

PRIMERA PARTE

EL CONCEPTO DE PODER JUDICIAL COMUNAL Y SU RECONOCIMIENTO

A través de un enfoque interdisciplinario, el presente marco teórico sirve de preámbulo a los capítulos siguientes. Antes de afirmar la existencia del concepto de poder judicial comunal desde la experiencia, es necesario formular una noción básica que delimite sus componentes y permita comprender e interpretar los hechos del trabajo de campo. En el mismo sentido, para hacer viable ese concepto, es pertinente presentar el ámbito de reconocimiento donde se desenvuelve para encontrar su fundamento político y jurídico.

En esta perspectiva, la primera parte del libro se divide en dos capítulos: el primero referido a la conceptualización de lo que llamo poder judicial comunal y el segundo referido al derecho a la identidad cultural y al marco normativo que sustentan el poder judicial comunal.

El primer capítulo recurre a diversos autores y diversas teorías para explicar cada uno de los elementos centrales de la aproximación teórica al concepto poder judicial comunal. Sin embargo, cabe destacar que cualquier concepto, desde una perspectiva antropológica y social, resulta inconmensurable. Al relacionar los conceptos de ‘sistema’, ‘sistemas plurales’, ‘poder’, ‘conflicto’ y ‘comunidad’ como componentes del concepto poder judicial comunal resulta difícil citar y establecer una sola corriente de opinión que aclare nuestro concepto. La existencia de numerosas alternativas de interpretación y definición hace inevitable omitir muchas de ellas. En tal sentido, en este primer capítulo busco recurrir a las teorías más sencillas y prácticas que sirvan para explicar mi aproximación teórica, dejando para un trabajo posterior un mayor desarrollo de las mismas.

El segundo capítulo trata de seguir el mismo criterio. Como es difícil abarcar el desarrollo de un fundamento antropológico, social o jurídico del concepto poder judicial comunal, recorro a la teoría o doctrina de un derecho muy difundido en los últimos años. Se trata del *derecho a la identidad*

cultural, que involucra lo antropológico y lo jurídico en términos bastante directos. El derecho a la identidad cultural, como cualquier asunto de derecho, es una abstracción lógica, formalmente simbólica, pero que en la práctica o en su origen tiene una gran cercanía con contextos pluriculturales, como el Perú del que se sustrae el concepto de poder judicial comunal. Es a través de la justificación empírica y teórica de este derecho como explicamos el reconocimiento y la viabilidad del concepto poder judicial comunal. Para ello, en el mismo capítulo, interpreto el concepto de poder judicial comunal dentro del marco normativo del sistema jurídico del Estado peruano.

CAPÍTULO 1

Aproximación teórica al concepto de “poder judicial comunal”

En términos sencillos se puede afirmar que el concepto de “poder judicial comunal” significa la fusión de los conceptos de “poder judicial” y “comunidad”. “Poder judicial” entendido como uno de los clásicos poderes del Estado (sumado al poder legislativo, ejecutivo y en algunos casos al electoral), cuya función es la de resolver los conflictos en una sociedad o grupo social determinado, con autonomía e independencia; en tanto el concepto de “comunidad” se refiere a lo que se podría entender como grupos sociales integrados por relaciones sentimentales (Weber 1974, 33)⁷, bajo características económicas, sociales, culturales e históricas comunes, cuyos miembros viven regularmente en un espacio territorial definido.

La fusión de ambos conceptos lleva a una definición del poder judicial comunal. En términos amplios, y situándolo dentro del contexto peruano, con poder judicial comunal me refiero al conjunto de sistemas de resolución de conflictos que identifican a los comuneros de los Andes y que operan o ejercen su dominio sobre la diversidad de conflictos internos y externos –intercomunales– que involucran a los miembros de sus comunidades. Dicha definición tiene su punto de partida en el contexto comunitario que identifica a las “comunidades campesinas”⁸ de los Andes peruanos, pero puede extenderse al contexto comunitario de las diferentes “comunidades nativas”⁹ de la Amazonia peruana, como también a los diferentes contextos

⁷ Weber define el concepto de comunidad en los siguientes términos: “llamamos *comunidad* a una relación social cuando y en la medida en que la actitud en la acción social –en el caso particular– por término medio o en el tipo puro– se inspira en el *sentimiento* subjetivo (afectivo o tradicional) de los partícipes de *constituir un todo*” (1974, 33).

⁸ Con la denominación “comunidad campesina” se reconoce formalmente a las comunidades quechuas o aymaras de los Andes peruanos. Dicha denominación fue creada por disposiciones legales y no necesariamente responde a los orígenes sociales o culturales de esas poblaciones. En el caso de los aymaras, como veremos, una identificación más cercana a su estructura social es el *Ayllu* (ver capítulo 3).

⁹ En el mismo sentido de la nota anterior, la denominación “comunidad nativa” responde al reco-

comunitarios que identifican a las poblaciones étnicas¹⁰ o “indígenas”¹¹ que residen en países como Bolivia, Ecuador, Colombia, Argentina, Chile, Paraguay, Venezuela, Brasil, e incluso a las poblaciones étnicas centroamericanas y norteamericanas. En otras palabras, el concepto ‘poder judicial comunal’ quiere poner énfasis en aquellas formas de resolución de conflictos existentes en las poblaciones comunitarias originarias del continente americano.

Cabe aclarar que cuando se hace referencia al poder judicial comunal se busca caracterizar un tipo de poder judicial. En particular, el concepto es conveniente para distinguirlo del ‘poder judicial estatal’, que es el que proviene de la estructura del Estado moderno¹². El poder judicial estatal es el tipo de poder judicial identificado como el oficial o el legítimo en la función de la administración de justicia o de resolución de conflictos al interior de un Estado determinado. Es por naturaleza una instancia burocrática, compleja y jerárquica, integrada por diferentes juzgados y cortes, a su vez dirigidos por jueces o magistrados, que son profesionales en derecho. Dentro del mismo análisis se podría decir que el concepto de poder judicial comunal aparece como un tipo de poder judicial que identifica a poblaciones comunitarias, como las indicadas, cuya naturaleza no necesariamente es jerárquica ni profesional, y más bien se podría hablar de una instancia o de

nocimiento dado formalmente por el Estado a las comunidades asháninkas, shipibas, aguarunas y a las 44 poblaciones adicionales diferentes que residen en la selva o la Amazonia peruana. Como en el caso de los quechuas o aymaras, la organización social y cultural de estas poblaciones responde a categorías diferentes a las usadas normalmente por las autoridades del Estado.

¹⁰ Uso el término “étnico” en su sentido general con referencia a grupos humanos que a partir de ciertas actividades, características o símbolos conforman una unidad. Dos características que se pueden destacar de “lo étnico” es el uso de una lengua común y su identificación con un territorio determinado.

¹¹ Con el término “indígena” normalmente la literatura especializada se dirige a los grupos humanos o poblaciones originarias de un determinado lugar. En mi opinión, tal término ha tenido un uso peyorativo, y en todo caso un “sinsentido” de su significado porque podría involucrar no solamente a los quechuas o asháninkas sino también a los vascos, los galeses, los irlandeses, los germanos y el conjunto de grupos humanos que, aprovechando su predominio en determinados espacios sociales, construyeron un Estado. Rodolfo Stavenhagen (1988), refiriéndose a la complejidad de la definición y al uso del término “población indígena”, sostiene que cada país lo ha planteado a su manera, llegando a soluciones que abarcan una amplia gama de criterios: “desde factores exclusivamente, o casi exclusivamente, raciales, hasta consideraciones en que predominan criterios socioculturales (...); así encontramos entre otras (denominaciones): ‘población indígena’, ‘aborígenes’, ‘nativos’, ‘selvícolas’, ‘minorías étnicas’, ‘minorías nacionales’, ‘poblaciones tribales’, ‘poblaciones semitribales’, ‘minorías lingüísticas’, ‘minorías religiosas’, ‘indios’, o simplemente ‘tribus’, ‘tribus semibárbaras’, ‘poblaciones no civilizadas’, ‘poblaciones no integradas a la civilización’, ‘pueblos indígenas’, ‘autóctonos’, ‘poblaciones autóctonas’, etc...” (1988, 135).

¹² Entiendo por “Estado moderno” aquel que se construyó entre los siglos XV y XVIII en Europa Occidental y que tiene como principal característica la soberanía de un territorio, la primacía de autoridades nacionales, así como la presencia de un gobierno y un derecho nacional. En la historia de este modelo o fenómeno de Estado es donde se configuró la clásica división de poderes antes referida.

instancias de fácil acceso para los miembros de la comunidad o comunidades con las que se identifica.

ELEMENTOS PRINCIPALES DEL CONCEPTO PODER JUDICIAL COMUNAL

La definición desarrollada lleva a destacar por lo menos cinco elementos del concepto poder judicial comunal. En primer lugar, se trata de aclarar que dicho concepto consiste en un *conjunto* de sistemas y no en *uno*. En segundo lugar, cuando me refiero al concepto de ‘sistema’ busco resaltar particularmente la presencia de una organización y un orden. En tercer lugar, la puesta en funcionamiento de estos sistemas de resolución se ve seguida o encauzada por relaciones de poder. En cuarto lugar, el ámbito del ejercicio de tales sistemas comprende diversos tipos de conflictos que involucran a los miembros de la comunidad o comunidades con las que opera; y en quinto lugar, detrás de todos los elementos que se mencionan se hace necesario aclarar el concepto teórico de comunidad o relaciones comunitarias que compone la referencia de lo comunal en mi definición.

MÁS QUE EN UN SISTEMA CONSISTE EN UN CONJUNTO DE SISTEMAS

El concepto de poder judicial comunal, al igual que el concepto de poder judicial del Estado, más que *un* sistema involucra un *conjunto* de sistemas de resolución de conflictos. En el caso del poder judicial estatal, tal conjunto de sistemas se encuentra en la presencia de distintos juzgados, tribunales o cortes –superiores y supremas–, que a su vez se encuentran fraccionados de acuerdo con las distintas materias que les son asignadas (civil, penal, constitucional, laboral, administrativo) y de acuerdo con los distintos distritos jurisdicciones o regiones donde se encuentran territorialmente ubicados. No es lo mismo un juzgado de primera instancia, que una corte o un tribunal que actúa como segunda instancia, como tampoco es lo mismo un juzgado de primera instancia en lo civil que un juzgado de primera instancia en lo penal, y asimismo se podría decir que las diferencias se multiplican cuando comparamos un juzgado de primera instancia en lo civil de una enorme ciudad, como puede ser el Distrito Judicial de Lima, frente a un juzgado de primera instancia en lo civil de una ciudad de los Andes, como el Distrito Judicial de Puno o de una ciudad de la Amazonia, como el Distrito Judicial de Iquitos. En estos últimos ejemplos, si bien el derecho racional-formal¹³ aplicable en materia civil (por ejemplo la aplicación del Código Ci-

¹³ El derecho “racional-formal” se refiere al “derecho moderno” que tiene una particular forma de

vil) resulta ser el mismo, el contexto geográfico cultural lleva a desarrollar otras formas de interpretación y aplicación que lo hacen diferente.

En el mismo sentido, el concepto de poder judicial comunal se puede ver estructurado en diversos sistemas de resolución (“juzgados” o “tribunales”), calificados de acuerdo con diferentes materias (familiar y comunal, por ejemplo) y cuya operación variará de acuerdo con el contexto geográfico cultural donde se encuentre ubicado. En un trabajo anterior (Peña 1998) expliqué cómo, de acuerdo con una comunidad aymara, se estructuran estos sistemas de resolución, distinguiendo:

- Tipos de conflictos: identificados bajo la forma de “lo familiar” y “lo comunal”.
- Órganos de resolución familiar y órganos de resolución comunal.
- Procedimientos de resolución: particularmente de tipo conciliador desde los órganos familiares y de tipo sancionador desde los órganos comunales.
- Acuerdos o decisiones finales: expresados bajo la forma de “arreglos” y “sanciones”.
- Participación de las partes: dentro del propósito de extinguir el conflicto.

Como puede apreciarse, dicha estructura se compone de al menos dos pilares fundamentales: lo familiar y lo comunal. A partir de la misma se configuran órganos, procedimientos y acuerdos o decisiones finales. El hecho de que se establezcan diferencias dentro de esta estructura, hace que se pueda distinguir más de un sistema en su actuación. Por ejemplo, no será lo mismo la actuación de los órganos familiares en relación con los conflictos comunales, como tampoco lo serían los órganos comunales respecto a los conflictos familiares. Los órganos familiares encuentran su límite en la actuación “privada” de los conflictos familiares, en tanto los órganos comunales hacen lo propio dentro del ámbito de lo “público” o lo

creación y aplicación, basada en la seguridad de la norma preestablecida identificada por Max Weber (1974, 511). En términos precisos, Weber resalta los siguientes aspectos de dicho modelo de derecho: “...la creación y la aplicación del derecho pueden también ser *racionales*, en sentido formal o en sentido material. Todo derecho *formal* es, cuando menos, relativamente racional. Un derecho es ‘formal’ cuando lo jurídico material y lo jurídico procesal no tienen en cuenta más que características generales, ‘unívocas’, de los hechos. Este formalismo ofrece dos aspectos. Puede suceder, en primer lugar, que las características jurídicamente relevantes sean de orden sensible. La sujeción a estas características externas representa el caso extremo de formalismo jurídico. Por ejemplo, cuando se exige que una determinada palabra sea pronunciada, que se estampe una firma, o que se ejecute una acción cuyo significado simbólico ha sido establecido definitivamente de antemano. Puede ocurrir también que las características jurídicamente relevantes hayan sido obtenidas por medio de una interpretación lógica, para construir con ellas una serie de conceptos jurídicos claramente definidos a fin de aplicarlos en forma de reglas rigurosamente abstractas. El rigor del formalismo de orden externo resulta atemperado por esta racionalidad formal, pues desaparece el aspecto unívoco de las características externas...” (1974, 511, la cursiva es mía).

colectivo de los conflictos comunales. A su vez se puede entender que la actuación de un determinado órgano familiar u órgano comunal sea diferente de acuerdo con el contexto geográfico cultural en el que actúe. Por ejemplo, no será lo mismo actuar en una comunidad de la zona lago donde el conjunto de familias identifican su vida con los recursos del lago y su cercanía, que actuar en una comunidad de la zona alta o puna donde el conjunto de familias se identifican regularmente con una ecología basada en los pastos naturales y en el ganado lanar. Ello puede mostrar la existencia de un conjunto de sistemas de resolución de conflictos dentro de la inicial imagen del concepto de poder judicial comunal que esbozo.

Teoría metodológica del pluralismo jurídico

La pluralidad de tales sistemas de resolución de conflictos tiene su sustento en la *teoría del pluralismo jurídico*¹⁴. Esta teoría, que en mi opinión puede entenderse más como un teorema metodológico¹⁵, es la que más ha aportado en la comprensión de los diversos sistemas jurídicos al interior de los Estados¹⁶. George Gurvitch (1932)¹⁷, al lado de otros autores como Ehrlich (1936), sustentaba en la década del treinta la existencia de tal pluralismo jurídico, oponiendo la existencia de sistemas jurídicos no estatales frente al derecho estatista. Leopold Pospisil (1971), en la década del sesenta, retoma en forma sistemática el cuestionamiento del sistema legal estatal, sustentando la existencia de grupos paralelos al Estado que funcionan como pequeñas sociedades o pequeños Estados, pero sin reconocimiento del Estado (1971, 99).

Dicha concepción, sin embargo, será profundizada en la década del ochenta, a través del aporte teórico de John Griffiths, Sally Falk Moore, Laura Nader, Boaventura de Sousa Santos y Masaji Chiba, entre otros. Así, por ejemplo, John Griffiths (1986), luego de sistematizar un grupo de definiciones de destacados autores de diferentes disciplinas, define el pluralismo jurídico como la presencia en un campo social de más de un ordenamiento jurídico. Dentro del mismo criterio, Griffiths resalta la existencia del pluralismo jurídico como producto del pluralismo existente en la sociedad o pluralismo social:

¹⁴ No es mi propósito desarrollar la teoría del pluralismo jurídico. Sin embargo, por la naturaleza del presente trabajo, creo necesario esbozar genéricamente dicha teoría.

¹⁵ Una explicación más amplia de esta apreciación puede consultarse en Peña (2001b).

¹⁶ El antecedente de esta teoría puede encontrarse en el desarrollo de lo que se ha definido como antropología política, abstraída de la antropología social, según hace notar Georges Balandier (1969). A su vez, los antecedentes de investigaciones de esa perspectiva vinculados a los temas de nuestra investigación pueden encontrarse en las obras de Maine (1861), Malinowski ([1926] 1982) y Gluckman (1967, 1978), entre otros.

¹⁷ La obra citada de George Gurvitch corresponde a *Sociología del derecho*, que en su versión francesa fue editada en 1932. La referencia de esta primera edición la tomamos de Renato Treves (1988).

El pluralismo jurídico es concomitante al pluralismo social: la organización jurídica de la sociedad es congruente con su organización social. El “pluralismo jurídico” se refiere a la heterogeneidad normativa derivada del hecho de que la acción social siempre tiene lugar en un contexto de múltiples y superpuestos “campos sociales semiautónomos”, el cual, puede añadirse, es en la práctica una condición dinámica. (1986, 37)

En su definición, Griffiths combina las concepciones de juristas que implícitamente trataron el tema (Hooker, Gillisen y Vanderlinden) y de juristas antropólogos que se han ocupado directamente de su definición (Pospisil, Smith, Ehrlich y Moore). De estos últimos recoge la teoría de los “niveles jurídicos” (Pospisil), la teoría de las “corporaciones” (Smith), la teoría del “derecho vivo” (Ehrlich) y la teoría del “campo social semiautónomo” (Moore)¹⁸.

Sally Engle Merry, en un trabajo posterior (1988) integra la definición del propio Griffiths con la de otros autores, llegando a distinguir entre dos tipos de pluralismo jurídico: el tradicional pluralismo jurídico y el nuevo pluralismo jurídico. El primero se refiere a la pluralidad de sistemas jurídicos presentes en sociedades o países poscoloniales, mientras el segundo se refiere a la pluralidad de sistemas jurídicos existentes en las sociedades o los países industrializados. Boaventura de Sousa Santos, en un trabajo reciente (1996, 1998), suma un tercer tipo de pluralismo jurídico: el pluralismo jurídico transnacional. Santos afirma que el pluralismo jurídico transnacional corresponde a un tercer período que se distingue de los precedentes en el sentido de que el debate ya no gira en torno a los ordenamientos jurídicos locales, infraestatales, que coexistían en un mismo espacio y tiempo nacionales, sino que “se refiere a los ordenamientos jurídicos supraestatales, transnacionales, que coexisten en el sistema mundial, tanto con el Estado como con los ordenamientos jurídicos infraestatales” (1998, 27-28).

Masaji Chiba (1987), dentro de una perspectiva menos “occidental”¹⁹, presenta el tema del pluralismo jurídico a través de la presencia de diferentes tipos de derechos y de una relación dicotómica de los mismos. Distingue entre “derecho oficial”, “derecho no oficial”, “derecho indígena” y “derecho transplantado”, confrontados en tres tipos de dicotomías:

1. La dicotomía entre el “derecho oficial” y el “derecho no oficial”: Se refiere a que el sistema legal del Estado es complementado, modificado o contrapuesto por sistemas legales no estatales que brotan de consensos generales de la población.

¹⁸ Ver al respecto Griffiths (1986, 37 y ss.).

¹⁹ Con “occidental” me refiero al aporte cultural e ideológico desarrollado históricamente por los diferentes países de Europa Occidental y continuado posteriormente por Estados Unidos. Particularmente destaco la historia del “dominio de la razón” iniciada en Europa en la segunda mitad del siglo XV, conforme lo explica Jean Duche (1964a y b).

2. La dicotomía entre la norma formal y los postulados legales: Se refiere a que la norma legal que designa una forma especial o patrón de conducta es orientado, complementado, criticado o revisado por los valores o ideales del derecho específico en el que se encuentra la indicada norma legal.
3. La dicotomía entre el “derecho indígena” y el derecho “transplantado”: Se refiere a que el derecho creado por la cultura originaria de un pueblo es orientado, complementado, criticado, revisado o contrapuesto por el derecho “transplantado” de un pueblo de cultura foránea. Particularmente la dicotomía se refiere a la contraposición de un derecho de un país no occidental que es alterado por la “importación” del derecho de países occidentales (europeos particularmente)²⁰.

A través de las dicotomías indicadas, el autor presenta y complica la teoría del pluralismo jurídico. No es que se trate simplemente de sistemas jurídicos diferentes al interior de un Estado o fuera de él, sino que a su vez interactúan dinámicamente con el referente del “derecho oficial”, de la norma formal o del “derecho transplantado”. Hay una oposición, complementación, crítica o revisión desde un “derecho no oficial”, desde los postulados legales y desde el propio “derecho indígena”.

Volviendo al análisis del poder judicial comunal como un conjunto de sistemas de resolución, se puede afirmar que dicho concepto se inserta dentro del contexto estatal de un país o sociedad como la expresión de un “clásico pluralismo jurídico” o como la dicotomía de un “derecho no oficial” o “derecho indígena” frente al “derecho oficial” o “derecho transplantado” de dicho país o sociedad. Sin embargo, al interior del mismo concepto de poder judicial comunal, entendido como un hecho social operativo o en funcionamiento, también se puede encontrar expresado un tipo de pluralismo jurídico. Este se refiere a un *pluralismo jurídico particular o local* que opera bajo la presencia de los diferentes órganos de resolución que, a su vez, distingue tipos de conflictos y procedimientos de resolución, así como la presencia de distintos acuerdos o decisiones finales sobre el indicado conflicto. En tal pluralismo jurídico se podría encontrar la dicotomía de lo familiar y lo comunal como sistemas contrapuestos que se complementan, se oponen, se recrean, se revisan desde cada uno de sus intereses, como se explicará más adelante.

La teoría del pluralismo jurídico hasta aquí esbozada ha tenido su aceptación y reproducción en investigaciones realizadas en el Perú. Trabajos como los de Francisco Ballón (1980), Desco (1977), Price e Iturregui (1982), Jürgen Brandt (1986), Pierre Foy (1987), Price y Revilla (1992), Abel Ambía (1989), Armando Guevara (1993), Wilfredo Ardito (1991), Ana María Tamayo

²⁰ Traducción propia. En el texto del autor (Chiba, 1987) se pueden consultar las pp. 6-9.

(1992), Patricia Urteaga (1993), Raquel Yrigoyen (1993), Sisi Villavicencio (1995), Oswaldo Torres (1995), Eduardo Castillo (1997) y Peña (1991, 1998), entre otros, han coincidido en mostrar la existencia de más de un sistema jurídico dentro del Estado peruano. El conjunto de dichos trabajos ha tenido como referencia el estudio de diferentes poblaciones étnicas o comunitarias de la Amazonia, los Andes y pueblos urbano-marginales en las grandes ciudades.

LOS “SISTEMAS DE RESOLUCIÓN” RESALTAN LA PRESENCIA DE UNA ORGANIZACIÓN Y UN ORDEN

En términos sencillos se puede afirmar que “sistema” significa “organización”, y éste significa “orden”. En suma, al hablar de “sistemas de resolución” se hace referencia a la presencia de un orden orientado a resolver o solucionar algo.

A su vez, el concepto de “orden” lleva implícita la referencia a normas o principios y procedimientos o ritos que lo integran. De acuerdo con la construcción teórica moderna, es normal negarse a concebir un orden sin normas o principios que regulen o guíen la conducta de los miembros de un grupo social determinado, como tampoco puede negarse la concepción de un orden bajo un conjunto de procedimientos o ritos que configuran etapas, condiciones y requisitos de un acto determinado en el mismo grupo social. El orden se compone de normas, principios y procedimientos que orientan la conducta de los miembros de un grupo social determinado a través de escalas, etapas, ubicaciones jerárquicas, requisitos, etcétera.

Teoría del sistema bajo Weber y Kelsen

Max Weber ([1922] 1974) y Hans Kelsen ([1934] 1974) son dos importantes exponentes de la idea de sistema como organización y orden dentro del desarrollo de la sociedad y el derecho “moderno” europeos. Weber distingue entre un orden jurídico (u organización jurídica) y un orden económico-social (u organización económico-social) (1974, 251). El orden jurídico es aquel sistema lógico sin contradicción compuesto por preceptos singulares (normas) de todas las clases que tienen una indiscutible validez empírica en la apreciación de un recto sentido de un círculo determinado de hombres. El orden económico-social, de otro lado, se refiere “a la distribución del poder de disposición efectiva sobre bienes y servicios económicos que se produce consensualmente según el modo de equilibrio de los intereses, y a la manera como esos bienes y servicios se emplean según el sentido de ese poder fáctico de disposición que descansa sobre el consenso” (1974, 251).

Si bien ambos órdenes yacen en planos distintos, Weber también hace notar que se encuentran “mutuamente en la más íntima relación” (1974, 252). De un lado, el hecho de que los seres humanos se comporten de un

determinado modo porque consideran que así está prescrito por las normas jurídicas expresa, en forma empírica o real –social y económicamente–, la validez del indicado orden jurídico (1974, 252); de otro lado, al convertir los intereses o las *posibilidades calculables* de los individuos por “pacto” u “otorgamiento” en normas jurídicas es porque expresan en un sentido lógico y coherente –muy jurídico– el orden económico y social (1974, 254).

Como se puede apreciar, de acuerdo con Weber, el concepto de orden u órdenes tiene en sí una división que integra las relaciones y las organizaciones económico-sociales y las relaciones y organización jurídicas o, en palabras de Weber, tiene en sí la referencia de un orden económico-social y un orden jurídico como dos aspectos diferentes y complementarios a la vez. En esta complementariedad es donde ingresan los componentes de normas, principios y procedimientos.

Desde un punto de vista más cercano al derecho y dentro de una posición más abstracta y jerárquica, Hans Kelsen (1934, 1974, 1983)²¹ resalta la presencia de las normas y los procedimientos dentro de la construcción de un sistema u orden jurídico. Cabe indicar que si bien este autor no destaca expresamente los principios jurídicos que guían dichas normas y procedimientos, estos de encuentran implícitos, de acuerdo con el argumento dicotómico de Masaji Chiba (1987) sobre normas-postulados, mencionados al tratar el tema de pluralismo jurídico. Así, relacionando los componentes de normas y procedimientos dentro del concepto de orden jurídico y explicando su fundamento, Kelsen sostiene lo siguiente:

Dado que el orden jurídico es un sistema de normas, se plantea de entrada una pregunta: ¿Qué es lo que constituye la unidad de una pluralidad de normas jurídicas? ¿Por qué una norma pertenece a un orden jurídico determinado?

Una pluralidad de normas constituye una unidad, un sistema o un orden cuando su validez reposa, en último análisis, sobre una norma única. Esta norma fundamental es la fuente común de validez de todas las normas pertenecientes a un mismo orden y constituye su unidad. Una norma pertenece, pues, a un orden determinado únicamente cuando existe la posibilidad de hacer depender su validez de la norma fundamental que se encuentra en la base de este orden. (1974, 135)²²

²¹ Cito la teoría de Hans Kelsen porque es un importante exponente de la idea de sistema y orden para la sociedad contemporánea. Con base en su teoría, que coincide en gran medida con la construida por Weber, se han elaborado las constituciones políticas de los países de la familia o tradición jurídica del derecho civil originaria de Europa continental y a la que adhieren el conjunto de países latinoamericanos. Esto explica por qué es tan conocido y valorado Hans Kelsen en las facultades de derecho del Perú y de otros países latinoamericanos. Para una mayor apreciación del concepto de familia o tradición jurídica civil y entender la influencia de la teoría de Kelsen en los países latinoamericanos pueden consultarse a John Merryman (1971, 1989) y a René David (1973).

²² La cita corresponde a la primera edición del clásico libro *Teoría pura del derecho* (1974), cuya

En otras palabras, Kelsen destaca, dentro de la apreciación lógica de lo que significa sistema u orden jurídico, la existencia de *unidad* con base en una *norma única* o *norma fundamental*. No puede haber unidad, sistema u orden si no existe esta norma fundamental que se encuentra, según el autor, en la base de todo sistema o, invirtiendo tal apreciación, en la cúspide de toda la estructura jerárquica normativa.

Pero, ¿qué es una norma fundamental? Siguiendo a Kelsen, nos encontramos con que tal norma fundamental simplemente es una hipótesis básica en donde se “indica cómo se crea un orden al cual corresponde, en cierta medida, la conducta afectiva de los individuos a quienes rige” (1974, 141). El autor resalta la frase “en cierta medida” en tanto considera que no es necesario que haya una concordancia completa y sin excepción entre un orden normativo y los hechos a los que se aplica (1974, 141). En términos sencillos se puede interpretar la existencia de esta hipótesis básica en la constitución política elaborada por los representantes de una sociedad determinada. La norma fundamental es la que hace posible la construcción del sistema u orden jurídico a partir de normas de menor jerarquía y procedimientos. Como se desprende de la cita, una norma es parte de un orden determinado solo cuando su validez (creación y eficacia) ha dependido de la norma fundamental. El procedimiento previamente fijado en la norma fundamental hace posible la validez de cualquier norma posterior e inferior.

Tal concepción ciertamente considera que paralelamente al sistema u orden jurídico se encuentra el orden económico-social mencionado por Weber, donde será posible encontrar los contenidos (principios) de las normas que se mencionan. Sin embargo, con Kelsen, este orden de los contenidos o de los hechos (en el que intervienen datos políticos, psicológicos, sociológicos, económicos, antropológicos, etc.) es desbordado por su paralelo normativo o simbólico. A pesar de que la norma y su procedimiento de confección pueden tener en su origen el orden social, económico, político, psicológico o antropológico, e incluso así se produzcan –desde los contenidos de este orden– reales alternativas de solución a sus conflictos, tal orden deja de ser importante una vez que se encuentre recogido en patrones abstractos y lógicos.

Bajo las citadas perspectivas de Weber y Kelsen, es posible entender el sentido de un orden o una organización dentro de la concepción de los sistemas de resolución de conflictos del Estado y la sociedad “moderna”²³

primera edición en alemán data de 1934. Cabe señalar que en la segunda edición del libro se mantiene el contenido citado aunque con otro lenguaje debido al origen de su traducción (1983).

²³ Al hablar de sociedad “moderna” me refiero al modelo de sociedad que se construye en los países europeos en forma previa y paralela al Estado moderno, desde el siglo XV de nuestra era,

que regula. Hay un orden, organización o sistema jurídico compuesto por normas, procedimientos y principios que, si bien teóricamente parte de su efectiva validez del orden económico-social como diría Weber, en la práctica se libera de dicho orden fáctico haciéndose más dependiente de los procedimientos de una norma fundamental (la constitución política de un país), como lo afirmaría Kelsen, consiguiendo dirigir bajo esta forma la conducta de cientos de miles o millones de ciudadanos aparentemente identificados con dicho orden. El poder judicial del Estado y el conjunto de sus sistemas de resolución no vienen a ser sino parte del mismo razonamiento. Cada sistema de resolución puede distinguir teóricamente entre un orden económico-social o un orden fáctico y el orden de las normas jurídicas (siguiendo a Weber), pero en la práctica lo que importa es el procedimiento que brota de las normas jurídicas o de la norma fundamental (siguiendo a Kelsen).

En otras sociedades, como las comunidades andinas, también hay la referencia de sistema u orden, pero estos no necesariamente siguen la construcción teórica de Max Weber y de Hans Kelsen. En dichas sociedades, al organizarse en pequeños grupos, fragmentados, es posible que permanentemente se tenga como referencia un orden económico-social y jurídico a la vez, sin que exista la necesidad de distinguirlos ni complementarlos. La construcción abstracta y lógica de un orden jurídico no necesariamente existe, como tampoco necesariamente existe la construcción específica de un orden económico y social. Ambos pueden coexistir unidos o separados, sin embargo lo que interesa al grupo o comunidad es que la conducta de quien comete una infracción, por ejemplo, sea analizada en su integridad: teniendo en cuenta sus contenidos o valores y la forma o patrón que identifica su propio sistema de resolución. En otras palabras, una sociedad organizada bajo pequeños grupos o fragmentos no prioriza en sí la norma o el procedimiento derivado de una "norma fundamental", sino la

que adquiere mayor significación con el surgimiento del hombre del Renacimiento, la concentración de poblaciones en grandes ciudades y su posterior extensión a las principales ciudades del mundo. Jean Duche (1964a y b) refiere tal surgimiento en los siguientes términos: "Siglos XIV-XV: El impulso del Occidente cristiano se derrumba en medio de las hambres, la peste negra, las guerras, el espíritu de lucro y las revueltas populares, mientras que de ello resultan dos fuerzas nuevas: las naciones y las burguesías. En Europa central, las ciudades mercantiles miran hacia el oeste, y el feudalismo lleva sus conquistas hacia el este. Los mongoles dominan Rusia, Bizancio se debilita. Los turcos otomanos, detenidos un momento por el sangriento intermedio de Temerlán, extienden metódicamente su imperio por el Oriente Medio. La China de los Ming se adormece en la tradición. En la desconocida América, los aztecas y los incas alcanzan el apogeo de su civilización en el momento mismo en que se prepara la irrupción europea.

"En Occidente, en la segunda mitad del siglo XV, la penosa gestación de un siglo y medio da por fin sus frutos políticos, técnicos, humanistas: se construyen monarquías absolutas, el hombre del Renacimiento reivindica una libertad no menos absoluta, pero son unos cristianos de la Edad Media, portugueses y españoles, los que van a abrir la tierra a los hombres. Occidente, ayer poseído por Dios, poseerá el mundo" (1964a).

resolución del conflicto en su origen, a partir de sus contenidos sentimentales y prácticos.

De ello puede comprenderse, como se mencionó anteriormente, que la presencia de un orden, organización o sistema al interior de sociedades comunitarias no suponga necesariamente jerarquía. Ésta es propia del modelo de sociedad estructurada o corporativa, como ocurre con las sociedades modernas, cuyo derecho aparece esbozado por la teoría antes citada de Max Weber y Hans Kelsen. Puede haber otras sociedades donde su organización no tenga como base una jerarquía sino otros aspectos como el ciclo agrícola o un ciclo ecológico, como en el caso de los pueblos de Nueva Guinea descritos por Roy Rappaport (1987). Para el caso de los aymaras del Sur Andino, en particular, es importante tener en cuenta esta segunda situación.

LA PUESTA EN OPERACIÓN DE LOS SISTEMAS DE RESOLUCIÓN SIMBOLIZAN RELACIONES DE PODER

Los sistemas, organizaciones u órdenes jurídicos o socio-económicos antes descritos se ponen en operación a través de relaciones de poder. En tal sentido, cuando el sistema, organización u orden interviene como mecanismo de resolución de conflictos está promoviendo, encauzando o materializando complejas redes o relaciones de poder de las personas que participan de tal sistema.

A continuación desarrollo el concepto de poder y sus relaciones entre los miembros de una sociedad o sistema, teniendo en cuenta dos perspectivas. Por un lado, una perspectiva que analiza el poder desde una comparación y explicación de la legitimidad, la dominación y el sometimiento de las partes o los actores interventores. Por otro lado, una perspectiva que analiza el poder desde su comparación y explicación con los márgenes de libertad, intercambio o negociación de las mismas partes o actores interventores. El desarrollo de la primera perspectiva sigue a Michel Foucault (1980, 1976-1996) y complementariamente a Max Weber (1974), en tanto el desarrollo de la segunda perspectiva sigue a Niklas Luhmann ([1975] 1995) y a Michel Crozier y Erhard Friedberg ([1977] 1990)²⁴.

El poder como “dominación”

Michel Foucault (1980), citado por Boaventura de Sousa Santos (1991), distingue dos formas de poder que pueden aproximar al desarrollo del subtí-
tulo

²⁴ Los autores citados parten de distintas perspectivas o corrientes de opinión y, ciertamente, desde éstas tienen sus particulares puntos de vista. Para fines de esta investigación he recurrido a una bibliografía específica de dichos autores, tratando de integrar su contenido, y con ello poder comprender mejor el trabajo empírico de las páginas siguientes.

lo propuesto. Las dos formas de poder son el poder jurídico (o estatal)²⁵ y el poder disciplinario. Santos lo resume en los siguientes términos:

el poder jurídico (o estatal) se basa sobre la teoría de la soberanía; es poder como un derecho poseído o intercambiado; un poder suma cero; está organizado centralmente y ejercido de arriba hacia abajo; distingue entre el ejercicio de poder legítimo e ilegítimo; se aplica a destinatarios autónomos preconstituidos; se basa sobre el discurso del derecho, la obediencia y la norma (...)

(...) En contraste, el poder disciplinario no tiene centro; se ejerce a lo largo de la sociedad; es fragmentado y capilar; se ejerce desde abajo hacia arriba constituyendo sus propios blancos como vehículos de su ejercicio; se basa en el discurso científico de la normalización y la estandarización producidas por las ciencias humanas (...). (1991, 203)

Ambas formas de poder consistirían, en otros términos, en un *poder formal*²⁶ que somete jerárquicamente, a través de las normas y los procedimientos, a la sociedad (poder jurídico) y en un *poder material* que igualmente somete, aunque esta vez horizontalmente, a partir del acto social mínimo de las relaciones humanas, a la misma sociedad. Estas dos formas de poder, sin ser las mismas, guardan una cierta coincidencia con los conceptos de poder, dominación y disciplina otorgados por el mismo Weber (1974)²⁷.

Michel Foucault reflexiona sobre la clasificación presentada y explica que el poder también atraviesa por mutaciones tecnológicas (1996, 58 y ss.). Así, sostiene que al lado de la invención de la máquina de vapor y otras, desde el siglo XVII y XVIII, se han venido desarrollando también

²⁵ El paréntesis corresponde a la interpretación de Santos (1991). El concepto de Estado es asumido en términos ideales haciéndolo coincidir con lo jurídico. En la práctica, los actores del Estado suelen manipular y tergiversar los actos de gobierno y con ello lo jurídico, distanciando tal semejanza teórica.

²⁶ Siguiendo la nota de pie anterior, la referencia de "poder formal" se refiere al uso ideal de lo jurídico y de las relaciones del Estado. En la práctica, el poder del Estado resulta ser manipulado negativamente contra una población a través de la formalidad.

²⁷ Weber define "poder" en los siguientes términos: "... poder significa la probabilidad de imponer la propia voluntad, dentro de una relación social, aun contra toda resistencia y cualquiera que sea el fundamento de esa probabilidad" (1974, 43). Esta definición es genérica e involucra la definición de poder jurídico y poder disciplinario de Foucault, pero al mismo tiempo se confunde con el concepto de violencia cuando se indica "cualquiera que sea el fundamento de esa probabilidad". De otro lado, los conceptos de "dominación" y "disciplina" son definidos por Weber en los siguientes términos: "(...) Por *dominación* debe entenderse la probabilidad de encontrar obediencia a un mandato determinado contenido entre personas dadas; (...) por *disciplina* debe entenderse la probabilidad de encontrar obediencia para un mandato por parte de un conjunto de personas que, en virtud de actitudes arraigadas, sea pronta, simple y automática" (1974, 43). Más adelante, el mismo autor distingue tres tipos de dominación en términos legítimos: dominación de carácter racional (o legal), de carácter tradicional y de carácter carismático (1974, 172). Puede notarse que el concepto de dominación de Weber guarda semejanza con el "poder jurídico" de Foucault. En el mismo sentido hay coincidencia entre sus conceptos de disciplina.

invenciones tecnológicas en la política (1996, 58). De esta forma destaca la disciplina y la regulación de la población como estas nuevas tecnologías. Sobre el concepto de disciplina agrega: “(...) la Disciplina es, en el fondo, el mecanismo de poder por el cual alcanzamos a controlar en el cuerpo social hasta los elementos más tenues por los cuales llegamos a tocar los propios átomos sociales, eso es, los individuos (...)” (1996, 59). El autor denomina esto como tecnología individualizante del poder o anatomía política y encuentra los mejores ejemplos en la disciplina del ejército y en la disciplina en la educación (1996, 59-60). Sobre la regulación de la población, Foucault agrega:

(...). el siglo XVIII descubrió esa cosa capital: que el poder no se ejerce simplemente sobre los individuos entendidos como sujetos –súbitos–, lo que era la tesis fundamental de la monarquía, según la cual por un lado está el soberano y por otro los súbditos. Se descubre que aquello sobre lo que se ejerce el poder es la población. ¿Qué quiere decir la población? No quiere decir simplemente un grupo humano numeroso, quiere decir un grupo de seres vivos que son atravesados, comandados, regidos por procesos de leyes biológicas (...). (1996, 61)

El autor denominará biopolítica a esta mutación del poder y los ejemplos que cita son numerosos: con dicho poder aparecen problemas como el del hábitat, el de las condiciones de vida en una ciudad, el de la higiene pública o la modificación de las relaciones entre la natalidad y la mortalidad (1996, 62)²⁸.

Se puede encontrar la clasificación del poder presentada en el ejercicio de los sistemas, órdenes u organizaciones de resolución. De un lado, el poder jurídico está presente cuando el representante del sistema, orden u organización somete con su decisión a las personas o grupos de personas (colectivos) en conflicto. De otro lado, el poder disciplinario está presente cuando al interior o desde el mismo sistema, orden u organización de resolución, la decisión dada contra una determinada persona o grupo de personas influye en sus familiares, vecinos y el conjunto de la sociedad que tiene conocimiento de dicha decisión. Todos coincidirán en evitar incurrir en el

²⁸ En forma complementaria a las dos formas de mutación citadas, Foucault sumará luego una tercera y “nueva técnica política del poder”: el sexo. Esta técnica es identificada entre las dos mutaciones anteriores (entre la anatomía política y la biopolítica) y consiste en la idealización simbólica de la vida y el cuerpo como objetos de poder (1996, 62-63). De otro lado, para complementar la definición de poder presentada desde el punto de vista de la “dominación” de parte de Foucault y Weber, cabe citar a Georges Balandier (1988), quien agrega el contenido simbólico del mismo concepto. Partiendo de la antropología africana, Balandier sostiene: “La primera consecuencia que imponen las descripciones y las interpretaciones africanistas es el reconocimiento de la proliferación simbólica inherente a todo poder. Este no puede ejercerse sobre las personas y las cosas si no recurre, además de la obligación legitimada, a los medios simbólicos y al imaginario. El acceso al poder político es, a la vez, acceso a imágenes. Los emblemas del poder (las regalías) dan materialidad a estos últimos y su apropiación basta a veces para conferir la legitimidad a quien quiera que los detente (...)” (1988, 92).

mismo “error” o se les aplica la misma medida. Pero más allá de este temor, lo que identifica el poder disciplinario es que tácitamente la población está convencida de aplicar ciertas medidas a todo aquel que no respete las reglas o normas establecidas en cada ámbito de su vida.

El criterio operativo anterior, si bien es más aplicable para sociedades “modernas”, puede ser extendido también para aquellas que se han identificado como comunales o comunitarias. En una sociedad “moderna”, un órgano o sistema de resolución someterá a través del poder jurídico formal y del poder disciplinario a todo aquel individuo que abuse de sus derechos o no respete las reglas de convivencia prefijadas por una “norma fundamental”. En una sociedad comunitaria, el órgano o sistema de resolución utilizará un poder jurídico-fáctico o material, prefijado en las costumbres o por asamblea, y un poder disciplinario, construido desde cada unidad organizativa mínima –como puede ser la familia–, que no respete los intereses o deseos de convivencia armónica y sentimental que hacen posible la unidad del grupo o sociedad. En el primer tipo de sociedad y en sus sistemas de resolución se destacan relaciones de poder (jurídico y disciplinario) basadas en la norma fundamental y el propio interés y conducta de los individuos, en tanto en el segundo modelo de sociedad y en sus sistemas de resolución destacan relaciones de poder (jurídico y disciplinario) basadas en la convivencia armónica y el interés familiar o colectivo²⁹.

En el mismo sentido, las mutaciones tecnológicas citadas tienen su aplicación en los dos modelos de sociedad prefijados, aunque su desarrollo, en los términos fijados por Foucault, responde más al modelo de una sociedad “moderna”. Así, la proyección del poder disciplinario en cuanto a uso del cuerpo como tecnología individualizante o anatomía política responde más al desarrollo de las relaciones “modernas” que, a su vez, valoriza y despersonaliza a la persona o individuo. Pero puede extenderse a los mismos modelos de sociedad comunitaria en tanto se produzca en ésta un proceso de “individualización” o separación de sus organizaciones mínimas, como la familia. De otro lado, el poder de regulación de la población en términos biopolíticos responde también en gran medida al criterio “moderno” de valorar y utilizar a la población como “masa manipulable” más que como “público participante”. Esto puede extenderse a las sociedades comunitarias en las que una determinada autoridad o la asamblea comunal, como entes reguladores, pueden llegar a opacar o manipular a sus unidades mínimas de organización, como la familia, los grupos de comuneros o sectores de la comunidad.

²⁹ Un ejemplo particular sobre el uso del poder en sociedades comunitarias en los términos esbozados puede apreciarse cuando las autoridades comunales o el pariente mayor multan o “llaman la atención” al comunero que, desviando la jurisdicción comunal, recurre a las “autoridades judiciales de la ciudad”. Al respecto, ver particularmente los capítulos 4 y 5.

El poder “voluntario”

El concepto de poder puede adquirir un significado complementario desde las perspectivas de Niklas Luhmann (1995) y Michel Crozier y Erhard Friedberg (1990). A través de perspectivas diferentes, estos autores desarrollan el concepto de poder desde los sistemas de comunicación y desde los sujetos participantes o actores sociales en una relación dada.

Siguiendo esta perspectiva, Niklas Luhmann (1995) define el poder como un medio de comunicación que, utilizando la libertad más que la coerción, limita la gama de selecciones de uno respecto a otro (1995, 15-17). Lo particular de dicha definición consiste en destacar el uso de la libertad para neutralizar la voluntad del otro, mas no el interés de doblegar la voluntad de un inferior:

El poder del portador de poder es mayor si puede poner [a su favor] la elección de realizar, con base en su poder, tipos de decisiones cada vez más diversas. Y, además, su poder es mayor si puede lograr esto con un compañero que, por su parte, posea varias alternativas diferentes. El poder aumenta con la libertad en ambas partes y, por ejemplo, en cualquier sociedad determinada, aumenta en proporción con las alternativas que produce. (1995, 15)

Bajo tal criterio, Luhmann afirma que “la causalidad del poder consiste en neutralizar la voluntad, no necesariamente en doblegar la voluntad del inferior” (1995, 18). Ello significa que el poder, más que una causa u origen de obligación, coerción o violencia, es una construcción que puede compararse con la función compleja de un catalizador que produce ganancia de tiempo (1995, 18)³⁰.

Partiendo de una perspectiva diferente, Crozier y Friedberg (1990), utilizando los componentes conceptuales de *constructo*³¹, incertidumbre, negociación o intercambio y actores sociales, conducen a un particular concepto de poder, cercano –en mi opinión– a la citada definición de Luhmann. Criticando el concepto convencional de poder identificado como atributo o propiedad, los autores alcanzan la siguiente definición:

Pero el poder del que estamos hablando no podría asimilarse al que detentaría una autoridad establecida. El poder no es el simple reflejo y producto de una estructura de autoridad, organizativa o social,

³⁰ Luhmann explica la función catalizadora del poder en los siguientes términos: “(...) los catalizadores aceleran (o retardan) el inicio de los sucesos, sin cambiar ellos mismos en el proceso. Causan cambios en el coeficiente de conexiones efectivas (o probabilidad) que se espera de las conexiones causales que existen entre el sistema y el entorno. De este modo, finalmente producen una ganancia de tiempo, que es siempre un factor crítico para la construcción de sistemas complejos (...)” (1995, 18).

³¹ El concepto de *constructo* que se asume de Crozier y Friedberg (1990, 10 y ss.) es el siguiente: acción organizada de los hombres o acción colectiva que se contrapone a la idea convencional de organización que maneja al grupo, y a la percepción de actuación pasiva de los hombres.

como tampoco es un atributo o una propiedad de cuyos medios uno se puede apropiar (...). En el fondo no es otra cosa que el resultado, siempre contingente, de movilización, por los actores, de las fuentes de incertidumbre pertinentes que ellos controlan en una estructura de determinado juego, por sus relaciones y transacciones con los otros participantes en ese juego. Es pues una *relación* que en tanto mediación específica y autónoma de los objetivos divergentes de los actores, está siempre ligada a una estructura de juego. (1990, 25-26)

Crozier y Friedberg subrayan los componentes “relación”³² y “juego” para explicar su concepto de poder. Ambos componentes suponen libertad o márgenes de libertad de los actores sociales interventores en el manejo de incertidumbres y, con éste, de la mediación o negociación que brotará. En otras palabras, el poder no es imposición, o por lo menos ya no puede ser entendido así, sino persuasión, negociación, juego.

El fundamento de esta apreciación sobre el poder es destacado por Crozier y Friedberg en la afirmación “no existen sistemas sociales completamente regulados o controlados” (1990, 25). Además, agregan a este fundamento el rol primordial de los actores sociales en el manejo de su libertad:

(...) Los actores individuales o colectivos (...) jamás pueden reducirse a funciones abstractas y desencarnadas. Los actores, en su totalidad, son quienes dentro de las restricciones, a veces muy pesadas que les impone “el sistema”, disponen de un margen de libertad que emplean de manera estratégica en sus interacciones con los otros. La persistencia de esta libertad deshace las reglas más sabias y hace del poder, en tanto mediación común de estrategias divergentes, el mecanismo central e ineluctable de regulación del conjunto. (1990, 25)

Crozier y Friedberg destacan, coincidiendo con Luhmann (1995, 15), que el margen de libertad existente en los actores sociales produce un quiebre del concepto convencional o clásico de poder, entendido como puramente coerción o dominación. Si bien en apariencia, o muchas veces noto-

³² Crozier y Friedberg desarrollan más adelante en forma más detallada el concepto de “relación”, vinculándolo al de “intercambio”: “El poder es, pues, una relación y no un atributo de los actores. No puede manifestarse –y en consecuencia hacerse restrictivo para una de las partes presentes– más que [en] el inicio de una relación que enfrenta a dos o más actores, dependientes unos de otros, en el cumplimiento de un objetivo común que condiciona sus objetivos personales. Para ser más preciso, no se puede desarrollar más que a partir del intercambio de los actores comprometidos en una determinada relación, pues en la medida en que toda relación entre dos partes supone intercambio y adaptación entre ambas, el poder está inseparablemente ligado a la negociación: es una relación de intercambio, por lo tanto de negociación, en la que están comprometidas por lo menos dos personas” (1990, 55-56).

Al respecto cabe comentar que dicha definición aparece como parcial frente a los contextos de las diversas sociedades. La definición aparece conectada preponderantemente con el contexto de una sociedad “moderna” en la que teóricamente “todos somos iguales” o “podemos ser iguales” y en consecuencia podemos negociar e intercambiar válidamente. Pero si nos trasladamos a contextos como el de una sociedad esclavista, por ejemplo, notaremos que el “intercambio de poder entre los actores” no es tan evidente. En estas sociedades la posibilidad de intercambio, negociación o mediación sería casi nula para una de las partes.

riamente, en diferentes modelos de sociedad o sistemas de resolución sus miembros actúan bajo relaciones en las que se produce la imposición o dominación de un actor “fuerte” sobre un actor “débil”, esto no limita que el “débil” tenga siempre márgenes de actuación y de eludir o incumplir la imposición del actor “fuerte”. Sea en una sociedad comunitaria donde todos necesitan de todos para actuar y sobrevivir, o sea en una sociedad “moderna” donde las relaciones sociales se encuentran en un alto grado despersonalizadas o individualizadas, dispondrán desde sus respectivos contextos de un margen de libertad para aceptar, enriquecer, completar, eludir, incumplir el acuerdo o la decisión mediada, negociada o impuesta.

En otras palabras, cuando los representantes de una sociedad, un sistema o, en forma más específica, de una autoridad intervienen como órganos de resolución frente a un conflicto determinado que compromete a dos actores, si bien obran legitimados por el consenso o el respaldo de la mayoría de miembros de dicha sociedad y, en consecuencia, pueden llegar a imponer una decisión o promover un determinado acuerdo sobre dicho conflicto, ello no garantiza en absoluto el cumplimiento de tal decisión o acuerdo si no está seguido de la voluntad, libertad y convencimiento que puedan adoptar los actores comprometidos. Éstos siempre tendrán un margen de libertad, o bien por el origen de sus relaciones preponderantemente individuales —en una sociedad “moderna”— o bien por el origen de sus relaciones preponderantemente familiares o colectivas —en una sociedad comunitaria—, para actuar o jugar³³.

Esta apreciación permite afirmar que las dos perspectivas presentadas, del poder como “dominación” y el poder “voluntario, se complementan. No es que una excluya a la otra, sino que ambas sirven de instrumentos de interpretación de las acciones y las relaciones sociales de los miembros de las diferentes sociedades. Una perspectiva comprensiva del poder como dominación, coerción y hasta de legitimidad, ayudaría a identificar la posición de las partes de una relación social determinada, mientras que la perspectiva comprensiva del poder como relación de intercambio o juego, con márgenes de libertad, ayudaría a identificar el grado de aceptación, cumplimiento o éxito del resultado que surge de esa misma relación social, sea cual fuere la posición de sus actores.

³³ Un ejemplo particular de este componente del poder aplicado a sociedades comunitarias como la de los aymaras puede apreciarse cuando las autoridades comunales, frente a un conflicto familiar de linderos, por ejemplo, dan “libertad” a las partes del conflicto para que acudan a las “autoridades judiciales de la ciudad” cuando no quieren o no pueden llegar a un acuerdo o “arreglo” en la comunidad. Esto significará para las partes del conflicto un mayor costo, tiempo y la no finalización del conflicto ante las “autoridades judiciales de la ciudad”, lo que producirá la revalorización del poder de sus propias autoridades, volviendo ante éstas para terminar con el conflicto. Ver al respecto capítulos 4 y 5.

LOS CONFLICTOS Y SU VARIEDAD SON EL OBJETO DE EJERCICIO DE LOS SISTEMAS DE RESOLUCIÓN

El concepto de conflicto tiene una relación cercana con el concepto de poder antes referido. La puesta en operación del poder, en sus diversos sentidos, genera normalmente insatisfacciones, limitaciones o restricciones en una de las partes o en uno de los actores, lo que se traduce en conflicto; pero es también a través del propio ejercicio del poder delegado en un tercero o puesta en operación por las propias partes o actores que se concluye, resuelve o finaliza el conflicto. Sin embargo, los conflictos tienen su propia dinámica. En las líneas siguientes, a partir de definiciones y ejemplos sencillos, se intenta explicar dicha dinámica y plantear una tipología.

Concepto de conflicto

Siguiendo a Michael Nicholson (1974) se puede hablar de conflicto, en términos generales, “cuando dos personas desean llevar a cabo acciones que son mutuamente incompatibles” (1974, 15). Ello significa, en otros términos, la presencia de los siguientes elementos: 1) el concepto involucra a más de una persona, a quienes podríamos llamar “*partes*” o “*actores*”; 2) las partes o los actores del conflicto se involucran en términos de *deseos* (intereses, aspiraciones, subjetividades o incertidumbres); 3) los deseos de los actores deben tener un correlato en *acciones*, es decir en manifestaciones objetivas que puedan ser entendidas como tales por las partes o actores; y 4) el significado de las acciones deseadas supone incompatibilidad, contradicción u oposición según la percepción de las propias partes o actores. En síntesis, el conflicto supone la confrontación de aspiraciones o deseos de cuando menos dos partes o actores sobre acciones incompatibles.

Para ilustrar su definición, Nicholson da dos ejemplos sencillos: “pueden querer ambos [dos personas, partes o actores] hacer la misma cosa, como por ejemplo, comer una misma manzana, o desear realizar cosas diferentes, por ejemplo, cuando ambos quieren estar juntos, pero uno desea ir al cine, pero el otro quedarse en casa” (1974, 15-16).

En los ejemplos se aprecian los intereses, aspiraciones o deseos de dos partes o actores sobre una misma acción (“comer una manzana” o “estar juntos”), pero al mismo tiempo se destaca la exclusión de la acción de uno de los actores sobre el otro (las dos personas no pueden comer la misma manzana, o el “estar juntos” implica que uno quiera “ir al cine” y otro “quedarse en casa”). Retomando el concepto de poder, se podría decir que quien maneja mejor las incertidumbres o quien tiene una mayor capacidad de acción podría consumir la manzana o “estar junto” al otro u otra, satisfaciendo su deseo de “ir al cine” o “quedarse en casa”, y con ello materializando su poder. Esto supondría márgenes de libertad, negociación, mediación

o intercambio, o también podría partir de una legitimidad formal, disciplina o coerción impuesta. Ello mismo, en términos de la teoría del conflicto, supondría “resolución del conflicto”. Sin embargo, cabría destacar que esta última apreciación tiene otro foco de atención.

El conflicto y su resolución no están concentrados principalmente en la posición de los actores o sus condiciones (su capacidad de negociación, libertad, legitimidad), sino, principalmente, en la materia incompatible: una sola manzana para dos, o elegir entre ir al cine o quedarse en casa. Bajo esta apreciación de focalización de lo incompatible, la resolución del conflicto puede adoptar diferentes dimensiones: dividir la manzana en dos, si es que no es posible conseguir otra similar; ir al cine y volver inmediatamente a casa, si es que no es posible alquilar un video con la misma película para verla en casa.

En materia de resolución de conflictos suele decirse que hay que “concentrarse en los intereses de las partes, mas no en sus posiciones”. Ello significa, siguiendo el desarrollo de los ejemplos, mirar aquello incompatible que haga posible satisfacer los intereses de las partes. Solo secundariamente, o accesoriamamente, se observaría la capacidad o legitimidad para el manejo o negociación de las incertidumbres de las personas en conflicto.

Cabe distinguir, sin embargo, grados de incompatibilidad. Puede ocurrir que el interés o deseo de las personas, partes o actores sobre la materia incompatible sea de una dimensión mayor. Esto es que exista una “fe ciega”, persistencia o terquedad de comer “esa y toda la manzana”, o disyuntivamente “ir al cine juntos” o “quedarse definitivamente en casa”³⁴. En tal supuesto, se estaría hablando también de conflicto, pero donde el análisis de la materia incompatible es desbordado por la posición de las partes; en consecuencia se requerirá recurrir a las capacidades o posición de éstas o a la intervención de un tercero dentro del objetivo de búsqueda de resolución.

Clasificación de los conflictos

De otro lado, es importante señalar que el conflicto no se reduce sólo a una relación de personas o actores individuales. También puede extenderse a familias, grupos de individuos, pueblos, naciones o Estados, a los se podría identificar como actores colectivos³⁵.

Johan Galtung (1965), citado por Kumar Rupesinghe (1986), presenta una clara clasificación de los conflictos bajo niveles y sistemas. Es necesario

³⁴ Nótese que en tal circunstancia se estaría hablando más de “competencia” que de legitimidad o “intercambio” en las relaciones de poder.

³⁵ Frente a estos tipos de conflictos, diría Nicholson, los principios que intervienen continúan siendo los mismos (1974, 16).

señalar que Galtung define el conflicto como una situación donde una acción dentro de un sistema tiene dos objetivos o metas incompatibles, y donde tal incompatibilidad podría darse distinguiendo individualidades o colectividades, y relaciones intrasistémicas o intersistémicas (Rupesinghe 1986, 530). Así, Galtung (1965) presenta el siguiente cuadro:

Niveles	Conflicto intrasistémico	Conflicto intersistémico
Nivel individual	intrapersonal	[interpersonal] ³⁶
Nivel colectivo	intranacional	internacional

Fuente: Galtung (1965).

El conflicto intrapersonal supondría aquellas incompatibilidades que se producen en el entorno de una persona determinada, como serían los conflictos derivados de su núcleo familiar (conflictos padre-hijo, conflictos entre cónyuges). El conflicto interpersonal supondría aquellas incompatibilidades que se suscitan entre dos entornos personales o dos núcleos familiares (conflictos entre dos jefes de familia, conflictos entre miembros de dos núcleos familiares). El conflicto intranacional es aquel que involucra incompatibilidades entre grupos, o personas o individuos con otros grupos, dentro de una nación o Estado (conflictos entre grupos políticos, sindicatos, empresas, comunidades agrarias, etc., o de un jefe de familia o individuo con estos últimos). El conflicto internacional, por último, supondría las incompatibilidades que se producen entre dos naciones o Estados diferentes o entre los miembros o grupos de estas naciones o Estados diferentes, o entre miembros o grupos de una nación o Estado frente a otra nación o Estado³⁷.

De acuerdo con estas definiciones, se puede apreciar que el “nivel individual” involucra tanto al individuo o persona, como su relación familiar propiamente. Ello conduce a sustentar una subclasificación en esta parte del cuadro, bajo la siguiente denominación: “conflicto intrapersonal o intrafamiliar” o “conflicto interpersonal o interfamiliar”, dependiendo de si se trata de un conflicto intrasistémico o intersistémico, respectivamente. En el mismo sentido, dada la explicación anterior puede entenderse que el nivel colectivo involucra tanto una relación nacional, de nación o Estado, como una relación grupal, de grupos específicos que superan una relación familiar pero no llegan a ser nación propiamente (un sindicato, una empre-

³⁶ En el texto citado por Rupesinghe (1986) la denominación que usa el cuadro en esta parte es “intrapersonal”. Siguiendo el orden del cuadro, asumo que se trata de la tipología “interpersonal”.

³⁷ Las definiciones de la clasificación descrita han sido elaboradas teniendo en cuenta la referencia bibliográfica citada, a la que he sumado mi concepción dentro de los propósitos de síntesis para el marco teórico.

sa, un barrio, una universidad, una provincia, una región, un grupo religioso, una comunidad agrícola, una familia extendida, por ejemplo). Esto conduce a sustentar la siguiente subclasificación en esta parte del cuadro: “conflicto intranacional o intragrupal” o “conflicto internacional o intergrupal”, dependiendo de si se trata de la categoría intrasistémica o intersistémica, respectivamente.

De acuerdo con las definiciones y explicación presentadas, el cuadro de conflictos adoptaría la siguiente clasificación:

Niveles	Conflicto intrasistémico	Conflicto intersistémico
Nivel individual-familiar	intrapersonal intrafamiliar	interpersonal interfamiliar
Nivel colectivo	intragrupal intranacional	intergrupal internacional ³⁸

La clasificación propuesta permitiría, de un lado, distinguir conflictos individuales o personales frente a conflictos familiares y, de otro lado, distinguir conflictos grupales de los que resultan propiamente nacionales. Ello facilita el análisis de los conflictos en las comunidades andinas en estudio, donde se destacan en particular los tipos de conflictos familiar y comunal o colectivo (grupál), como veremos más adelante.

LO COMUNAL ESTÁ DEMARCADO
POR RELACIONES COMUNITARIAS

Hablar de “lo comunal” supone hablar de “relaciones comunitarias”; hablar de “relaciones comunitarias” supone hablar de “comunidad”. A continuación se presenta el concepto de comunidad, los niveles o planos que componen dicha comunidad y la proyección que podemos interpretar del propio sentido del concepto de comunidad asumido.

Concepto de comunidad

Retomando el concepto de Max Weber sobre comunidad se puede afirmar lo siguiente: “llamamos *comunidad* a una relación social cuando y en la medida en que la actitud en la acción social –en el caso particular por término medio o en el tipo puro– se inspira en *el sentimiento subjetivo* (afectivo tradicional) de los partícipes *de constituer un todo*” (1974, 33, *itálicas mías*).

³⁸ La clasificación presentada permite que se produzcan cruces o intersecciones entre los diversos tipos de conflictos. Por ejemplo, el conflicto de un grupo frente a una nación o Estado diferente al suyo sería a la vez un conflicto internacional y grupál.

Esta definición destaca un tipo de acción y relación social entre los individuos o personas integrantes de un grupo humano: la relación social *sentimental-subjetiva* que a su vez se encuentra basada en acciones sociales afectivas o tradicionales³⁹. No hay comunidad si no hay sentimientos subjetivos –“cariño” o “armonía”, dirían los comuneros aymaras– en la relación entre sus miembros. No hay comunidad si las acciones sociales preponderantes entre los miembros no son afectivas –de amistad, hermandad, alegría o llanto, como sentirían los propios aymaras– o tradicionales –permanentes, habituales, repetidas o reiteradas en el tiempo–⁴⁰. Es decir, el concepto de comunidad involucra intereses particulares, aspiraciones, deseos que, a su vez, se van a plasmar en actos o acciones congruentes con tales intereses, aspiraciones o deseos.

Pero, a la vez, siguiendo la misma definición de Weber, tenemos que tal relación social llamada comunidad –incluidas sus acciones sociales particulares– se conduce u orienta hacia ciertos intereses, aspiraciones o deseos: *constituir un todo*. Este es el componente de unidad, “todos son uno”, que, como deseo, aspiración o interés, se suma al concepto “comunidad”, dando contenido a la relación y acción social de sus miembros. En suma, se puede afirmar que todos los partícipes de un grupo constituyen una comunidad solo si orientan sus actos y relaciones dentro de los propósitos de sobrevalorar ser uno, únicos o idénticos, a pesar de sus evidentes diferencias físicas.

Estos componentes de la definición de comunidad son los que llevan a hablar de relaciones comunitarias que, a su vez, se conectan con “lo comunal” del concepto central del marco teórico (poder judicial comunal). Las

³⁹ Max Weber distingue cuatro tipos de acciones sociales: acción social afectiva, acción social habitual o tradicional, acción social de acuerdo con valores y acción social de acuerdo con fines. Treves (1988) nos entrega en resumen el significado de estas categorías, citando previamente la definición de relación social: “Estrechamente unido a su concepción de sociología se encuentra para Weber el concepto de acción social que entiende como ‘un hacer que está referido a la actitud de otros individuos y orientado en su curso con base en esto’. La acción social, añade, puede estar determinada de distintos modos: afectivamente (por efecto o estados actuales del sentir), tradicionalmente (por un hábito adquirido), racionalmente respecto al valor (por la creencia en el valor incondicionado en sí de un determinado comportamiento en cuanto tal, prescindiendo de sus consecuencias), y racionalmente respecto al fin (por expectativas de actitudes de objetos del mundo externo o de otros hombres utilizando tales expectativas como condiciones o como medios para fines queridos y considerados racionalmente en calidad de consecuencia)” (Treves 1988, punto 28.2). Un tipo de acción social complementario es el que corresponde a la acción social comunicativa desarrollada por Jürgen Habermas (1987) en los siguientes términos: se refiere “a la interacción de por lo menos dos sujetos capaces de lenguaje o de acción que (ya sea por medios verbales o por medios extraverbales) entablan una relación interpersonal [en donde] los actores buscan entenderse sobre una situación de acción para poder así coordinar de común acuerdo sus planes de acción y con ello sus acciones...” (1987, 124).

⁴⁰ Como se desarrolla en la tercera parte de la obra, las relaciones sociales de la comunidad pueden estar enunciadas por el honor y el ser colectivo que responden adicionalmente a un tipo de acción social de acuerdo con valores.

relaciones comunitarias son, con prioridad, relaciones sentimentales, subjetivas o intersubjetivas. Esto significa que una relación comunitaria no es, aunque puede devenir también en ella, una relación práctica, objetiva o interobjetiva. Lo práctico, objetivo o interobjetivo segrega las partes, define o delimita aspectos o intereses, pone énfasis y desarrolla los intereses y cualidades de cada individuo, contradiciendo o limitando el interés, aspiración o deseo de “constituir un todo”. La objetividad materializa o racionaliza los hechos o los sentimientos, afirmando la propia inexistencia de éstos. Las relaciones comunitarias son o buscan ser todo lo contrario. Los sentimientos y la subjetividad envuelven lo relativo y hasta lo “irracional” de los actos y relaciones de las personas. Así, el mundo de los valores y la ética es coincidente con estas relaciones comunitarias, llegando a destacar situaciones como la entrega de la vida o la entrega de parte de ésta en defensa de los ideales sentimentales, lo que objetivamente no tiene explicación.

De esta forma es como las relaciones comunitarias se identifican con sentimientos, subjetividades o valores que integran al conjunto de individuos de un grupo, materializándose en cada uno de sus actos. Así, al sembrar la tierra, al criar un ganado, al intercambiar su cosecha o ganado o al brindar un servicio desde un taller o empresa, no importa con prioridad el producto de la tierra, del ganado, del taller, de la empresa o del producto de su intercambio, como sí los sentimientos o la carga subjetiva que integrará en estos actores cada uno de esos elementos o sus intercambios. A los actores importa más un “sentirse bien” que “cuánto gané”.

Con base en esta relación sentimental o carga subjetiva, cada persona, parte o actor escoge o se adhiere a su entorno personal y familiar, así como a su relación interpersonal o interfamiliar. De ahí que cada actor escogerá su pareja y el tipo de relación que lo involucrará con ésta, como también escogerá al vendedor, comprador o persona con la que celebrará contratos o lo representará en un cargo directivo o en la dirección de una fiesta patronal. El esposo, la esposa, los hijos, el presidente o secretario de la comunidad, así como el alferado o mayordomo de una fiesta integrarán sentimentalmente sus acciones dentro del propósito de ser uno o ser común a todos⁴¹.

⁴¹ Dentro de la teoría de comunidad propuesta y con el propósito de acercar dicha definición al contexto peruano, pueden citarse dos definiciones adicionales de comunidad que destacan elementos que complementan el contenido de la “relación sentimental” y la aspiración de “constituirse en un todo” citados de Weber. Estos conceptos son señalados por Alejandro Diez (1999) y Antonio Peña (1998). Diez define a la comunidad campesina como “un conjunto de campesinos emparentados entre sí, que comparten un mismo territorio y sus recursos, que interactúan cotidianamente en una serie de trabajos y obligaciones colectivas fijadas por ellos mismos y que tienen una organización, una serie de procedimientos y ciertas normas para administrar sus espacios y bienes comunes y para resolver los conflictos que se presentan entre sus miembros” (1999, 131-132). Peña, a su vez, define a la comunidad campesina como “un grupo social integrado por campesinos andinos, identificados económica, social, cultural e

Niveles en la comunidad

Estas relaciones comunitarias, a su vez, pueden ser segmentadas, clasificadas u organizadas en la práctica. En determinadas experiencias, como ocurre en las comunidades andinas del Perú, suele hablarse de dos niveles, planos o ámbitos principales: el plano o nivel de lo familiar o "individual"⁴² y el plano o nivel de lo colectivo o de la comunidad.

El plano de las relaciones familiares consiste en el conjunto de actos realizados por cada uno de los miembros de una familia (nuclear o extendida) integrada por el padre, la madre, los hijos, los abuelos, los tíos, los primos y otros, en relación con los deseos, intereses o aspiraciones de la misma familia. Estas relaciones involucran desde aquellas acciones referidas a la satisfacción de las necesidades vitales de los miembros familiares, hasta aquellas referidas a su diversión o recreación. Entre las acciones vinculadas a la satisfacción de sus necesidades vitales podemos identificar la distribución posesoria o patrimonial sobre la tierra y otros recursos, la forma de producción sobre estos recursos, la crianza de ganado, las decisiones sobre los quehaceres de los niños, la dirección del hogar, los intercambios de productos o servicios (*ayni*), la resolución de conflictos derivados de dichos actos, etc. Entre las acciones vinculadas a la diversión o recreación se pueden identificar la participación de un representante familiar como mayordomo o alferado en la fiesta patronal, la participación de miembros familiares en un evento deportivo que integra dos o más comunidades, la visita que los miembros familiares de una comunidad hacen a la comunidad vecina o de su *ayllu*, etcétera.

El plano de las relaciones colectivas o de la comunidad, que en forma genérica podemos calificar también como relaciones comunales, consiste en el conjunto de actos realizados por cada uno de los miembros familiares en relación con los deseos, intereses o aspiraciones del conjunto de familias o la comunidad toda. No se trata ya del acto o los actos realizados por un comunero o una comunera sobre los bienes, servicios o actividades que involucra su relación de pareja, sus hijos o su familia extendida, sino de aquellos actos que involucran bienes, servicios o actividades bajo el sentimiento subjetivo de *constituir un todo*. Ejemplos de estos actos se producen en la defensa o ejercicio de un territorio comunal, las decisiones que semanal o quincenalmente se asumen en asambleas, la elección de determinados cargos o autoridades para dirigir la comunidad, la rotación de los

históricamente dentro de un espacio territorial, y que más allá de una relación individual-familiar que destaca en sus actividades, desarrollan una interacción colectiva para provecho de todos sus miembros" (1998, 66).

⁴² Aunque muchos autores suelen usar el término "individual", cabe indicar que, dentro del propósito sentimental de la comunidad de "constituir un todo", tal individualidad prácticamente se pierde.

cargos entre el conjunto de miembros familiares, la participación de representantes familiares o sectoriales en el cumplimiento de obligaciones aprobadas en asambleas o convenciones, los sistemas de resolución de conflictos derivados de dichas acciones colectivas, etcétera.

Ambos tipos de relación –familiares y colectivas, que muchas veces se cruzan y confunden– conforman intrínsecamente la comunidad y hacen posible el sentido de unidad o identidad entre sus miembros. El individuo o persona concebida de acuerdo con la sociedad “moderna” como un ser autónomo, con garantías y poder de ejercicio para materializar su autonomía, no existe o se encuentra muy limitado al interior de una comunidad. El individuo es ante todo familia, y la familia es ante todo comunidad, en consecuencia el individuo es propiamente comunidad.

Cada individuo tiene un margen de actuación y privacidad. El hecho de que un comunero decida elegir su pareja o decida aceptar (o incumplir) la elección hecha por su familia, o la participación con éxito de un comunero en el mercado de la ciudad, comercializando (comprando y vendiendo) productos agrícolas y ganado, muestran la autonomía o margen de libertad del individuo físico. Sin embargo, tal elección, aceptación o incumplimiento sobre la pareja, así como el éxito comercial en la celebración de contratos o intercambios no son tales en la comunidad mientras no se puedan sentir –subjetivamente– y compartir con los miembros de la familia nuclear o extendida a la que se pertenece y, en muchos casos, incluso con otras familias extendidas, involucrando su propia comunidad.

Un comunero que se encierra en su éxito individual, de comercializador de ganado por ejemplo, sin compartirlo con sus miembros familiares, estaría limitado sentimentalmente a realizar otras acciones propias de la comunidad y su sobrevivencia: no recibirá el apoyo de su familia (hermano, primo, sobrino, tíos) para el sembrío en *ayni* de su parcela de tierra, o de la *minka* para la construcción o techado de su casa. Al ser “individualista” y muy seguramente haber dejado de colaborar con otros miembros de su comunidad, tendrá que contratar pecuniariamente servicio de terceros, quienes no se encontrarán al interior de la comunidad por el predominio en éstas de relaciones sentimentales y colectivas⁴³.

Pero, ¿qué hace que predominen estos tipos de relaciones familiares y colectivas en una comunidad? ¿Cómo es posible que persistan intereses familiares o grupales sobre la apreciación de lo puramente “individual” y,

⁴³ Hay que tener en cuenta que los ejemplos que se citan se dan dentro de un nivel de abstracción o teoría. En la práctica las comunidades configuran y articulan una variedad de acciones y relaciones, dependiendo de su medio y de las relaciones con otras comunidades, pueblos o ciudades. Así, existirán comunidades con predominio de relaciones colectivas, otras con predominio de relaciones familiares, y un tercer grupo puede estar caracterizado por la importancia de actos “individuales”. En este último caso, el concepto de comunidad se alteraría.

al lado de ello, qué explica la persistencia de intereses colectivos sobre los familiares, a pesar de ser los primeros una expresión sentimental más abstracta y simbólica que los últimos?

Proyección del concepto comunidad

La existencia de estos dos planos o niveles de relaciones y acciones se sustenta históricamente en la contradicción que ambos significan. Siguiendo a Ansión, Gálvez y Degregori (1981), con quienes coincidirán Plaza y Francke (1985), se trata de una contradicción u oposición dialéctica que confronta lo "individual" y lo colectivo desde un momento histórico determinado. Estos autores, citando a Marx, afirman que la comunidad (identificada por Marx como la comuna rusa) será "la primera agrupación social de hombres libres, no unidos por los vínculos de sangre" o parentesco, sino por la posesión de un territorio individual representado por la casa y por la apropiación individual de los bienes producidos (Ansión, Gálvez y Degregori 1981, 8). Así, Ansión, Gálvez y Degregori, citando textualmente a Marx, señalan que "la tierra cultivable, propiedad inalienable y común, se dividía periódicamente entre los miembros de la comuna agrícola, de modo que cada uno explotará por su propia cuenta los campos que le han sido asignados, y se apropiará [de] sus frutos en forma particular" (Marx, en "Carta de respuesta a Vera Zasulich", citado por Ansión, Gálvez y Degregori 1981, 8)⁴⁴.

Esta explicación lleva a analizar la aparición y posterior fortalecimiento de la propiedad familiar al lado de la propiedad comunal y, con el correr del tiempo, la aparición de los títulos de propiedad de tipo familiar o individual sobre la comunal. Sin embargo, este desarrollo es complejo. El hecho de que se individualicen las relaciones y acciones al interior de la comunidad no ha implicado y no implica a la fecha en numerosas comunidades la pérdida de aspiraciones o intereses colectivos. Curiosamente, ambos planos se han ido adaptando y adecuando al medio o contexto de la comunidad, haciéndose más fuertes las relaciones sentimentales, subjetivas o simbólicas sobre las propiamente materiales u objetivas, como la posesión de la tierra. Es más, en muchos casos, la propiedad o posesión de la tierra y su explotación para la agricultura no podrían ser adecuadas si no se recurriera a relaciones de trabajo comunitarias (como el *ayni*, *minka* o *faena*) que involucran al conjunto de miembros de la comunidad.

Esta explicación coincidiría con aquella dada por el mismo Marx cuando, consultado sobre el futuro de la comunidad rural rusa, sostuvo que tal futuro dependería del contexto histórico social en el que se encontrara

⁴⁴ Nótese que la definición de comunidad de Marx es más práctica o concreta que la definición de Weber. Marx resalta en su definición la relación con la tierra, la organización social y la explotación de recursos, complementada con las relaciones sentimentales-subjetivas y el interés de "constituir un todo", resaltados por Weber.

situada la comunidad⁴⁵. Es más, negando la existencia de un simple camino lineal de la descomposición de la comunidad ante la presencia del “desarrollo capitalista” y de “trabajadores libres”, sostenía que tal proceso podría ser reversible: “la Comuna no necesariamente tiene que evolucionar en el sentido de la desintegración de su elemento colectivo, sino que existe la posibilidad histórica de que se fortalezca este elemento, convirtiéndose así en un elemento regenerador y en el germen de una nueva sociedad”⁴⁶ (Marx en “Carta de respuesta a Vera Zasulitch”, citado por Ansión, Gálvez y Degregori 1981).

Bajo tales criterios, y después del proceso histórico que ha identificado a cada comunidad, se puede afirmar que la relación de lo individual-familiar con lo colectivo o propiamente comunal se ha convertido hasta cierto punto en una historia circular y no lineal. Las relaciones familiares y colectivas, si bien son contradictorias, también se requieren mutuamente y en ambas reside la clave de la persistencia de la comunidad, tal como lo afirmaría el mismo Marx y los autores citados:

Según Marx, el dualismo inherente a la comuna rural dota a ésta de una vida vigorosa. Por un lado, “la propiedad común del suelo, y las relaciones sociales que de allí derivan, le garantizan una base sólida”. Por otro lado, la casa y el patio, dominio exclusivo de lo familiar individual, dan un libre curso a la individualidad incompatible con el organismo de las comunidades [originarias].

La contradicción entre lo individual y lo colectivo es entonces lo que le da vitalidad a la comunidad, es la fuerza que va a explicar su supervivencia a lo largo de la historia. Lo comunal es la base, el cimiento, el asidero que permite el libre desarrollo de las capacidades individuales del hombre. (Ansión, Gálvez y Degregori 1981, 8-9)

En suma, las relaciones familiares y colectivas al interior de una comunidad son contradictorias pero al mismo tiempo complementarias. Contradictorias en tanto simbolizan intereses, aspiraciones o deseos opuestos, pero al mismo tiempo complementarias en tanto históricamente se han forjado dando lugar a que los intereses, las aspiraciones o los deseos de uno requieran de los de otros para subsistir. En los capítulos siguientes será posible apreciar en los sistemas de resolución de conflictos esta misma contradicción y complementariedad que hace posible la persistencia de la comunidad.

⁴⁵ Citado por Ansión, Gálvez y Degregori (1981, 9).

⁴⁶ Ídem.

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 sikhs y la cristiana) que, a su vez, se integran por una pluralidad de castas que organiza al país en una multitud de jerarquías locales y se suman 20 millones de población “indígena” 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.

munales 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 país²⁶? 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 chayahuítas 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 chayahuítas 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 encuentran 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).