológico que jurídico; asimismo, tiene dos naturalezas o razones de ser, la primera se comprende un entrelazado o comunión entre costumbres jurídicas y el ordenamiento jurídico, pero en la que las costumbres están sujetas al ordenamiento, mientras que la segunda postura asevera una total independencia a las costumbres, donde el Estado no puede intervenir bajo ningún motivo; en esa línea, el ordenamiento jurídico en el artículo 149 de la Constitución Política del Perú, ha establecido que las rondas Campesinas y Nativas tienen autonomía en su forma de juzgar, siempre en cuando no trasgreda los derechos fundamentales.

OCTAVO.- La determinación de un pueblo indígena (originario o nativo) está basado en dos criterios: (a) objetivo y (b) subjetivo, el primer criterio está basado en que se tenga: (1) una descendencia directa, (2) práctica continua sobre los vínculos culturales, espirituales o históricos inherentes a ellos, (3) cuenten con instituciones jurídicas propias o costumbres arraigadas para ellos mismos y (4) actúen con patrones culturales o modos de vida distintos a los de la cultura nacional urbana.

El criterio subjetivo está referido al vínculo intrínseco a la conciencia del pueblo, éste criterio es quizás el más fuerte, porque implica ser perteneciente a una determinada cultura, es decir, sentirse parte de..., por esa razón pudiera cumplir los requisitos objetivos, pero nunca sentirse parte de..., por ello es que el juez o cualquier operador del Derecho debe observar éste asunto.

NOVENO.- La propiedad según los pueblos indígenas, no tiene la calidad de tierra privada o acumulación de bienes, sino que para ellos existe la noción de compartir, es decir, la tratan como un universo compartido, no fraccionado a la cual pertenece obligatoriamente a una persona, ellos más lo entienden como un lugar ocupacional, pues si se trasladan de un lugar a otro, es allí donde toman otro lugar ocupacional; por ello es que, los indígenas guardan la óptica de que los recursos que ofrece la naturaleza deben ser bien administradas, pues ello propiamente no les pertenece.

3.3. RESULTADOS DE LA HIPÓTESIS TRES

Los resultados en relación a la hipótesis tres: “La capacidad de ejercicio que brinda mayor seguridad sobre el derecho a elegir y ser elegido para el Estado peruano **es el modelo jurídico consuetudinario**”; fueron los siguientes:

PRIMERO.- La capacidad jurídica tiene una serie de definiciones, por la cual los tesisistas nos inclinamos a extraer lo mejor de cada una de ellas a fin de obtener el mejor resultado y comprensión sobre éstas, de allí es que afirmaremos lo siguiente: “La capacidad jurídica es un derecho inherente a la persona, la cual tiene el propósito de mejorar, desarrollar y desenvolver su personalidad en el mundo a través del ejercicio responsable de derechos y deberes que el ordenamiento ha impuesto, y en caso de no hacerlo someterse a las sanciones respectivas, las cuales incluyen en algunos casos hasta las morales que pudiera demandar su sociedad.

SEGUNDO.- La determinación de la capacidad jurídica ordinaria depende de los criterios que asigne un ordenamiento jurídico, a fin de que pueda ejercerse con responsabilidad, pues en

tanto no cumpla con dichos criterios es considerado una persona incapaz, asimismo, existen dos clasificaciones sobre la capacidad jurídica: (a) de goce y (b) de ejercicio.

Primera face se advierte que, la capacidad de goce es el todo, mientras que la de ejercicio es la parte, siendo más preciso, toda persona tiene capacidad de goce, es decir, que lleva de por sí una gama de derechos inherentes a él, por el mero hecho de ser persona, como el Derecho a la vida, a la libertad, a la intimidad, a la dignidad, etc., empero la capacidad de ejercicio es limitado, porque pese a tener la capacidad de goce no puede realizar o ejecutar derechos que le asisten si no cumple una serie de requisitos, por ejemplo, la de ejercer una representación civil, ser tutor o curador, casarse, realizar un testamento, ser representante legal, ser elegido como presidente o incluso votar en los días de sufragio, etc.

TERCERO.- Acorde a la doctrina, el concepto jurídico “capacidad de ejercicio”, también ha sido debatida y discutida, siendo por ejemplo que, para Perciante viene a ser esa actitud legal de ejercer sus derechos a favor o en contra de múltiples actos jurídicos; para Castro y Bravo es la cualidad de la persona que permite determinar la eficacia de sus actos que pueda darse en su vida cotidiana; para Aguirre es la aptitud de la persona de participar en diversos actos jurídicos sujeto a ser responsable de cada acto realizado, sin embargo, lo que determina en forma fáctica y jurídica es lo que el ordenamiento jurídico prescriba, es decir, acorde a la voluntad y soberanía que cada Estado establezca.

CUARTO.- Para el ejercicio de la capacidad, una persona debe cumplir una serie de requisitos, y como anteriormente ya se había expresado que su determinación está sujeto al

ordenamiento jurídico, el Estado debe considerar pertinente cuando una persona adquiere una madurez emocional, física, psicológica, moral, académica e incluso espiritual a fin de que sea responsable de lo que está realizando frente a su sociedad; a lo dicho, el sistema jurídico peruano en el artículo 42 del Código Civil de 1984 prescribe que la capacidad de ejercicio se adquiere a los 18 años, salvo los que están dentro del artículo 43 y 44 del Código Civil.

QUINTO.- El artículo 43 y 44 del C.C. especifica la incapacidad absoluta y la relativa respectivamente en cada artículo, esto es que el ordenamiento jurídico peruano, en vez de darnos una definición o demarcación de quiénes son personas con capacidad de ejercicio, el legislador consigna una demarcación a la inversa, es decir, prescribe quienes no pueden ocupar o ejercer una capacidad de ejercicio, es decir, quienes están limitados a realizar una serie de actos jurídicos, si no es bajo una supervisión, entonces a razón de lo mencionado es que se analizará a groso modo lo que prescribe el Código Civil sobre los dispositivos jurídicos antes mencionados.

El artículo 43 del C.C. establece sólo una condición en la que una persona no puede ejercer su capacidad de ejercicio frente a su sociedad, el cual es: El menor de 16 años de edad, con excepción que la misma ley lo permita, y dichas excepciones están establecidas según nuestro ordenamiento jurídico en los artículos: 455, 456, 457, 458 y 1358, esto cuando el menor de edad en todos los casos cuenta con discernimiento, pero traslucida en diferentes actividades, tales como: (1) se trate de aceptar o rechazar herencias, (2) aceptar o rechazar obligaciones derechos cuando los padres ratifiquen su acto o lo hallan afirmado expresamente, (3) a contraer un trabajo o alguna subordinación que le sea factible en su ejercicio regular, (4) cuando haya ocasionado daños civiles y (5) cuando el menor de edad necesite realizar contratos que son de actividad en su vida cotidiana

—es decir, de una actividad con la cual ya subsista y sea agente responsable sobre lo que hace-; en los demás casos, el menor de edad es un incapaz absoluto.

El artículo 44 del C.C., acorde al año 2018, los incisos derogados fueron 2 y 3, asimismo se incorporó un inciso 9 la cual prescribe: “Las personas que se encuentren en estado de coma, siempre que no hubiera designado un apoyo con anterioridad”, con ello trata de decirnos que si hubiera designado a representante, dicha persona en estado de coma no sería un incapaz relativo, sino quien a través de su representante tiene capacidad de ejercicio; ahora bien en los demás casos, esto es con los incisos 1, 4, 5, 6, 7 y 8 , es decir, los mayores de 16, pero menores de 18, los que son pródigos, los que realizan mala gestión, ebrios habituales, toxicómanos o los que tienen interdicción civil, no pueden ejercer su capacidad civil, en tanto necesitan de un tutor, curador o salvaguarda a fin de que se realice dicha persona los actos jurídicos necesarios.

SSEXTO.- La personalidad jurídica se diferencia de la capacidad, en tanto, el primero no requiere que el ordenamiento jurídico le atribuya o asigne cualidades o requisitos a fin de que se le considere persona, sino que basta ser un hombre (varón o mujer) o en todo caso concebido para ser tratado como sujeto de derecho, muy semejante al goce, sólo que éste último se trasluce en el ejercicio de los derechos que brinda el ordenamiento jurídico, mientras la personalidad es la inherencia de ser tratado como un sujeto de derecho; sin embargo, la capacidad jurídica si está limitado por una serie de requisitos que el ordenamiento jurídico establezca.

SÉPTIMO.- El Derecho Consuetudinario no viene a ser otra cosa que el conjunto de costumbres jurídicas de una determinada sociedad (tribu, pueblo, comunidad, grupo étnico, etc.),

las cuales tienen un fundamento más antropológico y sociológico que jurídico; asimismo, tiene dos naturalezas o razones de ser, la primera se comprende un entrelazado o comunión entre costumbres jurídicas y el ordenamiento jurídico, pero en la que las costumbres están sujetas al ordenamiento, mientras que la segunda postura asevera una total independencia a las costumbres, donde el Estado no puede intervenir bajo ningún motivo; en esa línea, el ordenamiento jurídico en el artículo 149 de la Constitución Política del Perú, ha establecido que las rondas Campesinas y Nativas tienen autonomía en su forma de juzgar, siempre en cuando no trasgreda los derechos fundamentales.

OCTAVO.- La determinación de un pueblo indígena (originario o nativo) está basado en dos criterios: (a) objetivo y (b) subjetivo, el primer criterio está basado en que se tenga: (1) una descendencia directa, (2) práctica continua sobre los vínculos culturales, espirituales o históricos inherentes a ellos, (3) cuenten con instituciones jurídicas propias o costumbres arraigadas para ellos mismos y (4) actúen con patrones culturales o modos de vida distintos a los de la cultura nacional urbana.

El criterio subjetivo está referido al vínculo intrínseco a la conciencia del pueblo, éste criterio es quizás el más fuerte, porque implica ser perteneciente a una determinada cultura, es decir, sentirse parte de..., por esa razón pudiera cumplir los requisitos objetivos, pero nunca sentirse parte de..., por ello es que el juez o cualquier operador del Derecho debe observar éste asunto.

NOVENO.- La participación respecto a la votación o decisiones que afectarán al pueblo en una comunidad indígena tiene que ver con una participación en conjunto, esto es que sin importar la edad o el grado de instrucción (claro salvo excepciones) el acuerdo para un determinado acto siempre será en consenso, porque su sistema de vida adopta decisiones de nuevas responsabilidades, en las que cada uno debe asumir roles a fin de que la comunidad siempre salga en beneficio, más no solamente el beneficio de algunos cuantos.

3.4. RESULTADOS DE LA HIPÓTESIS CUATRO

Los resultados en relación a la hipótesis cuatro: “La capacidad de ejercicio que brinda mayor seguridad respecto a los derechos, deberes y obligaciones para el Estado peruano **es el modelo jurídico consuetudinario**”; fueron los siguientes:

PRIMERO.- La capacidad jurídica tiene una serie de definiciones, por la cual los tesisistas nos inclinamos a extraer lo mejor de cada una de ellas a fin de obtener el mejor resultado y comprensión sobre éstas, de allí es que afirmaremos lo siguiente: “La capacidad jurídica es un derecho inherente a la persona, la cual tiene el propósito de mejorar, desarrollar y desenvolver su personalidad en el mundo a través del ejercicio responsable de derechos y deberes que el ordenamiento ha impuesto, y en caso de no hacerlo someterse a las sanciones respectivas, las cuales incluyen en algunos casos hasta las morales que pudiera demandar su sociedad.

SEGUNDO.- La determinación de la capacidad jurídica ordinaria depende de los criterios que asigne un ordenamiento jurídico, a fin de que pueda ejercerse con responsabilidad, pues en

tanto no cumpla con dichos criterios es considerado una persona incapaz, asimismo, existen dos clasificaciones sobre la capacidad jurídica: (a) de goce y (b) de ejercicio.

Prima facie se advierte que, la capacidad de goce es el todo, mientras que la de ejercicio es la parte, siendo más preciso, toda persona tiene capacidad de goce, es decir, que lleva de por sí una gama de derechos inherentes a él, por el mero hecho de ser persona, como el Derecho a la vida, a la libertad, a la intimidad, a la dignidad, etc., empero la capacidad de ejercicio es limitado, porque pese a tener la capacidad de goce no puede realizar o ejecutar derechos que le asisten si no cumple una serie de requisitos, por ejemplo, la de ejercer una representación civil, ser tutor o curador, casarse, realizar un testamento, ser representante legal, ser elegido como presidente o incluso votar en los días de sufragio, etc.

TERCERO.- Acorde a la doctrina, el concepto jurídico “capacidad de ejercicio”, también ha sido debatida y discutida, siendo por ejemplo que, para Perciante viene a ser esa actitud legal de ejercer sus derechos a favor o en contra de múltiples actos jurídicos; para Castro y Bravo es la cualidad de la persona que permite determinar la eficacia de sus actos que pueda darse en su vida cotidiana; para Aguirre es la aptitud de la persona de participar en diversos actos jurídicos sujeto a ser responsable de cada acto realizado, sin embargo, lo que determina en forma fáctica y jurídica es lo que el ordenamiento jurídico prescriba, es decir, acorde a la voluntad y soberanía que cada Estado establezca.

CUARTO.- Para el ejercicio de la capacidad, una persona debe cumplir una serie de requisitos, y como anteriormente ya se había expresado que su determinación está sujeto al

ordenamiento jurídico, el Estado debe considerar pertinente cuando una persona adquiere una madurez emocional, física, psicológica, moral, académica e incluso espiritual a fin de que sea responsable de lo que está realizando frente a su sociedad; a lo dicho, el sistema jurídico peruano en el artículo 42 del Código Civil de 1984 prescribe que la capacidad de ejercicio se adquiere a los 18 años, salvo los que están dentro del artículo 43 y 44 del Código Civil.

QUINTO.- El artículo 43 y 44 del C.C. especifica la incapacidad absoluta y la relativa respectivamente en cada artículo, esto es que el ordenamiento jurídico peruano, en vez de darnos una definición o demarcación de quiénes son personas con capacidad de ejercicio, el legislador consigna una demarcación a la inversa, es decir, prescribe quienes no pueden ocupar o ejercer una capacidad de ejercicio, es decir, quienes están limitados a realizar una serie de actos jurídicos, si no es bajo una supervisión, entonces a razón de lo mencionado es que se analizará grosso modo lo que prescribe el Código Civil sobre los dispositivos jurídicos antes mencionados.

El artículo 43 del C.C. establece sólo una condición en la que una persona no puede ejercer su capacidad de ejercicio frente a su sociedad, el cual es: El menor de 16 años de edad, con excepción que la misma ley lo permita, y dichas excepciones están establecidas según nuestro ordenamiento jurídico en los artículos: 455, 456, 457, 458 y 1358, esto cuando el menor de edad en todos los casos cuenta con discernimiento, pero traslucida en diferentes actividades, tales como: (1) se trate de aceptar o rechazar herencias, (2) aceptar o rechazar obligaciones derechos cuando los padres ratifiquen su acto o lo hallan afirmado expresamente, (3) a contraer un trabajo o alguna subordinación que le sea factible en su ejercicio regular, (4) cuando haya ocasionado daños civiles y (5) cuando el menor de edad necesite realizar contratos que son de actividad en su vida cotidiana

—es decir, de una actividad con la cual ya subsista y se agente responsable sobre lo que hace-; en los demás casos, el menor de edad es un incapaz absoluto.

El artículo 44 del C.C., acorde al año 2018, los incisos derogados fueron 2 y 3, asimismo se incorporó un inciso 9 la cual prescribe: “Las personas que se encuentren en estado de coma, siempre que no hubiera designado un apoyo con anterioridad”, con ello trata de decirnos que si hubiera designado a representante, dicha persona en estado de coma no sería un incapaz relativo, sino quien a través de su representante tiene capacidad de ejercicio; ahora bien en los demás casos, esto es con los incisos 1, 4, 5, 6, 7 y 8 , es decir, los mayores de 16, pero menores de 18, los que son pródigos, los que realizan mala gestión, ebrios habituales, toxicómanos o los que tienen interdicción civil, no pueden ejercer su capacidad civil, en tanto necesitan de un tutor, curador o salvaguarda a fin de que se realice dicha persona los actos jurídicos necesarios.

SSEXTO.- La personalidad jurídica se diferencia de la capacidad, en tanto, el primero no requiere que el ordenamiento jurídico le atribuya o asigne cualidades o requisitos a fin de que se le considere persona, sino que es necesario que basta haber ser un hombre (varón o mujer) o en todo caso concebido para ser tratado como sujeto de derecho, muy semejante al goce, sólo que éste último se trasluce en el ejercicio de los derechos que brinda le ordenamiento jurídico, mientras la personalidad es la inherencia de ser tratado como un sujeto de derecho; sin embargo, la capacidad jurídica si está limitado por una serie de requisitos que el ordenamiento jurídico establezca.

SÉPTIMO.- El Derecho Consuetudinario no viene a ser otra cosa que el conjunto de costumbres jurídicas de una determinada sociedad (tribu, pueblo, comunidad, grupo étnico, etc.),

las cuales tienen un fundamento más antropológico y sociológico que jurídico; asimismo, tiene dos naturalezas o razones de ser, la primera se comprende un entrelazado o comunión entre costumbres jurídicas y el ordenamiento jurídico, pero en la que las costumbres están sujetas al ordenamiento, mientras que la segunda postura asevera una total independencia a las costumbres, donde el Estado no puede intervenir bajo ningún motivo; en esa línea, el ordenamiento jurídico en el artículo 149 de la Constitución Política del Perú, ha establecido que las rondas Campesinas y Nativas tienen autonomía en su forma de juzgar, siempre en cuando no trasgreda los derechos fundamentales.

OCTAVO.- La determinación de un pueblo indígena (originario o nativo) está basado en dos criterios: (a) objetivo y (b) subjetivo, el primer criterio está basado en que se tenga: (1) una descendencia directa, (2) práctica continua sobre los vínculos culturales, espirituales o históricos inherentes a ellos, (3) cuenten con instituciones jurídicas propias o costumbres arraigadas para ellos mismos y (4) actúen con patrones culturales o modos de vida distintos a los de la cultura nacional urbana.

El criterio subjetivo está referido al vínculo intrínseco a la conciencia del pueblo, éste criterio es quizás el más fuerte, porque implica ser perteneciente a una determinada cultura, es decir, sentirse parte de..., por esa razón pudiera cumplir los requisitos objetivos, pero nunca sentirse parte de..., por ello es que el juez o cualquier operador del Derecho debe observar éste asunto.

NOVENO.- La capacidad de ejercicio en el Derecho Consuetudinario varia notablemente con la del Derecho Ordinario (Positivista), por ejemplo, estrictamente las comunidades indígenas, no le denominan capacidad de ejercicio, sino que para ellos, implica la superación de pruebas de iniciación (ritos) a fin de probar que alcanzó el grado de madurez para ser un hombre o una mujer, con la cual recién puede obtener una serie de beneficios, pues es consciente de que a partir de la superación de ese rito es sujeto a una gama Derechos y a Deberes en la misma preponderancia.

Ejercer el privilegio de una gama derecho, que sólo un hombre o una mujer tras haber pasado una serie de rituales es independiente a la edad, sino en sentido estricto a la capacidad de asumir responsabilidades, el cual es cumplir las obligaciones de manera idónea de mujer o varón ante su familia y comunidad, además ha probado su destreza de supervivencia y protección, demostrando en muchos caso que en una edad muy temprana demuestran que pueden hacerse cargo de sí mismos, añadiendo que la edad juega un papel importante, en tanto, mientras más adulto mayor sea la persona, de mayor prestigio goza.

3.5. RESULTADOS DE LA HIPÓTESIS CINCO

Los resultados en relación a la hipótesis cinco: “La capacidad de ejercicio que brinda mayor seguridad sobre la administración de justicia para el Estado peruano **es el modelo jurídico consuetudinario**”; fueron los siguientes:

PRIMERO.- La capacidad jurídica tiene una serie de definiciones, por la cual los tesisistas nos inclinamos a extraer lo mejor de cada una de ellas a fin de obtener el mejor resultado y comprensión sobre éstas, de allí es que afirmaremos lo siguiente: “La capacidad jurídica es un

derecho inherente a la persona, la cual tiene el propósito de mejorar, desarrollar y desenvolver su personalidad en el mundo a través del ejercicio responsable de derechos y deberes que el ordenamiento ha impuesto, y en caso de no hacerlo someterse a las sanciones respectivas, las cuales incluyen en algunos casos hasta las morales que pudiera demandar su sociedad.

SEGUNDO.- La determinación de la capacidad jurídica ordinaria depende de los criterios que asigne un ordenamiento jurídico, a fin de que pueda ejercerse con responsabilidad, pues en tanto no cumpla con dichos criterios es considerado una persona incapaz, asimismo, existen dos clasificaciones sobre la capacidad jurídica: (a) de goce y (b) de ejercicio.

Prima facie se advierte que, la capacidad de goce es el todo, mientras que la de ejercicio es la parte, siendo más preciso, toda persona tiene capacidad de goce, es decir, que lleva de por sí una gama de derechos inherentes a él, por el mero hecho de ser persona, como el Derecho a la vida, a la libertad, a la intimidad, a la dignidad, etc., empero la capacidad de ejercicio es limitado, porque pese a tener la capacidad de goce no puede realizar o ejecutar derechos que le asisten si no cumple una serie de requisitos, por ejemplo, la de ejercer una representación civil, ser tutor o curador, casarse, realizar un testamento, ser representante legal, ser elegido como presidente o incluso votar en los días de sufragio, etc.

TERCERO.- Acorde a la doctrina, el concepto jurídico “capacidad de ejercicio”, también ha sido debatida y discutida, siendo por ejemplo que, para Perciante viene a ser esa actitud legal de ejercer sus derechos a favor o en contra de múltiples actos jurídicos; para Castro y Bravo es la cualidad de la persona que permite determinar la eficacia de sus actos que pueda darse en su vida

cotidiana; para Aguirre es la aptitud de la persona de participar en diversos actos jurídicos sujeto a ser responsable de cada acto realizado, sin embargo, lo que determina en forma fáctica y jurídica es lo que el ordenamiento jurídico prescriba, es decir, acorde a la voluntad y soberanía que cada Estado establezca.

CUARTO.- Para el ejercicio de la capacidad, una persona debe cumplir una serie de requisitos, y como anteriormente ya se había expresado que su determinación está sujeto al ordenamiento jurídico, el Estado debe considerar pertinente cuando una persona adquiere una madurez emocional, física, psicológica, moral, académica e incluso espiritual a fin de que sea responsable de lo que está realizando frente a su sociedad; a lo dicho, el sistema jurídico peruano en el artículo 42 del Código Civil de 1984 prescribe que la capacidad de ejercicio se adquiere a los 18 años, salvo los que están dentro del artículo 43 y 44 del Código Civil.

QUINTO.- El artículo 43 y 44 del C.C. especifica la incapacidad absoluta y la relativa respectivamente en cada artículo, esto es que el ordenamiento jurídico peruano, en vez de darnos una definición o demarcación de quiénes son personas con capacidad de ejercicio, el legislador consigna una demarcación a la inversa, es decir, prescribe quienes no pueden ocupar o ejercer una capacidad de ejercicio, es decir, quienes están limitados a realizar una serie de actos jurídicos, si no es bajo una supervisión, entonces a razón de lo mencionado es que se analizará grosso modo lo que prescribe el Código Civil sobre los dispositivos jurídicos antes mencionados.

El artículo 43 del C.C. establece sólo una condición en la que una persona no puede ejercer su capacidad de ejercicio frente a su sociedad, el cual es: El menor de 16 años de edad, con

excepción que la misma ley lo permita, y dichas excepciones están establecidas según nuestro ordenamiento jurídico en los artículos: 455, 456, 457, 458 y 1358, esto cuando el menor de edad en todos los casos cuenta con discernimiento, pero traslucida en diferentes actividades, tales como: (1) se trate de aceptar o rechazar herencias, (2) aceptar o rechazar obligaciones derechos cuando los padres ratifiquen su acto o lo hallan afirmado expresamente, (3) a contraer un trabajo o alguna subordinación que le sea factible en su ejercicio regular, (4) cuando haya ocasionado daños civiles y (5) cuando el menor de edad necesite realizar contratos que son de actividad en su vida cotidiana —es decir, de una actividad con la cual ya subsista y se agente responsable sobre lo que hace-; en los demás casos, el menor de edad es un incapaz absoluto.

El artículo 44 del C.C., acorde al año 2018, los incisos derogados fueron 2 y 3, asimismo se incorporó un inciso 9 la cual prescribe: “Las personas que se encuentren en estado de coma, siempre que no hubiera designado un apoyo con anterioridad”, con ello trata de decirnos que si hubiera designado a representante, dicha persona en estado de coma no sería un incapaz relativo, sino quien a través de su representante tiene capacidad de ejercicio; ahora bien en los demás casos, esto es con los incisos 1, 4, 5, 6, 7 y 8 , es decir, los mayores de 16, pero menores de 18, los que son pródigos, los que realizan mala gestión, ebrios habituales, toxicómanos o los que tienen interdicción civil, no pueden ejercer su capacidad civil, en tanto necesitan de un tutor, curador o salvaguarda a fin de que se realice dicha persona los actos jurídicos necesarios.

SEXTO.- La personalidad jurídica se diferencia de la capacidad, en tanto, el primero no requiere que el ordenamiento jurídico le atribuya o asigne cualidades o requisitos a fin de que se le considere persona, sino que es necesario que basta haber ser un hombre (varón o mujer) o en

todo caso concebido para ser tratado como sujeto de derecho, muy semejante al goce, sólo que éste último se trasluce en el ejercicio de los derechos que brinda el ordenamiento jurídico, mientras la personalidad es la inherencia de ser tratado como un sujeto de derecho; sin embargo, la capacidad jurídica si está limitado por una serie de requisitos que el ordenamiento jurídico establezca.

SÉPTIMO.- El Derecho Consuetudinario no viene a ser otra cosa que el conjunto de costumbres jurídicas de una determinada sociedad (tribu, pueblo, comunidad, grupo étnico, etc.), las cuales tienen un fundamento más antropológico y sociológico que jurídico; asimismo, tiene dos naturalezas o razones de ser, la primera se comprende un entrelazado o comunión entre costumbres jurídicas y el ordenamiento jurídico, pero en la que las costumbres están sujetas al ordenamiento, mientras que la segunda postura asevera una total independencia a las costumbres, donde el Estado no puede intervenir bajo ningún motivo; en esa línea, el ordenamiento jurídico en el artículo 149 de la Constitución Política del Perú, ha establecido que las rondas Campesinas y Nativas tienen autonomía en su forma de juzgar, siempre en cuando no trasgreda los derechos fundamentales.

OCTAVO.- La determinación de un pueblo indígena (originario o nativo) está basado en dos criterios: (a) objetivo y (b) subjetivo, el primer criterio está basado en que se tenga: (1) una descendencia directa, (2) práctica continua sobre los vínculos culturales, espirituales o históricos inherentes a ellos, (3) cuenten con instituciones jurídicas propias o costumbres arraigadas para ellos mismos y (4) actúen con patrones culturales o modos de vida distintos a los de la cultura nacional urbana.

El criterio subjetivo está referido al vínculo intrínseco a la conciencia del pueblo, éste criterio es quizás el más fuerte, porque implica ser perteneciente a una determinada cultura, es decir, sentirse parte de..., por esa razón pudiera cumplir los requisitos objetivos, pero nunca sentirse parte de..., por ello es que el juez o cualquier operador del Derecho debe observar éste asunto.

NOVENO.- La forma en cómo se administra justicia siempre debe hacerse en vista de todos o por la colectividad, no debe ser un asunto privado o administrado por un tercero imparcial, sino que debe ser sometido a las costumbres de la colectividad, por lo que, la sanción debe ser en conjunto; así como la fuerza económica está basado en la retribución y redistribución muy equitativa, siendo que el trabajo lo deben hacer todos, ello genera que se proteja con mayor y total cuidado los y sus recursos naturales, pues entienden que ella es su fuente de vida, por ello es que a todos les compete tomar decisiones y a todos le compete ser consultados cuando el Estado requiere que se realice una determinada obra que posiblemente valla en contra de su hábitat, de igual manera y sin indiferencia, sucede lo mismo con la administración de justicia, la cual no debe dejar cabos sueltos para que exista buena redistribución de lo que ellos consideren que será la mejor forma de otorgar sanciones o resolver un conflicto acorde a sus costumbres.

CAPÍTULO IV

ANÁLISIS Y DISCUSIÓN DE RESULTADOS

4.1. DISCUSIÓN DE LOS RESULTADOS DE LA HIPÓTESIS UNO

La discusión respecto a la hipótesis uno que es: “La capacidad de ejercicio que brinda mayor seguridad sobre contraer matrimonio para el Estado peruano **es el modelo jurídico consuetudinario**”; se puede concluir mediante los siguientes argumentos que:

PRIMERO.- La capacidad jurídica ordinaria (llamada también positivista) esta prestablecido bajo reglas de un ordenamiento jurídico, que en nuestra legislación es parametrado por los artículos 42, 43 y 44 del Código Civil de 1984, cuya principal característica es la edad, esto es la superación de los 18 años de edad (considerado como una madurez física y psicológica apropiada), siempre en cuando no tenga fallas en su discernimiento o que esté a cargo de los padres, tutores, curadores u otra persona que vele sus intereses; asimismo, se realiza excepciones para los menores de edad que tengan un discernimiento notorio y sean responsables de lo que manifiesta su voluntad, tal como lo prescriben los artículos 455, 456, 457, 458 y 1358 del Código Civil.

SEGUNDO.- La capacidad de ejercicio bajo los límites del Derecho Consuetudinario está determinado por las formas de usos y costumbres de cada pueblo indígena, sin embargo, lo común a todos ellos es el rito de iniciación, el cual consiste en superar una serie de pruebas (lo mismo que una evaluación) ante una multitud y valorado ante personas expertas en la materia a fin de que den fe que dicha persona está preparado de asumir cargos, responsabilidades y también de exigir Derechos frente a los demás miembros de su comunidad, ello da fe que ha pasado del tránsito de

joven varón o mujer a un adulto varón o mujer, la cual descarta el requisito de la edad, sino que se enfoca en el entrenamiento y la habilidad de proteger, supervivir y amar.

TERCERO.- El matrimonio de acuerdo al ordenamiento jurídico debe cumplir una serie de requisitos, de los cuales, el más importante es la mayoría de edad, asimismo nos indica una definición en negativo, es decir, quiénes no pueden contraer matrimonio acorde a los artículos 241 al 247 del Código Civil, ya que en ellos establecen parámetros especiales, tales como: el grado de consanguinidad, minoría de edad, personas con falta de discernimiento y formas especiales que la ley prevé como la prohibición entre los ya casados o del tutor con su pupilo, etc.; y finalmente, también se considera la forma del cómo debe celebrarse el matrimonio según disponen los artículos del 248 al 268, las cuales manifiestan una serie formalismos burocráticos, que el cumplimiento sobre cuestiones de fondo.

CUARTO.- El matrimonio según el Derecho Consuetudinario, las funciones, obligaciones y derechos ya están debidamente prestablecidas, por lo mismo que el varón y la mujer deben y están conscientes de que asumir dichos retos lo asumirán toda una vida o hasta que exista el divorcio; el varón es consciente de que para poder casarse debe: (1) proteger tanto física y económicamente a toda su familia, (2) realiza trabajos duros y pesados a favor de su familia y comunidad, (3) instruye o discíplula a sus hijos varones respecto al trabajo, a la creación de instrumentos de supervivencia y finalmente al conocimiento de sabiduría, a fin de que cuando sea el momento sepa conducir a su familia.

En el caso de la mujer, ellas son conscientes de que: (1) se dedicarán más a las labores domésticas, esto es, a preparar alimentos, criar y educar a los hijos, (2) conseguirán alimentos que no requieran mucho esfuerzo, (3) confeccionarán vestidos para la familia y (4) prepararán a las mujeres más jóvenes para sumir algún día con responsabilidad los roles que desempeña una mujer soltera y casada.

QUINTO.- La incompatibilidad entre el matrimonio del derecho ordinario y consuetudinario varia notablemente, porque mientras el primero requiere sólo la mayoría de edad (sin que tenga anomalías psíquicas o alteración en su conducta) o en todo caso de que el menor de edad en excepciones manifieste su voluntad, cuyo punto central es la mayoría de edad, pues en el segundo sistema, los que van a contraer matrimonio deben haber probado su madurez física (resistencia al trabajo), su compromiso de saber proteger a su familia y la madures psicológica y cognoscitiva para instruir a los demás, de lo contrario, el padre de la novia no permitirá el cortejo respectivo, pues no brindará la seguridad y protección a su familia..

Entonces, para contraer el DERECHO al matrimonio desde el punto de vista del Derecho consuetudinario en mucho más idóneo en tanto se verifica que los que van a contraer matrimonio cumplan de manera efectiva sus roles, se trata de un cumplimiento de fáctico de roles, más no lo ven como un mero capricho en la que los que van a contraer matrimonio, el único requisito sea la mayoría de edad, cuando dichos sujeto ni siquiera saben o pueden trabajar, no saben criar hijos, no saben de sacrificios o de la disciplina para el bien común, sino que sólo demandan derechos y no cumplen deberes.

De acuerdo al diario El Trome (2018), los divorcios en el Perú han aumentado, pues según la SUNARP se ha inscrito de los meses de enero a julio unos 5046 divorcios, mientras que en el mismo período del año 2017 han sido 4810, las principales causas de divorcio es la infidelidad seguidas del mutuo acuerdo porque no se llevan bien las parejas; para el caso de los pueblos indígenas, el divorcio es un acto notablemente raro y extraordinario, casi no se evidencia el divorcio.

Por lo tanto, la hipótesis antes formulada “La capacidad de ejercicio que brinda mayor seguridad sobre contraer matrimonio para el Estado peruano **es el modelo jurídico consuetudinario**”, se CONFIRMA, porque en el Derecho ordinario basta con cumplir la mayoría de edad y no estar a cargo de un tutor, curador o bajo la patria potestad para poder casarte, incluso el inciso 1 del artículo 241 del Código Civil los mayores a 16 años pueden casarse, sin ni siquiera haber dado prueba de su madurez física, psicológica y aptitud de poder asumir roles de protección, cuidado y diestra para mantener a una familia, lo cual si da en un Derecho Consuetudinario, la cual evita problemas maritales y consecuentemente el divorcio.

4.2. DISCUSIÓN DE LOS RESULTADOS DE LA HIPÓTESIS DOS

La discusión respecto a la hipótesis dos que es: “La capacidad de ejercicio que brinda mayor seguridad sobre el derecho de propiedad para el Estado peruano **es el modelo jurídico consuetudinario**”; se puede concluir mediante los siguientes argumentos que:

PRIMERO.- La capacidad jurídica ordinaria (llamada también positivista) es prestablecido bajo reglas de un ordenamiento jurídico, que en nuestra legislación es parametrado

por los artículos 42, 43 y 44 del Código Civil de 1984, cuya principal característica es la edad, esto es la superación de los 18 años de edad (considerado como una madurez física y psicológica apropiada), siempre en cuando no tenga fallas en su discernimiento o que esté a cargo de los padres, tutores, curadores u otra persona que vele sus intereses; asimismo, se realiza excepciones para los menores de edad que tengan un discernimiento notorio y sean responsables de lo que manifiesta su voluntad, tal como lo prescriben los artículos 455, 456, 457, 458 y 1358 del Código Civil.

SEGUNDO.- La capacidad de ejercicio bajo los límites del Derecho Consuetudinario está determinado por las formas de usos y costumbres de cada pueblo indígena, sin embargo, lo común a todos ellos es el rito de iniciación, el cual consiste en superar una serie de pruebas (lo mismo que una evaluación) ante una multitud y valorado ante personas expertas en la materia a fin de que den fe que dicha persona está preparado de asumir cargos, responsabilidades y también de exigir Derechos frente a los demás miembros de su comunidad, ello da fe que ha pasado del tránsito de joven varón o mujer a un adulto varón o mujer, la cual descarta el requisito de la edad, sino que se enfoca en el entrenamiento y la habilidad de proteger, supervivir y amar.

TERCERO.- Desde el punto de vista del ordenamiento jurídico peruano la propiedad es entendido como: Aquel poder jurídico que tiene el propietario de usar, disfrutar, disponer y reivindicar un bien, pero debidamente delimitado por ley, es así como lo prescribe el artículo 923 el Código Civil, además de ser un Derecho Fundamental como consta en el artículo 16 de la Constitución Política del Perú de 1993, además de estar en el artículo 70 donde prescribe que la propiedad es inviolable, esto es que es privada, no común, sino particular, asimismo, existen

propiedades que no pueden ser de exclusividad privada, sino pública los cuales establece el artículo 73, siendo que además al ser privada y acumulable, es que existe transmisión hereditaria de la tierra.

CUARTO.- La propiedad acorde a los pueblos indígenas, no puede ser privada ni ser considerada como una acumulación de propiedad, pues para ellos no existe el pensamiento egoísta, sino del compartimiento acorde a las necesidades apremiantes y meritorias, según sus circunstancias, esto es que para ellos existe la noción de compartir, es decir, la tratan como un universo compartido, no fraccionado a la cual pertenece obligatoriamente a una persona; ellos más lo entienden como un lugar ocupacional, pues si se trasladan de un lugar a otro, es allí donde toman otro lugar ocupacional; por ello es que, los indígenas guardan la óptica de que los recursos que ofrece la naturaleza deben ser bien administradas, ya que entienden que dichos recursos no les pertenece propiamente.

QUINTO.- A lo dicho, la finalidad de que una persona que ya tenga capacidad de ejercicio desde el punto de vista indígena implica que la tierra que le otorga para fundar su familia o de estar en un determinado lugar, no es porque haya sido considerada por transmisión hereditaria o porque lo haya comprado, sino que dependiendo de sus circunstancias y cargos e incluso su trabajo, la comunidad en su conjunto decide brindarle una ubicación razonada, la cual puede ser removida de acuerdo a las necesidades de la misma población y no de la persona, de tal suerte es que cuida los recursos y su entorno, para que la siguiente persona o familia que ocupe su lugar pueda habitar con la debida tranquilidad, lo mismo que él cuando se traslade, por lo que el fundamento es la cooperación y la preservación del medio ambiente para futuras generaciones.

Mientras, para el agente de capacidad de ejercicio desde el punto de vista del modelo ordinario, no medita en la conservación de su medio ambiente, además que se permite la acumulación de bienes, obteniendo así el monopolio en un conjunto de personas a fin de disponer las propiedades y la forma en cómo deben de ubicarse, y esto no es acorde a las necesidades de una familia, cargo, función o trabajo que amerite para el crecimiento de la sociedad, sino que se ajusta al interés del propietario privado y la ubicación del lugar la compra del predio.

Por lo tanto, tras observar que una capacidad de ejercicio desde el punto de vista del modelo jurídico consuetudinario es el más apropiado porque su fundamento está en el cooperativismo para el crecimiento de la sociedad, más no es la indiferencia de necesidades que genera entorpecimiento y falta de compromiso con la sociedad que brinda la capacidad de ejercicio del modelo jurídico ordinario, y siendo la hipótesis: La capacidad de ejercicio que brinda mayor seguridad sobre el derecho de propiedad para el Estado peruano **es el modelo jurídico consuetudinario**; SE CONFIRMA, porque construir a un ciudadano bajo el modelo antes dicho, permite que el varón o la mujer sepan que ellos están al servicio de la sociedad, más no que la sociedad está al servicio de ellos, lo cual evita un engreimiento psicológico, social y económico, ya que son conscientes que la tierra no les pertenece y no pueden realizar modificaciones a su gusto, sino que deben hacerlo bajo previa supervisión de su comunidad.

.4.3. DISCUSIÓN DE LOS RESULTADOS DE LA HIPÓTESIS TRES

La discusión respecto a la hipótesis tres que es: “La capacidad de ejercicio que brinda mayor seguridad sobre el derecho a elegir y ser elegido para el Estado peruano **es el modelo jurídico consuetudinario**”; se puede concluir mediante los siguientes argumentos que:

PRIMERO.- La capacidad jurídica ordinaria (llamada también positivista) es prestablecido bajo reglas de un ordenamiento jurídico, que en nuestra legislación es parametrado por los artículos 42, 43 y 44 del Código Civil de 1984, cuya principal característica es la edad, esto es la superación de los 18 años de edad (considerado como una madurez física y psicológica apropiada), siempre en cuando no tenga fallas en su discernimiento o que esté a cargo de los padres, tutores, curadores u otra persona que vele sus intereses; asimismo, se realiza excepciones para los menores de edad que tengan un discernimiento notorio y sean responsables de lo que manifiesta su voluntad, tal como lo prescriben los artículos 455, 456, 457, 458 y 1358 del Código Civil.

SEGUNDO.- La capacidad de ejercicio bajo los límites del Derecho Consuetudinario está determinado por las formas de usos y costumbres de cada pueblo indígena, sin embargo, lo común a todos ellos es el rito de iniciación, el cual consiste en superar una serie de pruebas (lo mismo que una evaluación) ante una multitud y valorado ante personas expertas en la materia a fin de que den fe que dicha persona está preparado de asumir cargos, responsabilidades y también de exigir Derechos frente a los demás miembros de su comunidad, ello da fe que ha pasado del tránsito de joven varón o mujer a un adulto varón o mujer, la cual descarta el requisito de la edad, sino que se enfoca en el entrenamiento y la habilidad de proteger, supervivir y amar.

TERCERO.- El derecho a elegir y ser elegido está en el inciso 11 del artículo 2 de la Constitución Política del Perú, el cual concuerda notablemente con los artículos 30 y 31 de la citada constitución, sin embargo, basta que la persona tenga 18 años de edad, esto es que por el mero hecho de alcanzar la mayoría de edad, el ciudadano peruano, ya puede entrar a tallar en las

decisiones políticas y gubernamentales de sus representantes, la cual además es obligatoria hasta los 69 años, mientras que desde los 70 años en adelante, viene a ser facultativo.

CUARTO.- La participación respecto a la votación o decisiones que afectarán al pueblo en una comunidad indígena tiene que ver con una participación en conjunto, esto es que sin importar la edad o el grado de instrucción (claro salvo excepciones) el acuerdo para un determinado acto siempre será en **consenso**, porque su sistema de vida adoptará decisiones respecto a nuevas responsabilidades, en las que cada uno deberá asumir roles a fin de que la comunidad siempre salga adelante y a su beneficio, lo cual es contrario al beneficio de algunos.

QUINTO.- La votación desde el punto de vista del modelo jurídico consuetudinario es más concienzudo, más responsable, porque es toda la población la que vota en forma obligatoria, además de que se escuchan las opiniones de unos y de otros, no dejan el futuro de su comunidad a un conjunto de pocos, sino que se inmiscuyen, además que éste sistema hace más responsable a los menores de edad, que desde ya tienen que tomar decisiones responsables, el cual no se trata de un mero juego de alzar la mano.

Contrario sensu, sucede con brindarle la capacidad de ejercicio desde el punto de vista del modelo jurídico ordinario al ciudadano con 18 años de edad cumplidos, ya que solo éste ha observado las tomas de decisiones, siendo ésta actividad muy pasiva, la cual le ha quitado responsabilidades y participación en el movimiento sobre las decisiones que toma su sociedad, la cual ha generado a largo plazo indiferencia y aún asume que el destino del país está en manos de los más experimentados y no en los suyos.

Por consecuencia, tras haber analizado que la capacidad de ejercicio del modelo jurídico consuetudinario es el más idóneo, porque el niño despierta a muy temprana edad las responsabilidades que debe tener sobre el futuro de su sociedad, el cual genera compromiso, de allí que si se tiene como hipótesis: La capacidad de ejercicio que brinda mayor seguridad sobre el derecho a elegir y ser elegido para el Estado peruano **es el modelo jurídico consuetudinario**, nosotros debemos decir SE CONFIRMA, porque la toma de decisiones no solo debe estar a cargo de los adultos o aquellos que hayan superado una prueba para alcanzar la capacidad de ejercicio consuetudinario, sino que lo principal aquí es que el menor se involucre de lleno y con responsabilidad sobre el destino de su comunidad y se sienta ya parte de él.

4.4. DISCUSIÓN DE LOS RESULTADOS DE LA HIPÓTESIS CUATRO

La discusión respecto a la hipótesis cuatro que es: “La capacidad de ejercicio que brinda mayor seguridad respecto a los derechos, deberes y obligaciones para el Estado peruano **es el modelo jurídico consuetudinario**”; se puede concluir mediante los siguientes argumentos que:

PRIMERO.- La capacidad jurídica ordinaria (llamada también positivista) es prestablecido bajo reglas de un ordenamiento jurídico, que en nuestra legislación es parametrado por los artículos 42, 43 y 44 del Código Civil de 1984, cuya principal característica es la edad, esto es la superación de los 18 años de edad (considerado como una madurez física y psicológica apropiada), siempre en cuando no tenga fallas en su discernimiento o que esté a cargo de los padres, tutores, curadores u otra persona que vele sus intereses; asimismo, se realiza excepciones para los menores de edad que tengan un discernimiento notorio y sean responsables de lo que manifiesta su voluntad, tal como lo prescriben los artículos 455, 456, 457, 458 y 1358 del Código Civil.

SEGUNDO.- La capacidad de ejercicio bajo los límites del Derecho Consuetudinario está determinado por las formas de usos y costumbres de cada pueblo indígena, sin embargo, lo común a todos ellos es el rito de iniciación, el cual consiste en superar una serie de pruebas (lo mismo que una evaluación) ante una multitud y valorado ante personas expertas en la materia a fin de que den fe que dicha persona está preparado de asumir cargos, responsabilidades y también de exigir Derechos frente a los demás miembros de su comunidad, ello da fe que ha pasado del tránsito de joven varón o mujer a un adulto varón o mujer, la cual descarta el requisito de la edad, sino que se enfoca en el entrenamiento y la habilidad de proteger, supervivir y amar.

TERCERO.- En el artículo 38 de la Constitución Política del Perú establece que “Todos los peruanos tienen el deber de honrar al Perú y de proteger los intereses nacionales, así como de respetar, cumplir y defender la Constitución y el ordenamiento jurídico de la Nación”; de allí que el ciudadano debe estar parametrado a las leyes peruanas y cumplir los deberes, así como tiene sus derechos de forma expresa en la Constitución del artículo 1 al 38, de lo contrario, el hombre no podrá exigir bajo ningún medio un derecho o realizar algún deber que no esté contemplado en la ley, y más aún se fortalece éste hecho cuando ya tiene capacidad de ejercicio, en la que es completamente autónomo de ser responsable de sus actos y responsabilidades frente a su sociedad, esto es que en la mayoría de edad el ciudadano tiene deberes y derechos, no tan solo puede exigir derechos.

CUARTO.- La capacidad de ejercer los derechos, deberes y obligaciones en los pueblos indígenas, requiere demostrar mediante un rito de iniciación, su autosuficiencia y valentía por un determinado tiempo, para ser reconocidos como hombre y mujer, y no como ciudadanos. Para esto

no se requiere una determinada edad, pero si desempeñar una función como miembro de su comunidad, no ser un obstáculo, sino un aporte al mismo, de allí que, lo más importante es observar su madurez e integridad de apoyar y servir, más que de ser tropiezo.

QUINTO.- El ciudadano peruano, ve reflejado el grado de inmadurez en la parte educativa, estudiantes que no valoran el estudio y sacrificio que realizan los padres, asimismo, la independencia, hijos que tienen parejas sentimentales pero que aún viven tras la protección de los padres, dependientes económicamente, personas emocionalmente débiles, las que recurren constantemente a la depresión y a la victimización de las circunstancias, esto no requiere una encuesta, esto es lo que vive el Perú.

De esa manera, tanto el varón como la mujer tras alcanzar los 18 años de edad, no necesariamente garantiza que ellos realmente estén preparados para cumplir sus roles frente a la sociedad, de honrar o estimar a su patria, de mantener un servicio a su población o sector donde viven, sino que ellos al estar frente al sistema o su sociedad, solo quieren y desean reclamar sus derechos pero no cumplir sus deberes, de allí que, al no estar preparados y mantener un egoísmo latente se entiende que es una mala idea que la capacidad de ejercicio se obtenga por el mero hecho de tener 18 años, sino que es necesario obtener otras fuentes o características para observar la madurez de las personas.

Por lo tanto, siendo la hipótesis: La capacidad de ejercicio que brinda mayor seguridad respecto a los derechos, deberes y obligaciones para el Estado peruano **es el modelo jurídico consuetudinario**; nosotros la CONFIRMAMOS, porque para que un ciudadano pueda asumir un

mayor grado de responsabilidad con la sociedad y además cumpla sus deberes con honestidad y con total autonomía, es necesario que primero pase una serie de evaluaciones, las cuales evidencien su capacidad de madurez y responsabilidad, no siendo necesariamente que el niño o joven tenga que tener educación primaria, secundario o incluso universitaria, pues ello no garantiza que el hombre sea completamente maduro, sino que muchas veces demuestra que sea un niño con terno.

4.5. DISCUSIÓN DE LOS RESULTADOS DE LA HIPÓTESIS CINCO

La discusión respecto a la hipótesis cinco que es: “La capacidad de ejercicio que brinda mayor seguridad sobre la administración de justicia para el Estado peruano **es el modelo jurídico consuetudinario**”; se puede concluir mediante los siguientes argumentos que:

PRIMERO.- La capacidad jurídica ordinaria (llamada también positivista) es prestablecido bajo reglas de un ordenamiento jurídico, que en nuestra legislación es parametrado por los artículos 42, 43 y 44 del Código Civil de 1984, cuya principal característica es la edad, esto es la superación de los 18 años de edad (considerado como una madurez física y psicológica apropiada), siempre en cuando no tenga fallas en su discernimiento o que esté a cargo de los padres, tutores, curadores u otra persona que vele sus intereses; asimismo, se realiza excepciones para los menores de edad que tengan un discernimiento notorio y sean responsables de lo que manifiesta su voluntad, tal como lo prescriben los artículos 455, 456, 457, 458 y 1358 del Código Civil.

SEGUNDO.- La capacidad de ejercicio bajo los límites del Derecho Consuetudinario está determinado por las formas de usos y costumbres de cada pueblo indígena, sin embargo, lo común a todos ellos es el rito de iniciación, el cual consiste en superar una serie de pruebas (lo mismo que

una evaluación) ante una multitud y valorado ante personas expertas en la materia a fin de que den fe que dicha persona está preparado de asumir cargos, responsabilidades y también de exigir Derechos frente a los demás miembros de su comunidad, ello da fe que ha pasado del tránsito de joven varón o mujer a un adulto varón o mujer, la cual descarta el requisito de la edad, sino que se enfoca en el entrenamiento y la habilidad de proteger, supervivir y amar.

TERCERO.- De acuerdo al artículo 138 y el inciso 1 y 2 del artículo 139, establecen que el pueblo es el que brinda la potestad de administrar justicia a un conjunto de jueces en arreglo a la Constitución y a las normas con rango legal, por lo que se prohíbe la administración de justicia por comisión o delegación, la función exclusiva de administrar justicia solo debe ser de los jueces y las personas autorizadas, dentro de un determinado fuero, tales como: Arbitral, Rondas Campesinas, militar, CNM, JNE, TC y los juicios políticos que están en el Reglamento del Congreso.

CUARTO.- La forma en cómo se administra justicia en los pueblos indígenas siempre debe hacerse en vista de todos o por la colectividad, no debe ser un asunto privado o administrado por un tercero imparcial, sino que debe ser sometido a las costumbres de la colectividad, por lo que, la sanción debe ser en conjunto; así como la fuerza económica está basado en la retribución y redistribución muy equitativa, siendo que el trabajo lo deben hacer todos, ello genera que se proteja con mayor y total cuidado los y sus recursos naturales, pues entienden que ella es su fuente de vida, por ello es que a todos les compete tomar decisiones y a todos le compete ser consultados cuando el Estado requiere que se realice una determinada obra que posiblemente valla en contra de su hábitat, de igual manera y sin indiferencia, sucede lo mismo con la administración de justicia,

la cual no debe dejar cabos sueltos para que exista buena redistribución de lo que ellos consideren que será la mejor forma de otorgar sanciones o resolver un conflicto acorde a sus costumbres.

QUINTO.- La forma en como en la actualidad se administra justicia es muy deficiente, pues, basta con observar los últimos eventos en nuestra realidad peruana, en la que el Juez César José Hinostroza Pariachi fue acusado de tráfico de influencias y corrupción en su cargo, del cual el Congreso de la Republica que lidera Fuerza Popular, blindo al magistrado, pues muchas de sus actividades favorecía su causa política, pero ante la presión e indignación de los medios de comunicación, el mencionado juez decide fugarse del país, sin embargo, en España fue detenido donde está con arresto, la cual fue emitido por la interpool.

El tráfico de influencias que existe en el sistema judicial, es totalmente corrupto, no son los jueces los que proyectan las sentencias, sino son los secigristas, los secretarios o por último los apoyantes adjuntos que tiene el magistrado, lo demás es un armado corrupto, donde no prevalece la razón de la ley, sino prevalece la razón de los intereses políticos y económicos de los partidos políticos y de los grandes empresarios, basta con mencionar el caso Odebrecht, empresa que sobornó a los presidentes y expresidentes en un financiamiento político a fin de que cuando estuvieran en el poder gubernamental, las concesiones y obras públicas siempre sean de la empresa Odebrecht.

La forma de elección de los magistrados sea del JNE, CNM, PJ, FM, Juicios Políticos o del TC, siempre es politizado, a diferencia de los arbitrajes y rondas campesinas, en la que no

prevalece el interés político, sino prevalece los intereses de las partes y sobre todo basado en los fines que desea proteger la sociedad a través de sus decisiones.

Por lo tanto, al tener la siguiente hipótesis: La capacidad de ejercicio que brinda mayor seguridad sobre la administración de justicia para el Estado peruano **es el modelo jurídico consuetudinario**; se CONFIRMA, porque la capacidad de ejercicio para acceder a administrar justicia en el modelo jurídico ordinario no compromete la integralidad del hombre con su sociedad, ni su servicio, sino que al ingresar a un sistema que ya está corrupto y que ya está direccionado, hace que el operador del derecho se transforme en lo que el Poder Judicial quiere, mientras que en de forma en específica, las rondas campesinas emiten sus sanciones y sentencias para transformar al infractor, siendo la sanción eficaz y publica, y en caso de reincidencia se le toma como rebelde, siendo la máxima sanción la muerte social.

4.6. DISCUSIÓN DE LA HIPÓTESIS GENERAL

La discusión respecto a la hipótesis general que es: “La capacidad de ejercicio brinda mayor seguridad para el Estado peruano **es el modelo jurídico consuetudinario**”; se puede concluir mediante los siguientes argumentos que:

PRIMERO.- La capacidad de ejercicio respecto a la institución del matrimonio, en el Derecho ordinario basta con cumplir la mayoría de edad y no estar a cargo de un tutor, curador o bajo la patria potestad para poder casarte, incluso el inciso 1 del artículo 241 del Código Civil los mayores a 16 años pueden casarse, sin ni siquiera haber dado prueba de su madurez física, psicológica y aptitud de poder asumir roles de protección, cuidado y diestra para mantener a una

familia, mientras que en el Derecho Consuetudinario es un requisito imprescindible las últimas características que omite o pasa por alto el Derecho Ordinario, porque con ello se evita problemas maritales, pues afrontan con madurez y responsabilidad, por consecuencia lógica se evita el divorcio.

SEGUNDO.- La capacidad de ejercicio respecto a la propiedad, el Derecho Consuetudinario promueve y construye un ciudadano que sepa estar al servicio de su sociedad, más no que la sociedad está al servicio de ellos, lo cual evita un engreimiento psicológico, social y económico, porque son conscientes que la tierra no les pertenece y no pueden realizar modificaciones a su gusto particular o de realizar una disposición peculiar, sino que deben hacerlo bajo previa supervisión de su comunidad, es decir, a un fin en común; mientras en un sistema o modelo jurídico ordinario, la propiedad privada y la herencia, promueve la acumulación de tierras y consecuentemente el monopolio, lo cual forma un ciudadano indiferente a las causas comunes de la sociedad, porque mientras no afecten su propiedad, él estará ajeno a cualquier problema de la realidad social.

TERCERO.- La capacidad de ejercicio respecto a elegir y ser elegido, dentro del modelo jurídico consuetudinario, la toma de decisiones no solo debe estar a cargo de los adultos o aquellos que hayan superado una prueba para alcanzar la capacidad de ejercicio en su sistema, sino que lo principal es que desde ya el menor se involucre de lleno y obtenga responsabilidad sobre el destino de su comunidad y sienta que ya parte de él, por ende su toma de decisiones a medida que avance su edad será más responsable; mientras que en el sistema jurídico ordinario, basta que el ciudadano cumpla los 18 años de edad y recién tenga participación sobre las decisiones de su nación, pero

como ha crecido indiferente, ello hace que sus votos también lo sean de esa manera, mientras no pague una multa, el ciudadano será feliz e indiferente a lo que ocurre en una realidad latente.

CUARTO.- La capacidad de ejercicio respecto a los derechos, deberes y obligaciones, dentro del modelo jurídico consuetudinario, porque para ser considerado ciudadano y pueda asumir responsabilidades y derechos para con su sociedad cumpliendo además sus deberes con honestidad y con total autonomía, es necesario que primero pase una serie de evaluaciones, las cuales evidencien su capacidad de madurez y compromiso de estar involucrado en la mejora de su sociedad, a lo cual aclaramos que no necesariamente el niño o joven tenga que tener educación primaria, secundario o incluso universitaria, para ser ciudadano, ya que ello no garantiza que el hombre sea completamente maduro, sino que muchas veces demuestra que sea un niño con terno, lo cual muchas veces sí lo ha demostrado el modelo jurídico ordinario, ya que el sistema jurídico sólo prevé que el varón o la mujer cumplan 18 años, sea que fuera analfabeto o no lo fuera.

QUINTO.- La capacidad de ejercicio para acceder a administrar justicia en el modelo jurídico ordinario no compromete la integralidad del hombre con su sociedad, ni su servicio, sino que al ingresar a un sistema que ya está corrupto y que ya está direccionado, hace que el operador del derecho se transforme en lo que el Poder Judicial quiere, mientras que en forma específica, las rondas campesinas que es parte del modelo jurídico consuetudinario, éstos emiten sus sanciones y sentencias para transformar al infractor, siendo la sanción eficaz y pública, y en caso de reincidencia se le toma como rebelde, siendo la máxima sanción la muerte social, es decir, la exclusión de la sociedad.

Por lo dicho, a manera didáctica, en esta parte del trabajo final, destinamos a resumir mediante una tabla comparativa lo antes dicho a razón de evidenciar de forma clara y precisa cuales son las diferencias de la institución Jurídica de Capacidad en el ordenamiento positivo y el ordenamiento consuetudinario, la cual se evidencia en la Tabla 1.

Por otro lado, tras haber contrastado las 5 preguntas específicas y haber demostrado que en todo momento la capacidad de ejercicio es mucho más eficaz y potente en su forma de adquirir en un modelo jurídico consuetudinario que en un modelo jurídico ordinario, tenemos que llegar a decir que CONFIRMAMOS nuestra HIPÓTESIS GENERAL, porque si el ciudadano está debidamente preparado, en su compromiso social, familiar, y personal siempre a favor de su comunidad, entonces podrá comprender que ser ciudadano no se trata de tener mayoría de edad, sino de tener la madurez necesaria de afrontar problemas y para ello debe de muy pequeño observar cómo ha de ser padre, madre, hermano, vecino, ciudadano, funcionario mediante el ejemplo y la dirección de personas maduras como lo llevan realizando en el modelo jurídico consuetudinario.

Tabla 1. Capacidad de ejercicio ordinario versus el indígena

CUADRO COMPARATIVO		
ÍTEMS	Capacidad Jurídica de la sociedad peruana “civilizada” (Goce y Ejercicio)	Capacidad Consuetudinaria de los Pueblos Indígenas (Goce y Ejercicio)
/Capacidad para contraer matrimonio/	<p>En la sociedad peruana “civilizada”, para contraer matrimonio, y en subvención de la ley se necesita los siguientes requisitos:</p> <ul style="list-style-type: none"> - Declarar su voluntad de casarse, oralmente o por escrito, ante el alcalde. - Presentar los documentos solicitados. - Contar con dos testigos mayores de edad. - Pasar por un examen médico prenupcial. - Publicar el edicto municipal que anuncia el matrimonio. - Realizar el pago por el servicio de ceremonia. <p>Estos Requisitos para contraer matrimonio son para: Personas mayores de edad (18 años en adelante), personas menores de edad, Personas divorciadas, personas viudas (os), y personas extranjeras.</p>	<p>En los pueblos indígenas, las exigencias para contraer matrimonio son: En el caso del varón: Autosuficiencia económica, moral, alimenticia y de supervivencia; en el caso de mujer: Conocimiento y practica sobre las labores de casa, conocimiento sobre cultivos en huertos, la simbología del arte de la pintura en los rostros, y la elaboración de los vestidos. Para ambos tanto varón como mujer, deben de conocer la práctica de costumbres adquiridas, con los relatos, los cantos, simbología del pintado en la piel, etc. De esta forma, estos están preparados y aptos para contraer matrimonio.</p>
/Capacidad sobre el derecho de propiedad/	<p>En la sociedad peruana “civilizada”, el ordenamiento jurídico dispone que una persona tiene el poder de: Usar, Disfrutar, Disponer, Reivindicar la propiedad; en este sentido, el ser humano civilizado, puede comprar y vender una propiedad por un acto jurídico, etc.</p>	<p>En los pueblos indígenas, se desconoce el concepto de propiedad privada; consideran que la tierra o naturaleza es universal, donde se asume que estos son parte de la tierra. Si bien estos usan y disfrutan de la tierra, esto esta concatenado con el hecho de rituales de respeto a la tierra, así esto no es un mero espectáculo, sino, un culto a la que las probé de todo para su subsistencia. Haciendo una precisión, ellos no entienden a la</p>

		tierra por hectáreas, metros que les pueda pertenecer de forma personal.
/Capacidad del derecho de elegir y ser elegido/	En la sociedad peruana “civilizada”, los ciudadanos peruanos a partir de los 18 años tienen el derecho de elegir a sus candidatos para ocupar cargos públicos dentro del estado, para luego verse representados; o en contrario sensu, para que estos sean elegidos y representen; de acuerdo a las normas o el marco legal, ejemplo: Elegir a un candidato por sus propuestas o estudios (Grados), que se dan a conocer con sus mítines políticos.	En los pueblos indígenas, sus líderes son elegidos por cuestiones de prestigio, carisma, y cualidades poseer visionario o que este comprenda las necesidades de su pueblo; en este caso lo eligen todos sin importar la edad. Así mismo, este no goza de privilegios, es decir, no existen clases sociales y menos estatus o cargos públicos.
/Capacidad para ejercer sus derechos, deberes y obligaciones/	En la sociedad peruana “civilizada”, el ciudadano peruano tiene desde que nace derechos que le otorga el estado, y deberes para con el estado, y luego obligaciones con su familia y estado; conocida como la capacidad de goce (Que se presente de forma general a partir de los 18 de años).	En los pueblos indígenas, se requiere demostrar mediante un rito de iniciación, su autosuficiencia y valentía por un determinado tiempo, para ser reconocidos como hombre y mujer, y no como ciudadanos. Para esto no se requiere una determinada edad, pero sí función como miembro de su comunidad.
/Capacidad para ejercer la administración de justicia/	En la sociedad peruana “civilizada”, están organizadas por especializaciones por las ramas de una especialidad denominadas derecho civil, penal, etc. Así se cuenta con órganos de administración de justicia.	En los pueblos indígenas, la admiración de justicia; está dada por un juzgamiento colectivo, ósea, toda la población indígena; así esta no se da por un carácter individual y muchos menos por un tribunal o administración de justicia.

Fuentes: Juan Mallqui y Gabriela Párraga

CAPÍTULO V

CONCLUSIONES

- La capacidad de ejercicio respecto a la institución jurídica del matrimonio bajo el modelo jurídico consuetudinario es más eficiente que el modelo ordinario porque el varón y la mujer son conscientes y maduros en sus roles que van a ejercer en su sociedad, familia y vínculo amoroso, lo cual evita divorcios, contrario sensu a que desde los 18 años la persona tenga la posibilidad de casarse solo por el mero hecho de tener mayoría de edad, en la cual ni siquiera es consciente de los deberes y derechos que se debe a su familia.
- La capacidad de ejercicio respecto a la propiedad bajo el modelo jurídico consuetudinario es más eficiente que el modelo ordinario porque la propiedad no es privatizada sino que el ejercer autoridad la persona ante los materiales promueve y construye un ciudadano al servicio de su sociedad, esto es que son conscientes que la tierra no les pertenece y no pueden realizar modificaciones; mientras en el otro modelo, promueven la acumulación de tierras y consecuentemente el monopolio formando indiferencia social a razón de que mientras no afecten su propiedad, él estará ajeno a cualquier problema de la realidad social.
- La capacidad de ejercicio respecto a elegir y ser elegido bajo el modelo jurídico consuetudinario es más eficiente que el modelo ordinario porque la toma de decisiones no solo está a cargo de los adultos o aquellos que hayan superado la prueba para alcanzar la capacidad de ejercicio en su sistema, sino que el menor de edad se involucre desde ya y obtenga la responsabilidad sobre el destino de su comunidad sintiéndose parte de él; mientras que en el otro sistema, basta que el ciudadano cumpla los 18 años de edad para

participar en dicha actividad, pero como tardíamente está tomando actos de esa naturaleza seguirá siendo indiferente a lo que ocurre en una realidad latente.

- La capacidad de ejercicio respecto a los derechos, deberes y obligaciones bajo el modelo jurídico consuetudinario es más eficiente que el modelo ordinario porque para ser considerado ciudadano y pueda asumir responsabilidades como derechos para con su sociedad es necesario que primero pase una serie de evaluaciones, las cuales evidencien su capacidad de madurez y compromiso de estar involucrado en la mejora de su sociedad; mientras en el otro modelo sólo se prevé que el varón o la mujer cumplan 18 años, sean analfabetos o no lo fueran.
- La capacidad de ejercicio para acceder a administrar justicia bajo el modelo jurídico consuetudinario es más eficiente que el modelo ordinario porque su sistema no compromete la integralidad del hombre con su sociedad, ni su servicio, pues su función es corregir inmediatamente y mediatamente; mientras en el otro modelo cuando el operador ingresa al Poder Judicial entra a un sistema que ya está corrupto y direccionado a favor de los intereses políticos y económicos.
- La capacidad de ejercicio bajo el modelo jurídico consuetudinario es más eficiente que el modelo ordinario porque el ciudadano está debidamente preparado, ya que su compromiso en las esferas sociales, familiares y personales siempre será favor de su comunidad, por lo que no basta tener 18 años para que considere ciudadano porque la madurez física, emocional, psicológica y habilidosa permite afrontar problemas que se generen en su sociedad.

CAPÍTULO VI

RECOMENDACIONES

- Se recomienda cambiar el paradigma de contraer matrimonio basado en la demostración y testificación de que el varón o mujer que van contraer matrimonio están aptos de afrontar los problemas familiares y asumir roles que la familia demanda, esto es de forma horizontal y vertical en los lazos de familia.
- Es complicado y se diría algo imposible asumir en nuestro sistema que la propiedad privada se extinga, pero si es posible realizar una toma de consciencia sobre las calificaciones y aptitudes sobre la cooperación social mediante capacitaciones que promuevan el bienestar común en las aulas universitarias y colegios.
- Fomentar desde las escuelas y jardines a que los niños tomen una participación más activa sobre las fiestas democráticas, haciendo que la mayoría de edad no sea el impedimento para votar, sino modificar el artículo 30 de la Constitución Política de 1993 sea desde los 8 años de edad.
- Para mejorar los derechos, deberes y obligaciones bajo el modelo jurídico consuetudinario los ciudadanos deberían retomar el servicio militar obligatorio, asimismo desde temprana edad realizar actos cívicos y morales en su comunidad más cercana que de fe que en verdad dicha persona está comprometida con lo que realiza en su sociedad, haciendo trabajo social, limpiando parques, cuidando a los ancianos, una serie de actos, pero sean las personas que han sido ayudadas, testifiquen de su accionar ciudadano.

- Mientras estemos en un sistema ya dado, es imposible que el ciudadano pueda ir en contra de un sistema totalmente corrupto, lo único que se recomienda es promover batallas y litigios justos a través de la argumentación jurídica y el cuarto poder.
- El servicio a la sociedad, no debe acabar cuando se le da una certificación de que está apto para cumplir roles y deberes el iniciado, sino que dicho servicio y eficiencia de sus roles deberá ser mucho más elaborado y comprometido con su sociedad por el resto de su vida, esto es que se haga una práctica diaria, y esto no debe ser positivizado, sino que debe ser parte inherente a la persona.

REFERENCIAS BIBLIOGRÁFICAS
(SEGÚN ESTILO APA SEXTA EDICIÓN)

Aguirre, J. L. (2007). *Análisis jurídico sobre la capacidad relativa otorgada a los menores para contraer matrimonio y su falta de aplicación*. Investigación de Pregrado. Universidad de San Carlos de Guatemala. Guatemala, disponible en:

http://biblioteca.usac.edu.gt/tesis/04/04_7156.pdf

Al sexto día (21/09/2013) Matrimonio a la Asháninka: amor comunal en la selva peruana. YouTube. Disponible en:

<https://www.youtube.com/watch?v=Ht2uK9E9Gao&t=13s>

Aranzamendi, L. (2010). *La investigación jurídica. Diseño del proyecto de investigación. Estructura y redacción de la tesis*. Lima: Grijley.

Barfield. T (2011). *Diccionario Antropológico*. Barcelona: España, Editorial: BELLATERRA

Benavides, A.F. (2013). *Modelos de capacidad jurídica: una reflexión necesaria a la luz del art.12. De la convención internacional sobre los derechos de las personas con*

discapacidad. Investigación de Post Grado. Universidad Carlos III de Madrid. Getafe-España, disponible en:

http://www.repositoriocdpd.net:8080/bitstream/handle/123456789/511/Tes_BenavidesLopezA_ModelosCapacidadJuridica_2009.pdf?sequence=1

Carrasco, S. (2013). *Metodología de la investigación científica*. Quinta reimpresión. Lima: Editorial San Marcos.

Código Civil Comentado (2013). Lima: Perú, Editorial: Gaceta Jurídica.

Carhuatocto H. O. (2013). *Los derechos constitucionales de los pueblos indígenas en aislamiento voluntario y en contacto inicial en el sector de hidrocarburos en el Perú*. Investigación de Post Grado. Universidad Nacional Mayor de San Marcos. Lima-Perú, disponible en:

<https://es.scribd.com/document/387837182/Democracia-Clasica>

Cueva, N. (2007). *Pueblos Indígenas en Aislamiento Voluntario y contacto inicial en la Amazonia en el gran Chaco: Salud de los Pueblos Indígenas en Aislamiento*, Copenhague, Editorial: Alejandro Parellada.

Espinoza, J. (1990). *Estudio de Derecho de las Personas*, Lima: Perú, Editorial: CONCYTEC.

Etnografías (19/08/2015) ASHÁNINKA “Kampas”-Perú-Otros Pueblos: Manera de vivir y costumbres en plena selva amazónica de los indios ASHÁNINKA. Uso Ritual de ayahuasca. Expuesto magistralmente por el antropólogo Luis Pancorbo. YouTube. Disponible en: <https://www.youtube.com/watch?v=1klhuibVzxI&t=4s>

Fernández, C. F. (2001). *Derecho de las Personas: Exposición de motivos y comentarios al libro primero del código civil peruano-Personas Naturales, Jurídicas, Comunidades campesinas y nativas*. Lima: Perú, Editorial: GRIJLEY

Fernández C. (2004). La capacidad de goce: ¿es posible su restricción legal?, Lima: Perú, Editorial: *Revista Cathedra*, disponible en:

http://dike.pucp.edu.pe/bibliotecadeautor_carlos_fernandez_cesareo/articulos/ba_fs_8.P

[DF](#)

Gómez, M. & Gómez, J. (2006). *Filosofía del Derecho. Lecciones de hermenéutica jurídica*. Madrid: UNED.

Hernández, R., Fernández, C. & Batpista, M. (2010). *Metodología de la investigación*. México, México: MCGrawHill.

Hurtado A. (2018). *El Ejercicio Del Derecho Al Autogobierno De Los Pueblos Indígenas A Través Del Modelo Institucional Del National Congress Of American Indians De Los Estados Unidos*. Investigación de Post Grado. Pontifica Universidad Católica del Perú. Lima-Perú, disponible en:

http://tesis.pucp.edu.pe/repositorio/bitstream/handle/123456789/12529/HURTADO_ES PINOZA ABEL EJERCICIO DERECHO.pdf?sequence=1&isAllowed=y

Hurtado, B. (2014). *Inaplicabilidad del Inciso Segundo del Artículo 171 de la Constitución de la República, en cuanto a Justicia Indígena y Jurisdicción Ordinaria*. Investigación de Pregrado. Universidad Central Del Ecuador. Quito-Ecuador, disponible en:

<http://www.dspace.uce.edu.ec/handle/25000/3804>

Lema O. V. (2017). *Políticas de estado y sus efectos en los derechos colectivos de los pueblos indígenas amazónicos, en el periodo 2001 – 2008*. Investigación de Post Grado. Universidad Nacional Mayor de San Marcos. Lima-Perú, disponible en:

http://200.62.146.130/bitstream/handle/cybertesis/7548/Lema_to.pdf?sequence=1&isAllowed=y

Maletta, H. (2011). *Epistemología aplicada: Metodología y técnica de la producción científica*. Lima: Universidad Pacífico-Centro de investigación.

Malinowski, B (1978). *Crimen y Costumbre en la Sociedad Salvaje*. Barcelona-Caracas-México,

Editorial: ARIEL

Marcelo, R. (2017). *La determinación de la capacidad jurídica, principios y procesos*.

Investigación de Pregrado. Universidad Nacional de la Plata. Ciudad de la Plata-

Argentina, disponible en:

http://sedici.unlp.edu.ar/bitstream/handle/10915/65995/Documento_completo.pdf-PDFA.pdf?sequence=1

Mayor, P; Bodmer, R. (2011). *Pueblos Indígenas de la Amazonia Peruana*. Iquitos: Perú,

Editorial: PEDRO MAYOR APARICIO, disponible en:

<https://es.scribd.com/document/93581428/PDF>

Ministerio de Cultura Perú (27/07/2016) El pueblo Mashco Piro del Rio Alto Madre de Dios.

YouTube. Disponible en:

<https://www.youtube.com/watch?v=MP8WDzxxOeA&t=80s>

Miró-Quesada Cantuarias, F. (2003). *Ratio interpretandi*. Lima-Perú: Editorial Universitaria,

Universidad Ricardo Palma.

Nel, L. (2010). *Metodología de la investigación. Estadística aplicada en la investigación*. Lima-Perú: MACRO

Perciante V. (2011). *Capacidad e Incapacidad*. Editorial: CCEEA – UDELAR, disponible en:

http://eva.fcea.edu.uy/pluginfile.php/6206/mod_resource/content/0/TEORIA_GENERAL_DE_LAS_INCAPACIDADES.pdf

Pichari Vraem Oficial (30/05/2017) Entrevista a pobladores de la Comunidad Nativa de Otari por su XLII Aniversario. YouTube. Disponible en:

<https://www.youtube.com/watch?v=iSa2V7X3pO8&t=32s>

Plus Petrol Perú (08/01/2016) Especial Cultura Amazónica: Enseñanzas de nuestros ancestros. YouTube. Disponible en:

<https://www.youtube.com/watch?v=jWre-IfK388&t=28s>

Rosental. M; Iudin. P (2007). *Diccionario Filosófico*. Lima: Perú, Editorial: PLANETA

Sánchez, F. (2016). *La investigación científica aplicada al Derecho*. Lima: Normas Jurídicas Ediciones.

Sánchez H & Reyes C. (1998). *Metodología y diseños en la investigación científica*. Lima: Editorial Mantaro.

Sánchez, J.A (2015). *Inicio y Fin de la Personalidad Jurídica*. México: Instituto de Investigación Jurídica, disponible en:

<https://archivos.juridicas.unam.mx/www/bjv/libros/8/3834/3.pdf>

Sánchez R. R. (2018). *Reconocimiento constitucional del Estado Plurinacional para la tutela efectiva de derechos de los pueblos indígenas en el Perú*. Investigación de Post Grado. Universidad Nacional Mayor de San Marcos. Lima-Perú, disponible en:

http://200.62.146.130/bitstream/handle/cybertesis/7597/Sanchez_er%20-%20Resumen.pdf?sequence=1&isAllowed=y

San Román, J. (1994). *Perfiles Históricos de la Amazonia Peruana*. Iquitos: Perú, Editorial: CETA, disponible en:

<http://www.iiap.org.pe/Upload/Publicacion/L009.pdf>

Servin Noticias (02/11/2015) Antropólogo Alberto Chirif habla sobre territorios integrales (Parte 1). YouTube. Disponible en:

<https://www.youtube.com/watch?v=SWmnUBaQbqc&t=1s>

Taipe C. (2005). *Coexistencia conflictiva entre el derecho oficial y los pueblos indígenas en el Perú: comunidad indígena kechua de Talwis – Huancavelica*. Investigación de Pre Grado. Pontificia Universidad Nacional Mayor de San Marcos. Lima-Perú, disponible en:

http://cybertesis.unmsm.edu.pe/bitstream/handle/cybertesis/2248/Taipe_sc.pdf?sequence=1&isAllowed=y

Típula. P. (2013). *Dilemas Territoriales: Comunidad Nativa, Estado y Empresas Extractivas*. Investigación de Post Grado. Universidad Nacional Mayor de San Marcos. Lima-Perú, disponible en:

http://cybertesis.unmsm.edu.pe/bitstream/handle/cybertesis/3246/Tipula_tp.pdf;sequence=1

Torres, O. (1995). *Justicia Andina*, Lima: Perú, Editorial: CONCYTEC.

Tornero Y. A. (2016). *Disociación entre un formante jurisprudencial y otro formante legal: el caso de la regla jurídica que contiene el derecho a la consulta previa de los pueblos indígenas*. Investigación de Post Grado. Universidad Nacional Mayor de San Marcos. Lima-Perú, disponible en:

http://cybertesis.unmsm.edu.pe/bitstream/handle/cybertesis/6316/Tornero_cy.pdf?sequence=1&isAllowed=y

Trome (28/08/2018). ¿Cuántas parejas en Perú ya se divorciaron este 2018? Internet. Disponible en:

<https://trome.pe/actualidad/divorcios-peru-parejas-separaron-2018-fotos-95010>

Vargas, M; González, E; Guerra, D. (2013). *Enfoques sobre Cultura*, Huancayo-Perú, Editorial: MELGRAPHI E.I.R.L.

Velázquez, A. & Rey, N. (2010). *Metodología de la investigación científica*. Lima: Editorial San Marcos.

ANEXOS

MATRIZ DE CONSISTENCIA

FORMULACIÓN DEL PROBLEMA	OBJETIVOS DE LA INVESTIGACIÓN	HIPÓTESIS DE LA INVESTIGACIÓN	VARIABLES	METODOLOGÍA
PROBLEMA GENERAL	OBJETIVO GENERAL	HIPÓTESIS GENERAL	Variable Independiente ➤ Capacidad Jurídica ordinaria	Tipo y nivel de investigación La investigación es de tipo “Básico o Fundamental” con un nivel “Correlacional” y un enfoque cualitativo Diseño de investigación El diseño es observacional y transaccional Técnica de Investigación Investigación documental, es decir se usará solo los libros. Instrumento de Análisis Se hará uso del instrumento del fichaje. Procesamiento y Análisis Los datos, que son las fichas, se procesaran por la hermenéutica que es a través de ellas se formará un marco teórico a fin de responder a las preguntas de investigación Método General Se utilizará el método y hermenéutico. Método Específico Se pondrá en práctica la interpretación exegética e interpretación sistemático-lógica.
¿Qué capacidad de ejercicio brinda mayor seguridad entre el modelo jurídico ordinario y el consuetudinario para el Estado peruano?	Analizar la capacidad de ejercicio entre el modelo jurídico ordinario y el consuetudinario que brinda mayor seguridad para el Estado peruano.	La capacidad de ejercicio brinda mayor seguridad para el Estado peruano <u>es el modelo jurídico consuetudinario.</u>	DIMENSIONES • Capacidad jurídica • Capacidad de ejercicio	
Problemas específicos	Objetivos específicos	Hipótesis específicas	Variable dependiente ➤ Capacidad jurídica consuetudinaria de pueblos indígenas	
¿Qué capacidad de ejercicio brinda mayor seguridad entre el modelo jurídico ordinario y el consuetudinario de contraer matrimonio para el Estado peruano?	Determinar la capacidad de ejercicio que brinda mayor seguridad entre el modelo jurídico ordinario y el consuetudinario de contraer matrimonio para el Estado peruano.	La capacidad de ejercicio que brinda mayor seguridad sobre contraer matrimonio para el Estado peruano <u>es el modelo jurídico consuetudinario.</u>	DIMENSIONES • Capacidad para contraer matrimonio • Capacidad sobre el derecho de propiedad • Capacidad del derecho de elegir y ser elegido • Capacidad para ejercer sus derechos, deberes y obligaciones • Capacidad para ejercer la administración de justicia	
¿Qué capacidad de ejercicio brinda mayor seguridad entre el modelo jurídico ordinario y el consuetudinario sobre el derecho de propiedad para el Estado peruano?	Identificar la capacidad de ejercicio que brinda mayor seguridad entre el modelo jurídico ordinario y el consuetudinario sobre el derecho de propiedad para el Estado peruano.	La capacidad de ejercicio que brinda mayor seguridad sobre el derecho de propiedad para el Estado peruano <u>es el modelo jurídico consuetudinario.</u>		
¿Qué capacidad de ejercicio brinda mayor seguridad entre el modelo jurídico ordinario y el consuetudinario sobre el derecho a elegir y ser elegido para el Estado peruano?	Describir la capacidad de ejercicio que brinda mayor seguridad entre el modelo jurídico ordinario y el consuetudinario sobre el derecho a elegir y ser elegido para el Estado peruano.	La capacidad de ejercicio que brinda mayor seguridad sobre el derecho a elegir y ser elegido para el Estado peruano <u>es el modelo jurídico consuetudinario.</u>		

<p>¿Qué capacidad de ejercicio brinda mayor seguridad entre el modelo jurídico ordinario y el consuetudinario respecto a los derechos, deberes y obligaciones para el Estado peruano?</p> <p>¿Qué capacidad de ejercicio brinda mayor seguridad entre el modelo jurídico ordinario y el consuetudinario sobre la administración de justicia para el Estado peruano?</p>	<p>Identificar la capacidad de ejercicio que brinda mayor seguridad entre el modelo jurídico ordinario y el consuetudinario respecto a los derechos, deberes y obligaciones para el Estado peruano.</p> <p>Examinar la capacidad de ejercicio que brinda mayor seguridad entre el modelo jurídico ordinario y el consuetudinario sobre la administración de justicia para el Estado peruano.</p>	<p>La capacidad de ejercicio que brinda mayor seguridad respecto a los derechos, deberes y obligaciones para el Estado peruano <u>es el modelo jurídico consuetudinario.</u></p> <p>La capacidad de ejercicio que brinda mayor seguridad sobre la administración de justicia para el Estado peruano <u>es el modelo jurídico consuetudinario.</u></p>		
---	--	---	--	--

COMPROMISO DE AUTORIA

En la fecha, yo, identificada con DNI N° 73249576, domiciliada en, estudiante de la Facultad de Derecho y Ciencias Políticas de la Universidad Peruana Los Andes, me COMPROMETO a asumir las consecuencias administrativas y/o penales que hubiera lugar si en la elaboración de mi investigación titulada: “La influencia de la capacidad de ejercicio del Derecho Consuetudinario al Derecho Positivista del Estado peruano”, se haya considerado datos falsos, falsificación, plagio, etc. Y declaro bajo juramento que mi trabajo de investigación es de mi autoría y los datos presentados son reales y he respetado las normas internacionales de citas y referencias de las fuentes consultadas.

Huancayo, 10 de diciembre del 2018

DNI N°

COMPROMISO DE AUTORIA

En la fecha, yo, identificada con DNI N°, domiciliada en, estudiante de la Facultad de Derecho y Ciencias Políticas de la Universidad Peruana Los Andes, me COMPROMETO a asumir las consecuencias administrativas y/o penales que hubiera lugar si en la elaboración de mi investigación titulada: “La influencia de la capacidad de ejercicio del Derecho Consuetudinario al Derecho Positivista del Estado peruano”, se haya considerado datos falsos, falsificación, plagio, etc. Y declaro bajo juramento que mi trabajo de investigación es de mi autoría y los datos presentados son reales y he respetado las normas internacionales de citas y referencias de las fuentes consultadas.

Huancayo, 10 de diciembre del 2018

DNI N°
