

CAPÍTULO 2

Derecho a la identidad cultural y marco legal del concepto de poder judicial comunal

La distinción de modelos de sociedad o grupos sociales, entre los que hemos venido distinguiendo los denominados “moderno” y “comunitario”, y de sus instituciones o componentes tiene un sustento en un concepto genérico bastante difundido en los últimos años: *identidad*.

A través del reconocimiento de una identidad se logra seleccionar, separar o segregar a los actores de determinada sociedad o grupo social dentro de los propósitos de diferenciarlos, oponerlos o complementarlos con otra sociedad o grupo social. En tal sentido, la identidad se confunde con pertenencia.

Esta concepción de identidad o pertenencia, y la búsqueda de su reconocimiento como tal, ha conducido al desarrollo de lo que se conoce como *derecho a la identidad*. Todo individuo o persona tiene derecho a ser como quiera ser y a pertenecer a donde quiera o a lo que quiera, remarcando con ello una identidad única y, si fuera el caso, exclusiva. Pero el concepto también involucra a grupos o colectivos de individuos o personas. Todo grupo de personas tiene derecho a ser como lo desee y a pertenecer a donde lo desee. Pero en este último caso ya se habla de lo que se conoce como *derecho a la identidad colectiva*, ahora más conocido como *derecho a la identidad cultural*. “Lo cultural” en este último caso se presenta como global y adquiere un significado especial al lado del concepto de identidad.

El propósito de este capítulo es dar una mayor consistencia al concepto de poder judicial comunal, situándolo en el marco del derecho a la identidad cultural. El concepto de poder judicial comunal ha sido expuesto dentro del sentido de identidad o pertenencia de un determinado grupo social o modelo de sociedad, y como tal requiere un reconocimiento por parte de los otros grupos sociales o modelos de sociedad. En otras palabras, con la aplicación del derecho a la identidad cultural es como el concepto poder judicial comunal adquiere consistencia y puede ser objeto de un tratamiento político efectivo.

Con el mismo propósito, resulta conveniente presentar la aplicación de este derecho a la identidad cultural y la ubicación del concepto poder judicial comunal en el marco normativo de los Estados –por ejemplo, el marco normativo peruano–. Conocer este marco normativo o legal permitirá comprender las limitaciones de la ley y las dimensiones reales de los sistemas de resolución que se desarrollan en los capítulos siguientes.

Teniendo en cuenta la explicación precedente, este capítulo se divide en tres partes: la primera orientada a definir el concepto de derecho a la identidad cultural; la segunda, dirigida a destacar el fundamento de dicho derecho a la identidad cultural y a ubicar el concepto de poder judicial comunal dentro del mismo; y la tercera, referida al marco normativo en el que se desenvuelve el derecho a la identidad cultural, pero sobre todo el que reconoce la puesta en operación del concepto poder judicial comunal.

¿QUÉ ES EL DERECHO A LA IDENTIDAD CULTURAL?

El concepto ‘identidad cultural’ integra, a su vez, dos conceptos complejos pero bastante relacionados: “identidad” y “cultura”. Recorro a los trabajos de Manuel Castells (1998) y Xavier Albó (2000) para hacer una sencilla explicación de ambos conceptos.

De un lado, el concepto “identidad” es definido por Castells como la “fuente de sentido y experiencia para la gente” (1998, 28). Esto significa, en primer lugar, que dicho concepto de “identidad” no es causa u origen en sí o para sí mismo (1998, 28), sino “causa u origen para algo” o “hacia algo”.

Asimismo, cabe destacar que el concepto no se refiere a un individuo sino a un conjunto de ellos, que Castells define como “gente”; prefiero definirlo, siguiendo los términos utilizados en el capítulo precedente, como grupo social o actores sociales. Esto significa que el concepto de “identidad”, más que calificar intereses, características, deseos o preferencias de una persona, involucra siempre a este individuo dentro de un colectivo. Así, si una persona se identifica como *shipibo* u homosexual, tal pertenencia no sería posible si no fuera porque existe un grupo social o actores sociales que podemos identificar como *shipibo* o con características homosexuales. El individuo requiere un referente de grupo social para hacer valer su identidad como tal.

Este sentido de pertenencia colectiva, a su vez, hace posible que quien se identifique con un grupo social u otros actores sociales lo hace distinguiéndose de aquellos que no son similares. Cuando un *shipibo* o un homosexual reclama su derecho a la identidad, lo hace porque reivindica su similitud con los miembros del colectivo de su referencia, excluyendo a otros grupos sociales como los aguarunas, los quechuas o aymaras, o a los heterosexuales o los bisexuales, respectivamente. La identidad, respecto a

un colectivo o grupo social o actores sociales, excluye a su vez la referencia de otros colectivos, otros grupos sociales u otros actores sociales.

En forma complementaria, de la definición citada, decir “causa u origen *hacia algo*” significa, de acuerdo con la misma definición, dos rumbos: el sentido y la experiencia. El primero involucra los intereses y valores de la “gente” o de un grupo social. Es decir, el grupo social, o mejor dicho cada grupo social en la humanidad, establece los intereses y valores que hacen posible su convivencia. El segundo rumbo, la experiencia, involucra los hechos y la historia de cada grupo social. Es decir, el grupo social que establece intereses y valores plasma, a su vez, en hechos y datos históricos aquello que le interesa y valoriza, materializando su convivencia como tal.

Esto último muestra que el concepto de identidad no es genéricamente abstracto; tiene un referente o una dirección que será definida por el propio grupo social o sus actores sociales. Siempre importará preguntarse: ¿idéntico respecto a qué? ¿Cuál es el sustento de su o mi identidad?

El concepto de “cultura” es el que justamente contribuye a precisar aún más el sentido y la experiencia de un grupo social o sus actores sociales. Así, Xavier Albó (2000) define “cultura” como “el conjunto de rasgos compartidos y transmitidos por un determinado grupo humano que sirven para organizar su forma de vida, darle identidad y diferenciarlo de otros grupos humanos” (2000, 74).

Puede apreciarse que el concepto de cultura es bastante amplio, al extremo que incluye el concepto de “identidad”. El concepto citado involucra la totalidad de rasgos de un grupo humano que en opinión del autor solo excluye “aquello que [se] hereda biológicamente” (2000, 74). Esto significa que el conjunto de rasgos vinculados a sus relaciones sociales, a sus relaciones económicas, a sus relaciones sentimentales y a cualquier otro tipo de clasificación de relaciones (política, psicológica, técnica, etc.) se encuentra inmerso en la cultura de cada grupo humano o social¹.

Un segundo aspecto que sobresale en la definición citada es que, para que se produzca dicha inmersión de relaciones en lo cultural, el conjunto de rasgos que lo integran tienen que ser “compartidos” y “transmitidos”. Ello explica que tales rasgos no son estacionarios sino que se encuentran en movimiento al interactuar al interior del grupo humano o social y al transferirse de uno a otro o de generación en generación, como suele ocurrir por lo general en las sociedades que estamos identificando como comunitarias.

Un tercer aspecto que se puede deducir de la definición citada es que tales rasgos “compartidos” y “transmitidos” tienen, a su vez, su manifesta-

¹ En esta clasificación, Xavier Albó logra distinguir tres ámbitos culturales: el ámbito de la economía y la tecnología, el ámbito de las relaciones sociales, y el ámbito de lo imaginario y lo simbólico (2000, 74).

ción o materialización en aspectos útiles del propio grupo humano o grupo social: organizan su forma o estilo de vida que hace idénticos (hacia adentro) y diferentes (hacia fuera) a los actores del grupo humano o social. Es decir, el conjunto de tales rasgos con que interactúan los miembros del grupo humano o social autogenera la inclusión de sus “iguales” y proclama la exclusión de sus “desiguales”, coincidiendo con el contenido de la definición de “identidad” antes referida.

Unificando ambos conceptos, el de “identidad” y el “cultura”, se puede tener mayor claridad sobre lo que se entiende por identidad cultural. En mi opinión, sistematizando ambos componentes, la identidad cultural consiste en el sentido y la experiencia de un grupo humano o social que involucra el conjunto de rasgos compartidos y transmitidos que organizan su forma y estilo de vida.

Como puede apreciarse, no se retoma ya la referencia de fuente, causa u origen “hacia algo” del concepto de “identidad” de Castells, dado que dicha fuente está definida al sustentarse en el contenido de “lo cultural”. De otro lado, tampoco se retoma el criterio de diferenciación de “otros grupos humanos” del concepto de “cultura” de Xavier Albó, dado que al asumirse el contenido de la definición de “identidad” sobre el “sentido y la experiencia de un grupo humano” se estaría haciendo explícita su diferencia frente a los demás: hablar de *identidad* supone hablar de *alteridad*, esto es, la capacidad del grupo humano o social de distinción en relación con algo, con alguien u otro grupo humano que a su vez tiene identidad y, en consecuencia, es diferente.

A la luz de estos comentarios, el derecho a la identidad cultural puede ser definido como aquella facultad² o poder de ejercicio³ de las personas o grupo de personas que pertenecen a un determinado grupo humano o social, que consiste en:

1. Obrar o actuar de acuerdo con el *sentido* del grupo humano o social que, a su vez, agrupa intereses y valores.
2. Obrar o actuar de acuerdo con la *experiencia* del grupo humano o social que, a su vez, agrupa los hechos, la historia.
3. La existencia de *rasgos “totales”* con base en tal sentido y experiencia de actos que se comparten y transmiten en el grupo humano o social.
4. La capacidad de tales rasgos de organizar o configurar una *forma o estilo de vida* en el grupo humano o social.

² El derecho como facultad consiste en la potestad subjetiva de un hacer, no hacer o un dar que involucra a un actor (individual o colectivo) en relación con otro, amparado por el sistema jurídico o normativo de un Estado o un grupo social determinado.

³ El derecho como “poder de ejercicio” grafica fácticamente el derecho como facultad. Se trata de poner en ejercicio o materializar un poder legítimo reconocido por el Estado o un grupo social determinado. Para una mayor comprensión del concepto de derecho, véanse las características del concepto poder judicial comunal desarrolladas en el capítulo precedente.

El obrar o actuar de acuerdo con el *sentido* del grupo humano o social consiste en un actuar conforme a la concepción simbólica del grupo, esto es de acuerdo con “aquellos elementos que transmiten algún mensaje, más allá de lo inmediatamente tangible”, como diría Albó (2000, 77). Ello incluye desde la lengua, el arte y la religión del grupo humano o social hasta su filosofía (cosmovisión y cosmogonía).

El obrar o actuar de acuerdo con una *experiencia* del grupo humano o social, consiste en un actuar conforme a la concepción empírica tangible o pragmática del grupo, que en opinión del mismo Albó estaría constituida por “el conjunto de instrumentos, destrezas y conocimientos que reflejan ante todo una forma práctica y compartida de resolver un problema en última instancia técnico” (2000, 77). Las destrezas y los conocimientos ciertamente son simbólicos, pero su reflejo práctico y orientado a resolver un problema determinado los hace “tangibles” o “empíricos”. En tal actuar se involucran las relaciones con el territorio y el medio ambiente, así como con el conjunto de necesidades y obligaciones derivadas de éstos, como producción, vivienda, alimentación, organización familiar, organización del trabajo, obligaciones de cargos o autoridades, obligaciones personales o interpersonales, etc. Las relaciones económicas y sociales estarían particularmente involucradas en este actuar.

El tercer elemento, referido a los *rasgos totales* que se comparten y transmiten en el grupo humano y social, se refiere a actos o acciones vinculados al sentido y la experiencia (rasgos) que se totalizan o “universalizan” en el grupo humano o social cuando, particularmente, se comparten y transmiten. Tales rasgos son “totales” en tanto se pueden encontrar en el actuar de cada uno o la mayoría de miembros de un grupo humano o social. Sin embargo, el “compartir” tales rasgos no significa una absoluta sumisión de quienes interactúan, como tampoco la “transmisión” de tales rasgos significa el esfuerzo de una transmisión exegética o dogmática; por el contrario, tales rasgos de sentido y experiencia se “comparten” y “transmiten” dentro de la dinámica del propio grupo: si es un grupo humano cuyos matrimonios son mayoritariamente endogámicos, puede entenderse que tal dinámica no es acelerada y se resume a los intercambios grupales que se realizan en el mercado local, la fiesta patronal o un evento deportivo. Si es un grupo humano cuyos matrimonios son, en su mayoría, exogámicos, puede entenderse que tal dinámica es acelerada dado que, además de los intercambios grupales, se sumarían los intercambios interpersonales y familiares.

El cuarto elemento se refiere al resultado esperado y demostrable en el propio grupo humano o social: capacidad de organizar o configurar una forma o estilo de vida en el grupo. En resumen, se trataría de destacar la existencia de una convivencia social en el grupo, lo que significa permanencia o estabilidad del propio grupo. Sin embargo, hablar de “forma” y

“estilo” de vida puede conducirnos a horizontes más amplios. La “forma de vida” del grupo humano o social se refiere nuevamente a lo pragmático, a la estructura de relaciones económicas, sociales y propiamente culturales que nos conducen, en los hechos, a satisfacer nuestras necesidades. Hablar de forma de vida supone hablar de satisfacción de necesidades. En cambio, el “estilo de vida” del grupo humano o social se refiere más al carácter simbólico del término vida, esto es el conjunto de mensajes que más allá de la satisfacción de necesidades se reproducen en el grupo. Así, estaríamos hablando de satisfacer las inquietudes, los intereses, los valores, que pueden materializarse en actos de recreo, en una opción religiosa o política, o en la expresión artística sobre el grupo humano o el conjunto de sus rasgos.

Como puede apreciarse, el concepto *derecho a la identidad cultural* involucra una totalidad de actos y rasgos de un grupo humano o social determinado. Pero, tales actos o rasgos no son fáciles de identificar o delimitar; resultan ser más bien totalidades o universos que integran la vida de cada uno de los miembros del grupo.

JUSTIFICACIÓN DEL DERECHO A LA IDENTIDAD CULTURAL Y UBICACIÓN DEL CONCEPTO PODER JUDICIAL COMUNAL

¿Qué justifica o fundamenta la existencia del derecho a la identidad cultural? ¿Cómo se inserta nuestro concepto de poder judicial comunal en dicho derecho y propiamente en su justificación? Estos son dos de los interrogantes que intentaremos absolver en esta sección. El primer interrogante está vinculado a la sección precedente, en tanto el segundo será tratado en la tercera sección.

La justificación o fundamentación del derecho a la identidad cultural se encuentra en un dato empírico y en un argumento teórico. El dato empírico se sustenta en la pluralidad de culturas existentes en nuestro universo, en tanto el argumento teórico se sustenta en la teoría y el paradigma de la interculturalidad.

Empíricamente, el derecho a la identidad cultural se presenta como necesidad, toda vez que la humanidad se compone de una diversidad de grupos que comparten cada uno su sentido y experiencia de rasgos totales que configuran su forma y estilo de vida. Según la Unesco (1997, 11), nuestro mundo se compone de la vivencia de 10.000 sociedades diferentes o grupos culturales distribuidos en aproximadamente 200 Estados. Esto significa que no sólo constatamos la existencia de Estados diferentes o diversos –que, por ejemplo, pueden agruparse por regiones como las que corresponden a la cultura “occidental” (Europa, Norteamérica)–, sino que en forma más compleja la mayoría de estos Estados –por no decir todos– tienen a su interior una pluralidad de grupos humanos o sociales.

Ejemplos de esta complejidad son India y Perú, donde se localizan por lo menos 700 y 49 grupos culturales diversos, respectivamente. En India es posible encontrar dos culturas generales, la inglesa y la hindú, que buscan integrar el país bajo una formación bilingüe sobre la totalidad de los 698 grupos culturales adicionales. En estos grupos culturales, a su vez, se encuentran idiomas diferentes, identificación con un territorio diferente, tecnologías diferentes, organizaciones sociales y sistemas económicos diferentes⁴.

En Perú, si bien existe una población “mayoritariamente” identificada con el idioma castellano o español, se tiene en su interior una compleja interrelación de la cultura “occidental”, identificada con el mencionado idioma, y las culturas andinas y amazónicas que comparten idiomas diferentes. El país se divide en tres regiones: costa, sierra y selva. En la costa se concentra la mayor población (65% aproximadamente)⁵, la mayoría hispanohablante. En la sierra habita el segundo grupo de población importante (30% aproximadamente), donde la mayoría es bilingüe, pues hablan además de idiomas originarios, como el quechua o aymara, el castellano. En la selva se ubica la menor población (5% aproximadamente) pero también la mayor diversidad, dado que se comparten cuando menos 47 lenguas o culturas diferentes además del castellano (INEI 1994a).

Sin embargo, la compleja realidad peruana no queda allí. Históricamente, la sierra fue la región más poblada, pero con el paso del tiempo su población se desplazó, migró, hacia las principales ciudades de la costa, produciendo una serie de fusiones culturales localizadas en dichas ciudades y particularmente en las zonas de “invasión”, pobladas en la actualidad por asentamientos humanos o pueblos jóvenes.

En suma, hoy en día en Perú habita una población de origen andino (quechua y aymara) concentrada en la sierra y en la costa⁶; una población de origen “occidental”, de migrantes europeos (colonizadores) o criollos (hijos de inmigrantes europeos nacidos en Perú), distribuida en todo el país pero con mayor densidad en la costa⁷, y una diversidad de población amazónica, integrada por las culturas originarias (44 cuando menos) y los

⁴ Pouchepadass (1976), ilustrando la compleja pluriculturalidad de la India, sostiene que existen 179 lenguas y 544 “dialectos”, diversas religiones (entre las que destacan la hindú, la musulmana, la sikh y la cristiana) que, a su vez, se integran por una pluralidad de castas que organiza al margen de la economía monetaria.

⁵ El estimado de población se refiere solo a las grandes ciudades de las provincias o departamentos de la costa, mas no incluye a los pueblos rurales de las mismas provincias o departamentos.

⁶ Estimo que, por las migraciones, esta población de origen andino distribuida en Perú puede superar el 70% de la población nacional.

⁷ Estimo, siguiendo el criterio de la nota anterior, que la población de origen occidental del Perú puede ser calculada en un 25% del total nacional.

colonos recientes (inmigrantes de la costa y la sierra que viven en la selva). La presencia de esta diversidad supone un nivel de interacción y conflicto que puede llevar a entender esa complejidad de la realidad peruana.

Estos ejemplos de la diversidad existente, que puede confirmarse al interior de cada país y del mundo entero, es lo que se ha denominado “multiculturalidad”: “mapa o paisaje pluricultural de una ciudad, región o país”⁸. Con base en esta diversidad y multiculturalidad se desarrollan también teorías extremas del relativismo cultural que llegan a justificar, sin distinción, el contenido de las relaciones de los miembros de cada cultura: ante la diversidad constatable, “toda pauta [o rasgo] cultural es, intrínsecamente, tan digna de respeto como las demás”⁹.

Sin el propósito de desarrollar ambas definiciones, “multiculturalidad” y relativismo cultural, se puede examinar su importancia y dificultad a partir de complejos problemas como el de la ablación del clítoris en las adolescentes musulmanas, la exigencia del uso de la burka por las mujeres en el mundo talibán de Afganistán, las mutilaciones de miembros en los mismos musulmanes y en las culturas asiáticas como forma de sanción o pena, los “castigos de la naturaleza” en culturas americanas y africanas, o los casos de ajusticiamientos o ejecuciones de pena de muerte en la mayoría de culturas “tribales” o “indígenas” del mundo. El conjunto de estas experiencias o problemas muestra una multiculturalidad subyacente en la humanidad que ha llevado a distintos grados de resistencia, separación, dominación o convivencia desde la cultura “occidental”. Pero, paralelamente a ello, se presenta también esta multiculturalidad bajo cierta perspectiva positiva calificada desde Occidente: son estas culturas las que desarrollan obligaciones solidarias (que incluyen la defensa de la vida), obligaciones de reciprocidad (de defensa de la vida también), las que recurren a la tecnología orgánica para el desarrollo de su vida, las que conocen y cuidan mejor el medio ambiente o la naturaleza, etcétera.

Esta apreciación de “lo malo” y “lo bueno” de la diversidad de rasgos de las culturas citadas, diferentes a la occidental, es lo que en algunos casos ha llevado a sustentar un multiculturalismo total y un relativismo cultural radical. Así, se ha argumentado que se trata de sociedades diferentes, con rasgos de sentido y experiencia totales que configuran una forma y estilo de vida diferentes a otros modelos o identidades de grupos sociales o sociedades.

Sin embargo, a este argumento fáctico se ha sumado el argumento teórico que fundamenta el derecho a la identidad cultural: el de *intercul-*

⁸ Albó (2000, 83) presenta esta definición para distinguirla del concepto de interculturalidad, que se desarrolla más adelante.

⁹ Marvin Harris (1996) cita esta definición para explicar en profundidad el tema de la endoculturación.

turalidad. Este argumento teórico parte justamente de la constatación multicultural del mundo y de la influencia de la teoría del relativismo cultural, pero busca ir más allá. Para desarrollar este segundo componente que justifica el derecho a la identidad cultural, resulta útil la definición que el mismo Xavier Albó (2000) ofrece sobre interculturalidad: “la interculturalidad se refiere sobre todo a las actitudes y relaciones de las personas o grupos humanos de una cultura con referencia a otro grupo cultural, a sus miembros o a sus rasgos y productos culturales” (2000, 84).

De dicha definición es posible destacar que se trata de la relación de actos, actitudes o rasgos de miembros de un grupo humano. Lo central de tal definición consiste, como diría el propio Albó, en la “relación con ‘otros’, es decir, con algo o alguien o un grupo humano que es distinto” (2000, 85). Tal relación con “otros” es denominada *alteridad*, que complementa el concepto de identidad –la relación del grupo humano hacia dentro–, pero que, sobre todo, le dará contenido al concepto de interculturalidad¹⁰.

Teóricamente, la interculturalidad fundamenta la existencia de interrelación de todo grupo humano o grupo social. Tal interrelación conduce a afirmar que todo grupo humano en sus actos y sus rasgos se encuentra en cambio permanente. Como señala el mismo Albó:

Cada grupo cultural es como un ser vivo que con el tiempo se va transformando por crecimiento y adaptación, sin perder por ello su identidad, a menos que se muera, descomponga o recicle. Por evolución interna y por contacto entre diversos pueblos y grupos culturales lo que fue fundamental en un momento pierde relevancia en otro y surgen en cambio otros factores que pasan a un primer plano (2000, 84).

Tal apreciación de interrelación y de cambio es lo que fundamenta teóricamente el derecho a la identidad cultural. El ejercicio de su poder no implica que se encuentre estacionado, “fossilizado”, como dirían algunos, sino que se encuentra en permanente cambio. Ello complementa y proyecta la teoría del relativismo cultural: si bien es cierto que toda pauta o rasgo cultural de un grupo humano es tan digna de respeto como las de los demás grupos humanos –como la “occidental”–, esto no significa que siempre se mantenga o se estacione y se defienda, como tal, dicha pauta o rasgo cultural, pues éstos están en incesante cambio.

¹⁰ Complementando el contenido de dicha definición, Juan Ansión y Madeleine Zúñiga (1997) distinguen entre una interculturalidad de hecho y una interculturalidad normativa. La primera se refiere a “las relaciones en las cuales, aunque no necesariamente lo quieran ni lo busquen, se ven influenciados de manera importante por rasgos culturales originados en tradiciones diferentes a la propia” (1997, 13). La segunda se refiere a “la actitud de asumir positivamente la situación de diversidad cultural en la que uno se encuentra (...) en principio orientador de la vivencia personal en el plano individual y en principio rector de los procesos sociales en el plano axiológico social...” (1997, 15).

Lo anterior significa que las prácticas consideradas como “negativas” desde “Occidente”, como los casos de mutilaciones o sanciones físicas, no son sino una pauta o rasgo del “momento” que se renueva o se encuentra en cambio. El mejor ejemplo puede entenderse en el caso de los “latigazos” aplicados a la pareja adúltera o al comunero “culpable” cuyos actos producen los “castigos de la naturaleza” en el Sur Andino¹¹. La multa o sanción pecuniaria ha sucedido, como sanción o pena, a los flagelos físicos, lo que no significa sino una manera práctica de conseguir la armonía con la naturaleza a través de las restricciones o limitaciones económicas de dichos comuneros “culpables”. Si bien algunas comunidades continúan flagelando a los identificados como “culpables” –este es el caso de comunidades de los distritos de Moho y Vilquechico en Puno–, otro gran número de comunidades ha sustituido dicha práctica por la de las multas –como es el caso de las comunidades cercanas a Huancané¹².

Así, mientras de un lado el dato empírico muestra fotográficamente la realidad de multiculturalidad y su consideración relativista, de otro lado el argumento teórico muestra la dinámica de dicha realidad a través de la interculturalidad que orienta o define el proceso de cambio de los grupos humanos. Ambos aspectos, complementarios, creo que fundamentan el derecho a la identidad cultural.

El fundamento del derecho a la identidad cultural en los términos desarrollados constituye la justificación de la validación de un poder judicial comunal para comunidades o grupos sociales como los del Sur Andino. El poder judicial comunal se presenta como la expresión de un conjunto de rasgos que se comparten y transmiten con *sentido y experiencia*, organizando la forma y estilo de vida de las comunidades con que se identifica. El “sentido” simboliza los intereses y valores de los miembros de las comunidades en la resolución de sus conflictos, y la “experiencia” confirmaría los hechos, las prácticas y los antecedentes históricos que consolidan sus sistemas de resolución reconocidos por los mismos miembros del grupo social. Ello relaciona el poder judicial comunal como un componente del derecho a la identidad cultural de las comunidades o grupos sociales de referencia.

El poder judicial, al ser componente del derecho a la identidad cultural de las comunidades, se presenta empíricamente como un rasgo de multiculturalidad entre la diversidad de modelos o experiencias de resolución de conflictos. Cada cultura tiene sus propios sistemas de resolución de conflictos. Así, en sociedades comunitarias existen sistemas de resolución de conflictos propios que son diferentes (alteridad) a los sistemas de resolu-

¹¹ El caso ha sido referido por Peña en varios trabajos (1998, 2000, 2001).

¹² La información que se proporciona corresponde a la recopilada durante el trabajo de campo de 1999 y 2000.

ción de conflictos de otras sociedades (como por ejemplo la “moderna” u “occidental”). También se podría decir, por ejemplo, que mientras para determinadas sociedades existe un tipo de poder judicial, como el estatal, para otras sociedades existe otro tipo de poder judicial, como el comunal.

Bajo esta apreciación empírica, el concepto poder judicial comunal aparece como parte de la gran diversidad o multitud de sistemas de resolución que existen en el mundo y desde esta perspectiva su actuar debería ser respetado sin limitaciones. Al ser un componente de la identidad cultural de un determinado grupo humano o social y al ser su cultura digna de respeto como cualquiera otra, su poder judicial comunal también lo debería ser.

De otro lado, desde la perspectiva teórica de la interculturalidad, cabe destacar que el concepto de poder judicial comunal, como componente de la identidad cultural de determinados grupos humanos o sociales, no se encuentra solo o aislado, como tampoco lo están estos últimos. Esto significa que el concepto de poder judicial comunal, como cualquier otro componente de una identidad cultural, se encuentra en relación con otros sistemas de resolución (distintos) de otros grupos humanos o sociales que comparten, a su vez, otra identidad cultural. A partir de esta relación, cabe reiterar que componentes como el poder judicial comunal no son estáticos, sino que fluyen y se encuentran en constante cambio como cualquier identidad cultural.

Esta interrelación de sistemas de resolución produce la transformación –lo que es común, según se veía– del derecho a la identidad cultural. El solo encuentro de dos rasgos o componentes de culturas diferentes conduce a un proceso de reflexión, comparación, recomposición y cambio, lo que no sería ajeno al concepto de poder judicial comunal. Sin embargo, tal transformación no significaría una pérdida de identidad a no ser que se tratara de la muerte, descomposición o reciclamiento de la cultura, como lo hace notar Albó¹³.

En suma, las referidas perspectivas empírica y teórica sobre el derecho a la identidad cultural también se fusionan en el concepto de poder judicial comunal. Este último, como cualquier componente del primero, es diferente a otros sistemas de resolución, lo que lo hace particular y digno de respeto, pero al mismo tiempo está en interrelación con otros sistemas de resolución particulares que producen su transformación, sin que ello signifique su pérdida de identidad o descomposición.

¹³ Ídem.

EL RECONOCIMIENTO LEGAL DEL “PODER JUDICIAL COMUNAL” EN EL PERÚ

El concepto de identidad cultural y su justificación, al lado del de poder judicial comunal, permite presentar ahora el marco normativo que desde la experiencia peruana los regula. Para ello se recurrirá al análisis constitucional y al análisis de las principales normas legales del sistema jurídico del Estado peruano.

La Constitución Política del Perú de 1993, siguiendo la tendencia mundial y específicamente latinoamericana¹⁴ de reconocer la diversidad de identidades culturales, así como los sistemas de resolución no estatales al interior del propio territorio estatal, ha reconocido también ambos aspectos para el Estado peruano.

Son dos las normas constitucionales importantes que destacan dicho reconocimiento: el artículo 2º, inciso 19, que regula el “derecho a la identidad étnica y cultural”, que no es otro que el derecho a la identidad cultural al que me he referido en las páginas precedentes; y el artículo 149, que regula la jurisdicción especial o el ejercicio de resolución de conflictos de las comunidades “campesinas” y “nativas”. Ambos artículos, relacionados con otros de la misma Constitución Política¹⁵ y con leyes específicas, llevan a configurar, en mi opinión, el reconocimiento de lo que he definido como poder judicial comunal.

El artículo 2º, inciso 19 de la Constitución Política establece:

¹⁴ Sobre el contenido de las constituciones latinoamericanas, cabe citar el trabajo de Vicente Cabedo (2000), quien a partir de la revisión de dichas constituciones ha conseguido sistematizar en tres grupos a los Estados latinoamericanos. El autor identifica en un primer grupo a aquellos Estados que “reconocen el pluralismo jurídico en sus constituciones”, que serían aquellos que regulan “plenamente” el “derecho consuetudinario” y su ejercicio, como Colombia (1991), Perú (1993), Bolivia (1995), Ecuador (1998) y Venezuela (1999). Un segundo grupo corresponde a aquellos Estados que “reconocen en sus constituciones el derecho consuetudinario de los pueblos indígenas pero no el ejercicio de su propia jurisdicción”, en otras palabras reconocen “a medias” el pluralismo jurídico, como Paraguay (1992), México (1917, 1992) y Guatemala (1985). El tercer grupo se refiere a los Estados “cuyas constituciones no hacen referencia alguna al derecho consuetudinario indígena”, como Panamá, Chile (1980), Costa Rica (1949), Brasil (1988) y Argentina (1994). En estos últimos Estados, sin embargo, es posible encontrar leyes o iniciativas legislativas en discusión sobre el tema, según refiere el mismo autor.

¹⁵ Entre las normas constitucionales relacionadas con las antes citadas se encuentran los artículos 88 y 89 que regulan el régimen agrario del país y otorgan derechos especiales a las comunidades “campesinas” y “nativas”. Asimismo, en el mismo nivel se encuentran las normas internacionales que otorgan un especial reconocimiento a las poblaciones “indígenas”, como es el caso del Convenio N° 169 de la Organización Internacional del Trabajo - OIT (Convenio sobre Pueblos Indígenas y Tribales en países independientes) y el Convenio N° 107 de la misma OIT que lo precedió. Entre las leyes específicas cabe citar la Ley General de Comunidades Campesinas (Ley N° 24656), la ley de Deslinde y Titulación (Ley N° 24657), la ley de Comunidades Nativas y de Desarrollo Agrario de las Regiones de Selva y Ceja de Selva (Decreto Ley N° 22175), la ley de Rondas Campesinas Pacíficas, Democráticas y Autónomas (Ley N° 24571) y el artículo 15 del Código Penal (Decreto Legislativo N° 635), entre otras.

Artículo 2º. Toda persona humana tiene derecho:

19. A su identidad étnica y cultural. El Estado reconoce y protege la pluralidad étnica y cultural de la Nación.

Todo peruano tiene derecho a usar su idioma ante cualquier autoridad mediante un intérprete. Los extranjeros tienen este mismo derecho cuando son citados por cualquier autoridad.

A su vez, el artículo 149 de la misma Constitución Política, establece:

Artículo 149. 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.

La primera norma, el artículo 2º, inciso 19 de la Constitución, reconoce plenamente lo que he identificado como el derecho a la identidad cultural¹⁶, incluyendo su justificación empírica (de constatación del multiculturalismo y de sostén del relativismo cultural) y su justificación teórica (de expansión y sustento paradigmático de la interculturalidad). La segunda norma, el artículo 149 de la Constitución, reconoce relativamente la facultad de los actores colectivos de las comunidades “campesinas” y “nativas” de resolver sus propios conflictos dentro de los límites de los “derechos fundamentales de las personas”.

Ambas normas, interpretadas sistemáticamente, resaltan el reconocimiento pleno de sistemas de resolución de conflictos diferentes al estatal en nuestro país, situación que no es otra que el reconocimiento del denominado pluralismo jurídico, al que se hizo referencia en el capítulo precedente. Se reconoce una identidad cultural que a su vez es complementaria con el reconocimiento de lo que la Constitución denomina “jurisdicción especial” y la que prefiero identificar como “jurisdicción comunal o comunitaria”. Tal jurisdicción especializada existe en Perú, y particularmente en el Sur Andino, desde hace muchos años; su origen se remonta a momentos históricos en que estuvieron en operación instituciones como *ayllu*¹⁷.

¹⁶ La norma citada refiere textualmente los términos “identidad étnica y cultural”, lo que en mi opinión resulta redundante o contradictorio. Lo étnico es parte de la cultura. Al entender la cultura como el conjunto de rasgos que con sentido y experiencia identifican o sirven a un pueblo, se estaría involucrando lo étnico. Lo étnico identifica a un grupo específico, lo expresa en su lengua, tradiciones y territorio, pero esto justamente es cultura. Cuando identificamos el conjunto de los rasgos –culturales– estamos incluyendo la identidad del grupo adherido a los mismos –que es lo étnico–. Cuando se habla de la “identidad étnica” en realidad se está hablando de la identidad grupal, pero sin enunciar los contenidos. Cuando se habla de la “identidad cultural” se está poniendo énfasis en los contenidos, incluyendo al grupo que los ejerce.

¹⁷ Parte de esta referencia histórica se explica genéricamente en los capítulos 3 y 4.

Esta interpretación puede llevarnos a afirmar que tanto los quechuas como los aymaras en nuestros Andes, así como los asháninkas, shipibos, aguarunas y los 44 grupos étnicos adicionales de nuestra Amazonia, se encuentran legitimados formalmente para intervenir en la resolución de los conflictos que se susciten en sus territorios o jurisdicción comunal. Los diversos conflictos que involucran sus relaciones sociales, culturales y económicas serán de competencia de las autoridades comunales dentro de los criterios regulados en las normas constitucionales citadas.

Sin embargo, creo que las indicadas normas, particularmente la interpretación textual del artículo 149 de la Constitución, tienen algunas insuficiencias en la comprensión de la heterogénea realidad que ofrece Perú. En dicho sentido, considero importante resaltar tres aspectos: en primer lugar, la omisión o exclusión de las rondas campesinas como organizaciones o grupos sociales que también intervienen en la resolución de conflictos de las poblaciones de caseríos o anexos de la sierra peruana; en segundo lugar, el tema de los límites que desde la Constitución Política se imponen a los sistemas no estatales de resolución de conflictos, como el supuesto de “los derechos fundamentales de las personas”; y en tercer lugar, la compleja situación de las personas inmigrantes de las comunidades favorecidas con las normas comentadas, cuando por diversas razones se desplazan con su cultura a espacios físicos y sociales diferentes.

El primer aspecto, referido a la omisión o exclusión de las rondas campesinas¹⁸ como sistema de resolución de conflictos, coincide con otras omisiones o exclusiones constitucionales a nuestra heterogénea realidad, en la que perviven otras formas organizativas con directa intervención en la resolución de conflictos en los Andes, la Amazonia y la franja costera peruana. El artículo 149 de la Constitución Política sólo considera a las rondas campesinas como órganos de apoyo, y no como órganos directos responsables de resolver sus conflictos. Ello contradice la realidad de las rondas originarias de Cajamarca, que intervienen directamente en la captura y sanción de abigeos y otra clase de “ladrones chicos” y “ladrones grandes” en su ámbito territorial¹⁹.

Asimismo, las indicadas normas constitucionales omiten otras formas organizativas sociales importantes de las diversas regiones del Perú. Me refiero a las parcialidades del Sur Andino, los caseríos y anexos de la Amazonia y serranía, así como a los centros poblados y grupos interco-

¹⁸ Las rondas campesinas se pueden definir como organizaciones campesinas principalmente situadas en zonas o regiones andinas, identificadas con un territorio y una población determinada y que a través de pequeños subgrupos vigilan el “buen orden” y protegen el patrimonio y recursos que poseen.

¹⁹ Para una mayor comprensión de la realidad que identifica a las rondas campesinas de Cajamarca, puede consultarse a Orin Starn (1991), Raquel Yrigoyen (1993), Hans Jürgen Brandt (1986), Ludwig Huber (1995), entre otros.

munes microrregionales que se encuentran distribuidos en diversas partes del país. Estas formas organizativas tienen una gran semejanza a lo que se identifica como “comunidades campesinas” o “comunidades nativas”; sin embargo, carecen de su reconocimiento formal como tales o, simplemente, carecen del interés de que se les reconozca como tales²⁰. En todas ellas también es posible encontrar a su interior diversos sistemas de resolución de conflictos.

El segundo aspecto importante es el referido a los límites de los derechos fundamentales de la persona, resaltado en el artículo 149 de la Constitución Política. La norma establece que las “comunidades campesinas” y “nativas” pueden resolver sus conflictos siempre que no “violen los derechos fundamentales de la persona”. Con ello se busca cautelar el orden jurídico del Estado –resaltado anteriormente en la cita de Kelsen–, que debe ser entendido como “puro”, “central”, “único” o “sin contradicción”²¹. En otras palabras, se busca controlar la aplicación de los derechos “nativos”, algunas veces llamados “primitivos”, que contradicen los valores de vida o dignidad que se han construido en el Estado peruano desde otras culturas como la europea u “occidental”. Sin embargo, frente a esta apreciación, teóricamente se opone el hecho de que las propias comunidades aymaras, quechuas, shipibas, aguarunas o asháninkas tengan sus propios límites, basados en condiciones propias que los han llevado a configurar sus propias concepciones de vida y dignidad, tal como lo han venido haciendo históricamente²². En otras palabras, ni la citada norma constitucional ni el Estado logran concebir la existencia de límites propios desde las “comunidades campesinas” o “nativas”.

La redacción del artículo 149 de la Constitución expresa un rol paternalista, que tiene sus orígenes en las primeras leyes de la República y en el período de la Colonia española, cuando el indígena era considerado como un “ser inferior”²³. Pero, a su vez, dicha norma es agresiva, en tanto reconoce la diversidad de jurisdicciones que operan en las comunidades campesinas o nativas y al mismo tiempo las somete a los límites de “dere-

²⁰ El caso de la comunidad campesina y la forma organizativa “parcialidad” en el Sur Andino es muestra de la poca importancia de adecuación a las actuales normas. En dicha microrregión la mayoría de las parcialidades han pasado a convertirse en comunidades campesinas; pero también hay otras –muchas– que a pesar de cumplir con las condiciones y requisitos, no tienen el interés por tal reconocimiento. La parcialidad, como se explica en el capítulo siguiente, es semejante a la “comunidad campesina”.

²¹ Esta referencia corresponde a la teoría de Hans Kelsen (1934, 1974, 1983). Ver al respecto el capítulo 1.

²² El tema de estos límites puede ser entendido en mayor detalle a partir de la explicación de los sistemas de resolución de los aymaras del Sur Andino que se desarrolla en los capítulos 5, 6 y 7.

²³ Una muestra reciente de esta apreciación puede encontrarse en el Código Penal de 1924, vigente hasta el año 1991, donde se consideraba a los indígenas andinos como “semicivilizados” (artículo 44º) y a los indígenas amazónicos como “salvajes” (artículo 45º).

chos fundamentales” que no necesariamente conocen y que, incluso, pueden ser contrarios en su operación y apreciación.

Creo que se trata de una situación de conflicto normativo que contradice el derecho a la identidad cultural regulado en el artículo 2º, inciso 19 de la misma Constitución. Como se ha citado, el artículo 2º, reconoce el derecho de toda persona a su identidad “étnica y cultural”, obligando al Estado al reconocimiento de la pluralidad étnica y cultural de la Nación. La norma citada no incluye los límites de los “derechos fundamentales de las personas”. Esto quiere decir que reconoce tal derecho de identidad sin limitaciones, lo que lleva a pensar, para ser coherentes con el propio ordenamiento jurídico, que dentro de este derecho de identidad se incluye necesariamente el reconocimiento de la diversidad jurídica, como también el ejercicio de la resolución de los conflictos de tales personas sin limitaciones, pues lo jurídico y los sistemas de resolución no son sino componentes o complemento de tal identidad, tal como ocurre con la propia regulación normativa del Estado peruano²⁴.

A ello se suma un punto de discusión teórico: ¿qué se entiende por derechos fundamentales de la persona? ¿Sólo los derechos del debido proceso, que involucran las mínimas garantías de las personas dentro de los sistemas de resolución de conflictos? ¿O también los derechos sustantivos fundamentales, como los de la integridad física, salud, alimentación, propiedad, que al propio Estado se le hace difícil cumplir? ¿O estamos hablando, más bien, de los derechos fundamentales sustantivos y del debido proceso, tal como los conciben los propios comuneros, de las “comunidades campesinas” y “nativas” los mismos que pueden ser diferentes a como lo conceptúa la sociedad moderna europea? En cualquiera de los casos, el problema no es fácil de abordar y requiere bastante creación y conocimiento de las realidades que identifican a dichos grupos étnicos o sociales²⁵.

El tercer aspecto que es importante comentar es la situación de los inmigrantes. El artículo 149 de la Constitución regula la situación de los comuneros (quechuas, aymaras, shipibos, aguarunas, asháninkas, entre otros)

²⁴ El Estado peruano, como ocurre con el conjunto de Estados modernos, también denominados Estados-nación, se compone de cuatro poderes clásicos: el poder ejecutivo, el poder judicial, el poder legislativo y el poder electoral. Lo jurídico no viene a ser, dentro de dicho criterio, sino el conjunto de normas y procedimientos que ponen en marcha tales poderes; y los propios sistemas de resolución de conflictos, agrupados en su poder judicial, aparecen también como parte del mismo Estado.

²⁵ No es el propósito del presente trabajo abordar el problema. Sin embargo, en forma genérica se puede afirmar que la experiencia aymara presentada en los siguientes capítulos puede mostrarnos que no hay razón para imponer los límites de “los derechos fundamentales de la persona” que son externos a los indicados comuneros. Se puede afirmar que ellos son respetuosos de los derechos fundamentales reconocidos por el Estado y solo excepcionalmente, como también ocurre en el actuar de los propios gobernantes, transgreden dichos derechos. Para una apreciación sistemática de la confrontación de posiciones puede consultarse a Miguel Giusti (1999) y a Peña (2001a y c), entre otros.

que habitan en sus respectivas comunidades, pero, ¿qué ocurre con los emigrantes de estos grupos sociales o, para ser más preciso, con las grandes masas de poblaciones que se han movilizad o en bloque a las principales ciudades del país?²⁶ Al respecto la norma constitucional omite una gran realidad.

El problema suscita una reflexión comparativa desde la teoría del derecho internacional. El inmigrante del que estamos hablando pertenece, en términos reales, normalmente a un grupo social o étnico diferente al de los gobernantes del Estado o al de la sociedad de recepción. Es como si se tratase de un ciudadano “extranjero” que más allá de un pasaporte trae consigo una identidad económica, social y cultural diferente al ciudadano de la sociedad de recepción. Un simple ejemplo de esta identidad que se traslada con el inmigrante se puede apreciar en el idioma: en el caso peruano, el quechua, aymara, shipibo, asháninka o aguaruna que se traslada a la ciudad, donde se habla el castellano, lleva consigo un idioma materno que será difícil de perder a pesar de los años de residencia en la sociedad de recepción. Como el idioma, cada ciudadano de estos diferentes grupos trasladada, al migrar, valores y patrones de conducta diferentes. ¿Qué hacer cuando dichos valores o patrones de conducta colisionan con las normas preestablecidas de la sociedad de recepción? Frente a ello, el derecho internacional presenta dos cuestiones previas: identificar la autoridad competente y seguidamente identificar el derecho aplicable.

En cuanto a la autoridad competente o el juez legitimado para resolver el caso, la solución normalmente propuesta es la que identifica a los órganos del Estado donde se suscita el conflicto. Por ejemplo, ante el caso que identifica a una pareja de chayahuitas inmigrantes desde la Amazonia, donde la mujer es una menor de edad y la cultura de recepción considera tales actos como violación sexual presunta, la autoridad competente es, de acuerdo con las normas del derecho estatal peruano, el fiscal provincial y el juez especializado en lo penal de turno. Estas autoridades se encuentran identificadas con el poder judicial estatal, lo que significa que tendrán que razonar y actuar teniendo en cuenta las normas y el procedimiento que siguen a la norma fundamental (la Constitución Política de Perú), así como los límites que la misma impone. No existe hasta ahora dentro de la indicada norma fundamental –ni dentro del orden jurídico estatal peruano– el reconocimiento de otras alternativas de órganos de resolución. Ello significa que el citado caso de los chayahuitas sería resuelto por una autoridad o

²⁶ Un aspecto interesante de este proceso de migración es encontrar barrios y asentamientos humanos que identifican a familias de zonas rurales determinadas. Por ejemplo, en Pamplona Alta es posible identificar a muchos migrantes del Sur Andino, que a pesar del tiempo transcurrido (20 años de su migración) continúan interactuando con sus comunidades de origen. Asimismo, resulta interesante citar el proceso de andinización que vive Lima, actualmente la ciudad donde se puede encontrar a la población más numerosa de habla quechua (ALPU, Foro “Las identidades del Perú frente al nuevo milenio”, diciembre 1999).

juez parcializado, de cultura diferente, identificado con normas, procedimientos y principios de un orden jurídico diferente a las partes del conflicto.

Frente a esta situación, en teoría es posible presentar otras alternativas de órganos o sistemas de resolución, como las siguientes:

- Consejo Jurídico de Ancianos. René Kuppe (1994) cita el ejemplo de la comunidad de Yirrkala, del norte de Australia, en la que operó dicho consejo. Este se integraría por ancianos de la comunidad de origen del migrante y su función sería la de nombrar o proponer un “tribunal comunal” encargado de solucionar el conflicto concreto.
- Jurado Escabinado. Raquel Yrigoyen (1994) lo propone para evaluar si un acto de un comunero determinado, inmigrante o no, transgrede derechos fundamentales o en el supuesto de conflicto de aplicación entre el derecho “consuetudinario” y el derecho estatal. Se refiere a jurados mixtos, integrados por autoridades de la población inmigrante y jueces o profesionales nombrados por el Estado. Dentro de su labor puede considerar la pericia antropológica.
- Jurado o Tribunal Neutral. Integrado por personas no pertenecientes a ninguno de los grupos o sociedades de los que son miembros las personas en conflicto. Se convocaría o nombraría por un consejo especial constituido por las autoridades de los dos grupos o sociedades involucradas.

Como se puede apreciar, además de la posible intervención del juez oficial del Estado, existen otras alternativas que consideran el concurso de profesionales, jurados o tribunales integrados por personas que se elegirían bajo consenso de los grupos o sociedades cuyos miembros se encuentren en conflicto o, por lo menos, con una mayor participación de ambas partes involucradas. Estas alternativas resultan las más adecuadas dentro del marco de la teoría intercultural que integra el derecho a la identidad cultural antes descrito²⁷.

La identificación del derecho aplicable, de otro lado, también suscita controversia. Frente al caso presentado, el de la pareja de chayahuitas inmigrantes, una vez identificado el juez competente cabe preguntar: ¿qué derecho se aplica? ¿El derecho de los chayahuitas, el derecho del Estado o un derecho neutral? Frente a estos interrogantes, desde el derecho estatal peruano y, particularmente, desde la literatura jurídica se han propuesto soluciones que recogen la experiencia del derecho internacional. Siguiendo a Fernando de Trazegnies (1996), se puede afirmar que frente al problema del derecho aplicable se presentan dos alternativas de técnica jurídica recogidas del derecho internacional: el derecho donde se producen los he-

²⁷ Ver al respecto la parte referente a la “Justificación del derecho a la identidad cultural y ubicación del concepto poder judicial comunal”.

chos o el derecho de pertenencia de las personas. De Trazegnies lo explica en los siguientes términos:

El derecho tiene instrumentos para manejar la diversidad de órdenes jurídicos, cuando estos se encuentren más claramente diferenciados y los cruces de normatividad son más bien excepcionales y precisos. De esta forma el derecho moderno puede seguir el llamado “criterio del lugar donde suceden los hechos” o *ius soli* o el “criterio del derecho propio de las personas”, llamado *ius sanguinis* para establecer si un determinado caso será resuelto por aplicación del derecho nacional (o *derecho particular*) donde sucedieron los hechos y donde generalmente se está juzgando el problema, o si se resolverá mediante la aplicación de los derechos de los países (o *grupos étnicos o sociales*) a los que corresponden los sujetos involucrados (...). (1996, 86-87; paréntesis e itálicas mías)

Como se puede apreciar, existen dos caminos a través de los cuales puede regularse el conflicto donde sea parte o donde se encuentre involucrada una parte inmigrante de los grupos étnicos o sociales antes referidos: de un lado, el derecho que involucra a su grupo cultural –el *ius sanguinis*– y de otro, el derecho del lugar en donde se encuentre y donde se susciten los hechos –el *ius soli*–. En cualquiera de los dos casos, la solución tampoco es sencilla porque involucra nuevamente el conjunto de valores sobre vida y dignidad, como el matrimonio chayahuita mencionado, a veces radicalmente diferentes. El tema de los derechos fundamentales nuevamente puede verse comprometido.

Sin embargo, frente a tal problema, en materia de conflictos penales, el ordenamiento jurídico peruano ha hecho una importante contribución. El actual Código Penal, en su artículo 15, regula lo que se ha dado en llamar “error de comprensión culturalmente condicionado”:

Artículo 15. El que por su cultura o costumbres comete un hecho punible sin poder comprender el carácter delictuoso de su acto o determinarse de acuerdo a esa comprensión, será eximido de responsabilidad. Cuando por igual razón, esa posibilidad se haya disminuida, se atenuará la pena.

Como puede apreciarse, la norma penal citada aparece como un importante instrumento de argumentación frente al problema propuesto. Tiene una opción preponderante por la regla del *ius sanguinis*, es decir la opción por el derecho que pertenece al inmigrante comprometido, a pesar de que el juez que lo aplica lo hace facultado desde el criterio del *ius soli*. Pero la norma va más allá de la relación de los inmigrantes, porque puede ser alegado en cualquier conflicto penal –de inmigrantes y no inmigrantes– donde se vieran comprometidos los valores o costumbres de una cultura diferente. Es más, se puede afirmar que dicha norma abre las puertas para que se razone en el mismo sentido frente a conflictos de otras materias,

como los de índole familiar, patrimonial, laboral, de responsabilidad civil, entre otros.

La norma amerita comentarios adicionales. La solución penal propuesta no deja de ser parcial y hasta etnocéntrica frente al problema: consideramos “error” o “hecho punible” aquello que puede identificar como elemento cultural a un grupo étnico o social determinado, y, de otro lado, el problema de “incomprensión” del hecho delictivo corresponde ser probado –con mucha rigurosidad– por el inmigrante involucrado, mientras sus juzgadores –por tratarse de materia penal– pertenecen a la autoridad central, esto es el juez penal del poder judicial estatal²⁸. Al final, el poder central siempre tendrá formas de controlar o someter a los miembros de grupos étnicos o sociales diferentes a su sistema de resolución o procedimiento de administración de justicia.

En suma, con base en un balance del tratamiento normativo del concepto de poder judicial comunal dentro de nuestro sistema legal u orden jurídico, se puede afirmar que el mismo sí se encuentra reconocido. Tal reconocimiento formal se hace bajo la denominación de “jurisdicción especial” y dentro del marco del derecho a la identidad cultural. Sin embargo, también cabe indicar que si bien tal reconocimiento simboliza una gran contribución al debate que aquí se presenta, también es posible resaltar la existencia de algunas deficiencias que requieren una mayor reflexión y estudio.

²⁸ Un ejemplo bastante conocido que muestra estas limitaciones es el caso de la pareja quechua-hablante unida por Servinakuy (matrimonio andino que puede unir a un adulto con una menor de edad) que se desplaza a Lima. Al no ser comprendido o conocido el Servinakuy por las autoridades penales, lo consideran delito contra la libertad sexual –específicamente violación de menor–, que produce la detención inmediata del varón y su sometimiento a un proceso penal largo con “reo en cárcel”. Uno de estos casos es referido por Fernando de Trazegnies como experiencia de un juez penal del Callao (entrevista en *Themis*, revista de Derecho, N° 15. Lima: PUCP, 1989). En dicho caso, si bien al final el inculpado pudo conseguir el “sobreseimiento” de su causa y quedar libre, previamente tuvo que purgar años de cárcel con el correspondiente abandono de su familia.

Otro ejemplo recientemente ocurrido (2000-2001) es el de una pareja de chayahuítas unidos en matrimonio tradicional, donde el varón es un mayor de edad (30) y la mujer, de una comunidad vecina, una menor de 9 años. Por denuncia del teniente gobernador, a insistencia del gobernador de la ciudad, el chayahuíta varón fue detenido y la mujer enviada a su comunidad de origen. Si bien la corte superior aplicó el artículo 15° del Código Penal, liberando de responsabilidad al chayahuíta varón, este previamente había purgado seis meses de prisión (Expediente 2000-0019-221602, Alto Amazonas-Yurimaguas).