

IDENTIDAD CULTURAL Y**PARADIGMA CONSTITUCIONAL*****REFLEXIONES A PROPÓSITO DEL RECONOCIMIENTO DEL DERECHO A LA IDENTIDAD CULTURAL Y ÉTNICA EN LA CONSTITUCIÓN DE 1993*****Gorki Gonzales Mantilla**Magister en derecho civil y profesor ordinario
de la facultad de Derecho
de la Pontificia Universidad Católica del Perú

El derecho no puede mantenerse de espaldas a la realidad social. Por ello, en una sociedad como la nuestra donde subsisten diversas culturas, resulta válido el cuestionamiento acerca de la opción legislativa que debe asumirse, en el sentido de escoger entre mantener la tradición de aceptar el concepto del Estado-nación concebido como un Estado unitario, o aceptar el pluralismo jurídico como producto del pluralismo cultural de nuestra sociedad.

El autor de este trabajo, plantea todos estos temas en relación con nuestro país e invita a tomar la opción por el pluralismo jurídico como una herramienta democratizadora de la creación de normas del sistema jurídico.

PRESENTACIÓN¹

Este trabajo pretende discutir críticamente el sentido del reconocimiento del derecho a la identidad cultural y étnica en la Constitución de 1993. Se propone, por lo tanto, levantar un marco conceptual que permita observar la implicancia del fenómeno de la pluriculturalidad en el Perú en varios niveles: en primer lugar, desde una perspectiva histórica, se intenta definir la visión constitucional de éste fenómeno, ámbito del cual resulta en cuestión la categoría Estado-nación; en segundo lugar, se desarrollan los elementos de juicio que permiten definir jurídicamente la identidad cultural y étnica. Sobre la base de esta plataforma se inserta el análisis del texto constitucional materia de este trabajo, sin perder de vista la perspectiva cultural y jurídica subyacente. Finalmente, se plantea un ensayo que pone en evidencia las limitaciones en la concepción constitucional sobre el tema de la pluriculturalidad.

1. IDENTIDAD CULTURAL Y ESTADO-NACIÓN

No existe antecedente constitucional en el Perú que nos remita al tratamiento del derecho a la identidad cultural y étnica. La tradición constitucional se ha mantenido de espaldas al reconocimiento de esta realidad. Así, todas las constituciones de las que da cuenta nuestra historia republicana han coincidido pertinazmente en la idea de equiparar la unidad política, es decir la noción de Estado, a la unidad cultural, entendida ésta como nación.

Y es que para la utopía republicana, el Estado peruano se funda en la nación. Ambos conceptos se entrelazan e identifican a partir de una visión, en la cual la comunidad humana que realiza la gesta libertadora y que crea el Estado y la república en el siglo XIX, es una comunidad nacional.

Desde la constitución de 1823, en la cual se afirma que, "Todas las provincias del Perú, reunidas en un sólo cuerpo forman la Nación peruana" (artículo 1º), hasta la Constitución de 1920, la identificación explícita entre nación y Estado ha sido una constante, llegando en algunos casos a tener matices aún más radicales, como en las constituciones de 1828, 1839, 1860 y 1920, en las cuales se llegó a sostener que "la Nación peruana es la asociación política de todos los peruanos".

En realidad la palabra "nación" es, desde el siglo XIX, un término equívoco: en sentido político-jurídico equivale

¹ Versión actualizada de la ponencia presentada por el autor a la reunión convocada por el grupo Derecho y Sociedad del Consejo Latinoamericano de Ciencias Sociales -CLACSO- del 5 al 7 de enero de 1994.

a Estado; en sentido propio, histórico y sociológico, nación es la comunidad cultural. La constitución de 1823 y las que le siguen, se inscriben dentro de la primera perspectiva.

Por lo demás, esta forma de ver las cosas no era inédita. Producida la revolución de 1789, los franceses descubrieron que el país, a pesar de haber recibido el nuevo y pomposo título de nación, no tenía ninguna de sus cualidades. El rey, principio tradicional de la unidad política, había caído bajo la guillotina y la variedad de lenguas y culturas de los nuevos "ciudadanos", hacía impensable cualquier unidad cultural. Sin embargo, conscientes de esta necesidad, los revolucionarios deciden prescindir de la realidad y, así como habían impuesto un gobierno republicano por la fuerza, crearían, también, una unidad cultural basada no en una amalgama de todas las comunidades existentes, sino en la elección arbitraria de una de ellas, cuya lengua, el francés, se impondría a todas las demás². En adelante, por voluntad de la Asamblea Nacional, vascos, bretones, catalanes, occitanos, alsacianos y corsos, de súbditos leales y fieles al rey de Francia, se convirtieron en ciudadanos franceses³.

Al final, lo que esta política significó para los distintos pueblos de Francia, puede colegirse siglo y medio más tarde, en 1925, cuando el ministro de instrucción pública, A. De Monzie, decía: "Para la unidad cultural de Francia... es necesario que la lengua bretona desaparezca"⁴.

Y al igual que en la Francia post-revolucionaria, apenas instaurada la república en el Perú, el interés por encausar la ansiada unidad política hizo que todos los habitantes del país aparecieran jurídicamente uniformizados bajo el nombre de "nación". Se consolida así una visión voluntarista que atribuye a la categoría "nación", el eje para la realización de un ideal común, basado en el libre consentimiento de todos los individuos⁵, hecho al que por cierto, se mantuvo ajena la opinión de las mayorías culturales del país. La identificación artificial y arbitraria entre Estado (o comunidad política) y nación (o comunidad cultural), entonces, tiene su mejor precedente, en la práctica política del liberalismo auroreal. Así que desde los orígenes de la república, por voluntad de sus legisladores, el Estado peruano está formado por una única comunidad cultural.

La ficción propugnada por este efecto, ha tenido además una trayectoria signada por la intolerancia, la misma que se refleja en forma marcada a través de la imposición de la religión católica. En efecto, todas las Constituciones anteriores a la de 1933 insistieron enfáticamente en que la nación —entiéndase todos los peruanos asociados

políticamente en el Estado— profesaba la religión católica, apostólica y romana⁶.

Sin embargo, la visión excluyente, puesta en relieve a partir de la discriminación religiosa, tiene otra perspectiva aún más grave. No será hasta la Constitución de 1920 que se establece la obligación del Estado de proteger a la raza indígena, y se admite la necesidad de dictar las leyes especiales para su desarrollo y cultura en armonía con sus necesidades (art. 58^o). Esta línea será ratificada por la Constitución de 1933 que reconoce la posibilidad de dictar una legislación civil, penal, económica y administrativa basada en las peculiares condiciones de los indígenas (art. 212^o). Pero lo que está en la mente del legislador o del gobernante, no es el reconocimiento de la cultura indígena como factor institucional integrante de la nación. El 3 de julio de 1924, en un revelador discurso, el presidente Leguía diría⁷:

"Las dos terceras partes de nuestra población están constituidas por los indios. Y el indio es apenas una gran víctima a la que abaten las servidumbres acumuladas del pasado y los abusos incalificables del presente. El indio es, sin embargo, agricultor que cultiva las tierras con rara maestría; productor de casi todas nuestras riquezas; trabajador infatigable en las mortíferas labores mineras y, por último, es casi el único soldado del ejército nacional.

*(...) Urge, pues integrar al indio a la vida nacional, protegiendo eficazmente su vida, su salud; instruyéndole y amparando sus derechos, entre los cuales el principal es el (sic) la propiedad. Yo prometo solemnemente rehabilitar al indio a la vida del derecho y la cultura porque ya es tiempo de acabar con su esclavitud que es una afrenta para la república y un crimen intolerable para la justicia"*⁸.

En efecto, el reparo en la condición de deterioro a la que se encontraba expuesta la población indígena, mayoritaria en el Perú, no significó aceptar la vigencia de su cultura. Las palabras del presidente Leguía, en forma implícita, dan cuenta de su visión etnocéntrica: la vida nacional es una sola y el indio se encuentra al margen de ella. El derecho y la cultura, —occidentales— son el único instrumento para la integración del indio a la vida nacional y al progreso, el cual se percibe entonces como una promesa que alberga al interior de sí un propósito contradictorio: en él se combinan la promesa de liberación y la exigencia de sometimiento⁹. Como puede verse, entonces, no existe diferencia entre el discurso del ministro de instrucción pública de Francia, antes citado, y la versión de Leguía¹⁰, sino en el estilo¹¹.

Funcional a lo anterior, no existe antecedente constitucional previo a la Carta de 1979, que reconozca el derecho de las comunidades indígenas a recibir instrucción

2 DE OBIETA CHALBAUD, José. *El derecho humano a la autodeterminación de los pueblos*. Madrid: Editorial Tecnos, 1985, pág. 23-24.

3 *Loc. cit.*

4 BRETON, Roland. *Les Ethnies*, Col. Que sais-je? N° 1924, Paris, 1981, p. 73-74. Citado por DE OBIETA CHALBAUD, J. Op. cit. p. 25

5 IGARTUA SALAVERRÍA, Juan. "Nación, cultura, lengua: apuntes sobre la ideología nacionalista". En: Revista de la facultad de Derecho de la Universidad Complutense. Madrid, N° 75, 1989-90.

6 La Constitución de 1823 decía en su artículo 8° "La religión de la república es la católica, apostólica, romana, con exclusión del ejercicio de cualquier otra". Otras Constituciones como la de 1828 o la de 1860, fueron más radicales aún, al establecer que "La Nación profesa la religión católica, apostólica romana. El Estado la protege y no permite el ejercicio público de otra alguna". Este mismo tono de exclusión, aunque atenuando la prohibición, se mantuvo hasta la constitución de 1920.

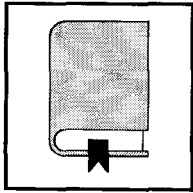
7 Es particularmente importante el segundo período del gobierno de Leguía (1919-1929). Durante él tuvo lugar el auge de la política indigenista. El indígena deja de ser considerado un ciudadano más, igual en deberes y derechos a los demás, y es sometido a un estatuto especial como en el virreinato, pero sin servicio personal y obligación de tributo: HURTADO POZO, José. *La ley importada*. Lima: CEDYS, 1979, p. 82.

8 BASADRE, Jorge. *Historia de la república del Perú*. Sexta edición aumentada y corregida. Lima: editorial Universitaria, t. XIII, 1968. p. 308-309. El subrayado es nuestro.

9 URDANBIA, Iñaki. "Lo narrativo en la post-modernidad". En: En torno a la post-modernidad. Barcelona: Antrophos, editorial del hombre, 1990, pág. 51-52.

10 En el fondo la política de Leguía tuvo una doble faz: en el discurso se revaloró la ciudadanía del indígena y se reconoció su aporte a la economía del país, pero en la práctica se mantuvo el sistema de explotación a que se hallaba sometido, a través de su trabajo gratuito en la construcción de carreteras como consecuencia de la aplicación de la ley de conscripción vial: HURTADO POZO, José. *Op. cit.*, p. 81. En este mismo período el indígena es incorporado, en forma coactiva, como mano de obra desocupada en beneficio de hacendados, mineros y empresarios, producto de la Ley 4891 de 18 de enero de 1924 o ley de vagancia. El carácter de esta norma resultó altamente represivo, pues cualquier individuo calificado de vago, —es decir, que careciendo de bienes y rentas, no ejerce profesión, arte ni oficio— estaba impedido de interponer la acción de habeas corpus contra los arrestos o trabajo que respecto de ellos se hubieran decretado: BASADRE, J. Op. cit., p. 305-306.

11 Ocurre que para ese entonces la "... población indígena siendo aún una parte significativa de la población del país, continuó sufriendo las marginaciones que se habían heredado de la Colonia, pero ahora no con el supuesto colonial de las "dos repúblicas", sino con el supuesto de la existencia de una sola nación. Y es que el concepto de nación necesita de una cierta homogeneidad cultural para poder unificar a un conjunto de seres humanos en torno a la organización social. Por esa razón, en un país como el Perú, en el cual había existido el mundo de los indios y el de los españoles durante la colonia, el concepto de nación forzó a una estructura de dominación de los sectores mestizos y europeos sobre los oriundos". Ver: RUBIO CORREA, Marcial. "Reflexiones sobre la relación Estado-sociedad en América Latina a la luz del derecho romano público". En: Revista brasileña de derecho comparado, N° 10, p. 66.



TEORÍA GENERAL

pública en su propia lengua. Es cierto que tampoco se prohibió expresamente el uso de las lenguas aborígenes, pero la voluntad política resultaba tan excluyente como en el problema de la religión.

Hasta el proceso de reforma de la educación del gobierno militar del general Juan Velasco (1968-1975), la legislación en materia educativa sólo contempló el proceso educativo en castellano. Ya avanzada la república, esto es, luego del movimiento indigenista de los años 20, y posterior al conjunto de procesos sociales y de ideas que propiciaron un cambio en las mentalidades acerca de los problemas del país, la percepción del legislador sobre este aspecto, sin embargo, no había variado sustantivamente. Esto se expone con claridad en lo dispuesto por los artículos 122º, 123º y 124º de la *ley orgánica de educación pública*, promulgada el 1 de abril de 1941¹². En estas normas se establece que los fines de la educación para los indígenas serán "...el aprendizaje del castellano, de los hábitos de la vida civilizada...", que no obstante ello, "...las lenguas indígenas podrán usarse como medio de iniciación en la cultura", y que en las "...escuelas en que la mayoría del alumnado sólo posea el idioma nativo, la enseñanza será dada en éste, procediéndose por medios pedagógicos a la más pronta castellanización del aborígen".

La castellanización del aborígen forma parte del desarrollo de la política de los liberales que fundaron la república. Bajo el principio: "todos los habitantes del Perú son peruanos e iguales ante la ley", el derecho de la república pretende la negación de la realidad indígena y nativa, realidad que se prefigura a través de la lengua, pues ésta representa el modo de ser de esa colectividad, tal como ha ido plasmándose a lo largo de los siglos, es decir, la imagen auténtica y real que ese grupo proyecta de sí mismo en el mundo que lo rodea¹³.

Según el propio grado de razonabilidad inherente a la dinámica del grupo social, aquello que es visible y decible, lo es porque así lo determina una manera de ver y de hablar, que establece a su interior un sistema de referencias¹⁴, que permiten distinguir entre lo bueno y lo malo, lo lícito y lo ilícito, lo justo y lo injusto etc. Se impone el castellano como la lengua oficial de la "nación", porque en adelante, desde la instauración de la república, la "razón" privilegiada indicaba una única visión de las cosas y del mundo. La otra visión del mundo, es omitida en el discurso legal. Mas como su permanencia en la lengua aborígen la mantiene viva, ya que ésta le sirve como el archivo y síntesis de sus principales experiencias históricas, se la tolera parcialmente pero en el fondo se aguarda su extinción.

Producto del influjo natural de los cambios estructurales operados en la sociedad peruana a partir de la década de los 60, y del desarrollo propio de las ideologías afines al sistema democrático, la Constitución de 1979 plantea un gran consenso en torno a la institucionalización de los derechos humanos a través de la propia normatividad constitucional. El tratamiento de los derechos fundamentales de la persona humana, considerada fin supremo de la sociedad y el Estado, es materia de un extenso desarrollo, del cual, sin embargo, no forma parte el derecho a la identidad cultural y étnica.

Del mismo modo, si bien la visión del constituyente de 1979 no se mantuvo ajena al proceso de revaloración histórica de las distintas manifestaciones culturales y sociales del país, que había venido produciéndose desde fines de los años 60, el derecho a la identidad cultural y étnica no contó con voz propia en este marco.

La voluntad expresada en el texto constitucional de 1979 traduce una noción restringida y etnocéntrica de lo cultural. Por una parte, establece como obligación del Estado el preservar y estimular las manifestaciones de las culturas nativas (artículo 34), pero posteriormente señala que el respeto y protección de las comunidades campesinas y nativas va acompañado de propiciar la superación cultural de sus integrantes (artículo 161), asumiendo entonces que la cultura es equivalente al progreso, y que éste, como tal, sólo puede provenir desde afuera. Esta perspectiva paternalista y no plural, se corrobora cuando en el artículo 35 se garantiza el derecho de las comunidades quechua, aymara y demás comunidades nativas a recibir educación primaria en su propio idioma o lengua; subyace así la idea de que las lenguas nativas sólo son aptas para el proceso educativo a nivel elemental. En consecuencia, pese a la evidente influencia de los instrumentos internacionales de Derechos Humanos y al reclamo de la propia realidad, la Constitución de 1979 pasó por alto las implicancias de la pluralidad cultural.

La fórmula liberal pretendió negar la realidad sociológica del país, sin embargo, este esfuerzo reiterado y puesto de manifiesto a lo largo de todas las constituciones de la república, se ha visto enfrentado con la cada vez más compleja realidad cultural, incrementada por los movimientos migratorios de extranjeros y en los últimos años por el creciente proceso de migración interna del país. La historia nos muestra que la imposición de la fórmula del Estado-nación en el Perú, no ha servido como un instrumento para la integración o conformación de comunidades consistentes y aptas para una acción colectiva y eficaz, antes bien ha funcionado en muchos casos como un mecanismo de fragmentación social¹⁵, intolerancia, desigualdad y discriminación cultural y étnica. Desde la imposición violenta del cristianismo, hasta la castellanización compulsiva, han sido muchas las maneras con que se ha pretendido homogeneizar a la población a fin de crear condiciones aparentes para la aplicación de la fórmula que condujera a la construcción del Estado nación¹⁶.

El reconocimiento del derecho a la identidad cultural en la nueva Constitución, por todo ello, no significa el fin de la tradición de marginación y exclusión social vigentes desde el inicio de la república. Sin embargo, sí es posible admitir que con esta visión se flexibiliza y erosiona el soporte jurídico de la idea de nación invariable a través de la historia y construida a partir de la supresión y anulación de la diversidad humana.

2. LA IDENTIDAD CULTURAL Y ÉTNICA COMO DERECHO¹⁷

Las consecuencias que entraña la vigencia de este derecho en nuestro país no son graduables aún, pero la expectativa que suscita es ciertamente enorme. A continuación intentamos una aproximación a los aspectos más saltantes de esta novedad constitucional; previamente, y

12 Esta Ley se dicta en el marco de lo dispuesto por el artículo 212º de la Constitución de 1933 que dice: "El Estado dictará la legislación civil, penal y administrativa, que las peculiares condiciones de los indígenas exigen".

13 De OBIETA CHALBAUD. *Op. cit.*, p. 39.

14 GARCÍA, Mauricio. "Eficacia simbólica y eficacia instrumental" En: *El otro derecho*, N° 7. Bogotá: ILSA, enero de 1991, p. 9.

15 ABUGATTAS, Juan. *El Perú y los retos del entorno mundial*. Lima: Mimeo, 1992, p. 21.

16 *Ibid.*, p. 22.

por razones metodológicas es necesario fijar algunos conceptos básicos relacionados directamente con el tema.

2.1. Conceptos básicos

El término "identidad", expresa una noción lógica que quiere decir esencialmente, que cada cosa es igual a sí misma. Se puede afirmar entonces, que la identidad personal consiste en ser "uno mismo" y no otro, aún sabiendo que se pueda estar inserto en un grupo social específico.

La identidad personal se define como el conjunto de atributos y características que permiten individualizar a un ser humano en la sociedad¹⁸. Estos atributos resultan de la interacción recíproca entre elementos estáticos como el nombre, la imagen, el seudónimo, etc.; y elementos dinámicos, que se configuran a partir de lo que constituye el patrimonio ideológico-cultural del ser humano. Es decir, las creencias de cada cual, sus valores, su posición personal frente a la realidad, etc. Así, la identidad del ser humano se constituye en su dimensión dinámica a través de un continuo proceso autocreativo, mediante una sucesión de acciones, y por adhesión a una determinada concepción del mundo¹⁹.

Esta perspectiva tiene un perfil institucionalizado en el ámbito jurídico. Se traduce en el derecho del ser humano a que se respete su proyección en la vida social, de modo que se le represente "tal como es", sin alterar o distorsionar su "verdad personal"²⁰, es decir, su conducta, exteriorizada en circunstancias concretas y unívocas en el campo religioso, político, social, laboral, profesional, etc.²¹.

Por su parte, el término "cultura" ha evolucionado de la consideración restringida a la que estaba sometida en el siglo XIX, es decir, como sinónimo de producciones artísticas, científicas y literarias de un grupo social determinado. La cultura no es pues erudición. Para la moderna sociología "la cultura es el conjunto de creaciones, instituciones y comportamientos colectivos de un grupo humano"²². En este sentido todos los pueblos tienen una cultura. Entre las creaciones del grupo que constituyen su cultura, está la lengua con la que se comunican y se integran los miembros entre sí, las instituciones que hacen posible la vida en común como colectividad, las tradiciones y recuerdos históricos que vinculan al grupo con su pasado, a las creencias religiosas, así como a la mentalidad colectiva que brota de estos rasgos compartidos²³.

Por su parte, la etnia es el grupo humano que comparte estos rasgos comunes y produce así una determinada unidad cultural. Sin embargo, es preciso anotar que "cultura" y etnia no tienen que coincidir necesariamente. En otras palabras, es posible encontrar grupos étnicos que autoconsiderándose distintos de sus vecinos (desde el punto de vista cultural), no lo sean en la proporción y por la razón que ellos estiman²⁴. Así, es posible que un grupo étnico llamado a sí mismo "A" acepte perfectamente los compromisos y rasgos culturales compartidos por un grupo "B", y sin embargo continúe llamándose y reconociéndose a sí mismo como "A". La etnia funciona entonces

El reconocimiento de la pluralidad no supone la exaltación de lo irracional, del caos, de la fragmentación

como categoría de adscripción e identificación que permite al grupo la posibilidad de interacción entre sus actores. Se presenta como la entidad o identidad representada, cuya existencia depende de la asignación de significados sociales particulares a un limitado conjunto esencial de actos, cuyo asidero de mayor importancia es la lengua²⁵.

Por todo lo expuesto, hablamos de unidad cultural y étnica, siempre en términos relativos. La unidad cultural no equivale a considerarla como una totalidad homogénea en sí misma. Se trata de la unidad de una compleja estructura que comporta diversos niveles y registros (jurídico, lingüístico, económico, artístico, institucional, etc.), los cuales aunque articulados entre sí, pueden mantener cierta autonomía. Así, la "identidad" se entiende, más bien, como una categoría ubicada entre la unidad y la pluralidad²⁶. Es la aceptación de nuestras diferencias lo que nos permite reconocer como iguales; en tal sentido, ser iguales y diferentes es la base de la pluralidad²⁷. Y sólo el reconocimiento de ésta última puede dar lugar a la conciencia de la "identidad cultural y étnica".

2.2. El derecho a la identidad cultural: entre la unidad y la pluralidad

Ahora bien, el reconocimiento del derecho a la identidad cultural y étnica no tiene que remitirnos a un proceso que dé como resultado la completa desestructuración del sistema social y jurídico, sin más. Como dice Habermas, "la alabanza de lo múltiple, de la diferencia, de lo otro, pueden contar hoy con una buena dosis de aceptación; pero un estado de ánimo no constituye todavía una argumentación alguna ni puede sustituirla"²⁸. Entonces, no se trata de asumir una visión que cuestione la falta de legitimidad social del derecho occidental, de modo tal, que se sobrevale la costumbre al punto de pretender restaurar un intrincado complejo de particularismos estatutarios propio de la Edad Media.

El reconocimiento de la pluralidad no supone la exaltación de lo irracional, del caos, de la fragmentación. Al contrario, es precisamente la crisis de la sociedad contemporánea la que produce una sensación de retorno al pasado medieval: el supuesto de la ideología contractualista según el cual las leyes tienen un origen en instancias creadoras de derecho, depositarias de una cierta legitimidad y, por lo tanto, dotadas de una racionalidad inspirada en el interés general²⁹, ha perdido fuerza y significado frente a los nuevos fenómenos de dispersión de poder que enfrenta el Estado en la sociedad actual. Como sostiene Norberto Bobbio, la distorsión entre el modelo del Estado como poder concentrado, unitario y orgánico y la realidad social

17 Entre los antecedentes más próximos a la regulación constitucional de este derecho, se cuentan el convenio 169 de la OIT sobre pueblos indígenas y tribales en países independientes, la Constitución de Colombia de 1991 (artículos 7º, 10, 68, 171, 246, 286, 330) y la Constitución del Paraguay de 1992 (artículos 62º, 63º, 73, 77, 140).
18 DE CUPIS, Adriano. *I diritti della personalità*. Milano: Dott. A. Giuffrè Editore, 1982. p. 399.
19 FERNÁNDEZ SESSAREGO, Carlos. *Nuevas tendencias en el derecho de las personas*. Lima: Universidad de Lima, 1990, p. 174.
20 DE CUPIS, Adriano. Op. cit., p. 399. En el mismo sentido FERNÁNDEZ SESSAREGO, C. Loc. cit.

21 DE CUPIS, Adriano. Op. cit., pág. 401 y ss.

22 DE BIETA CHALBAUD. Op. cit., p. 38.

23 Loc. cit.

24 IGARTUA SALAVERRI, Juan. Op. cit., pág. 447-448.

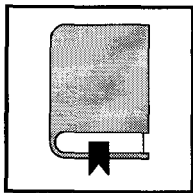
25 Ibid., p. 449.

26 MACKIE, J.L. *Problemas en torno a Locke*. México: UNAM, 1988, p. 180.

27 PATRÓN COSTA, Pepi. "Pluralidad y espacio público". En: BIRA - Boletín del Instituto Riva-Agüero, N° 18, Lima, 1991, p.62.

28 HABERMAS, Jürgen. *Pensamiento postmetafísico*. México: Taurus humanidades, 1990, p. 173.

29 GARCÍA, Mauricio. Op. cit., p. 14.



lacerada, fragmentada y dividida en grupos antagónicos de poder, que tienden a sobreponerse y pactar treguas entre sí, es lo que obliga a pensar más bien en un regreso al medioevo³⁰.

Entonces, frente a la razón abstracta del discurso jurídico tradicional, una visión pluralista debe afirmar un proceso dialógico, de reconocimiento y esclarecimiento³¹, entre la unidad y la diversidad. No es la apología de la sinrazón. Se trata de la afirmación de una razón a partir del consenso que, por ello, se fortalece y retroalimenta. Si como dice Habermas³², la unidad de la razón sólo permanece perceptible en la pluralidad de sus voces, es decir, como posibilidad de entendimiento que ya sólo puede venir asegurada procedimentalmente; la validez y trascendencia del Derecho será general, pero no por ello dejará de depender de las condiciones bajo las cuales habrán de resolverse los conflictos, es decir, el contexto social, vivido y compartido por los seres humanos que reconocen entre sí elementos de identidad en la diversidad³³.

El efecto del reconocimiento jurídico de la pluralidad cultural y étnica supone el reconocimiento de lo diverso; es decir, trae consigo en forma implícita el efecto emancipante de la liberación de las racionalidades locales. No se trata de garantizar simplemente el reconocimiento de los valores propios y el derecho a la autenticidad. El efecto va más allá, porque implica el auto-reconocimiento como individuo o grupo en la pluralidad, de modo tal que con la liberación de las racionalidades, las diversidades toman la palabra y se hacen reconocer.

En otras palabras, el ejercer un sistema de valores aceptando la pluralidad cultural como realidad, —tal como se reconoce el derecho a la identidad en el Convenio 169 de la OIT y de alguna manera también resulta de la nueva Constitución—, tendrá como efecto jurídico y proyección necesaria el surgimiento de una conciencia de la historicidad, contingencia, y limitación de los demás sistemas comenzando por el propio³⁴.

2.3. Identidad cultural y derechos humanos

La visión occidental de los derechos humanos ha venido sufriendo algunos cambios desde mediados del presente siglo. En este proceso han tenido una intervención decisiva las reivindicaciones de los pueblos del tercer mundo, pues de ellas se deriva una visión que incorpora los aspectos culturales, económicos, sociales y políticos que les son propios. En tal sentido, es desde posiciones alternativas o de perspectivas no hegemónicas del poder económico³⁵, que se ha venido enriqueciendo el concepto y contenido de los derechos humanos.

El caso del derecho a la identidad cultural y étnica, sin duda, responde a este contexto; los hechos demuestran que en muchos lugares del planeta existen comunidades sociales enteras que no gozan de los derechos más elementales, la razón de ello: su pertenencia a grupos humanos de los denominados pueblos indígenas y tribales. En este senti-

do, se incorpora la validez de un deber consistente en defender, proteger y promover los derechos individuales en una perspectiva mayor y compleja.

El convenio 169 de la OIT es el instrumento internacional que estatuye orgánicamente sobre esta problemática, aunque si bien no es el primero, en la óptica de la evolución de los derechos humanos, se le reconoce como el más específico y avanzado³⁶. El convenio distingue entre "pueblos tribales" y "pueblos" en países independientes. Los primeros son aquellos:

"...cuyas condiciones sociales, culturales y económicas les distingue de otros sectores de la colectividad nacional, y que están regidos total o parcialmente por sus propias costumbres o tradiciones o por una legislación especial" (artículo 1.1a).

A su vez, "pueblos" en países independientes son aquellos que:

"...considerados indígenas por el hecho de descender de poblaciones que habitaban en el país, o en una región geográfica a la que pertenece el país, en la época de la conquista o la colonización o del establecimiento de las actuales fronteras estatales y que, cualquiera que sea su situación jurídica, conservan sus propias instituciones sociales, económicas, culturales y políticas, o parte de ellas (artículo 1.1b).

Se desprende de lo anterior, el reconocimiento a los grupos sociales mencionados y a sus miembros en forma individual, el derecho a la diversidad de sus formas de vida, a sentirse diferentes y a ser considerados como tales.

De este modo, en términos positivos, el derecho a la identidad cultural supone la protección de los valores y prácticas sociales, religiosas, así como de los mecanismos o formas de solución de conflictos, propios de dichos pueblos.

Los problemas que la realidad plantea a estos pueblos, tanto colectiva como individualmente, son de vital importancia para el convenio 169 de la OIT. Por ello se afianza el derecho a decidir sobre sus propias prioridades en lo que atañe al proceso de desarrollo, en la medida que éste afecte sus vidas, creencias, instituciones, bienestar espiritual, a las tierras y al medio ambiente que ocupan o utilizan de alguna manera³⁷.

Existe sin embargo un intenso debate en torno a este tema que replantea los términos de la discusión, pues frente al universalismo de los derechos humanos, existe una concepción que sostiene que éstos son relativos en tanto dependen del contexto cultural³⁸.

Para quienes relativizan el alcance de los derechos humanos, la defensa de la libertad individual, en sus diferentes facetas, así como la progresiva incorporación de derechos sociales, políticos y económicos, atribuibles como obligación al Estado, constituyen manifestaciones de una cosmovisión extraña a los grupos sociales o comunidades llamados "pueblos" o "tribus".

De este modo, para los *relativistas* como los llama Carlos Chipoco³⁹, "la concepción de los derechos humanos como normas universales intenta imponer visiones occidentales sobre los estilos de vida, las decisiones personales, las relaciones entre los ciudadanos, y su vínculos con el Estado. Los valores que esta posición privilegia son la diversidad cultural y la autenticidad nacional"⁴⁰.

30 BOBBIO, Norberto. *El futuro de la Democracia*. Torino: Einaudi, 1984, p. 129.

31 KAUFMANN, Arthur. *La Filosofía del Derecho en la post-modernidad*. Traducción de Luis Villar Borda. Bogotá: Editorial Temis, 1992, p. 22.

32 HABERMAS, J. *Op. cit.*, p. 157.

33 *Ibid.*, p. 180.

34 VATTIMO, Gianni. "Post-modernidad ¿una sociedad transparente?". En: *En torno a la post-modernidad*, VATTIMO y otros. Barcelona: Anthropos, 1990, p. 17-18.

35 ROMERO, Amanda. "El neoliberalismo, los derechos humanos y el nuevo paradigma", En: *El otro Derecho*. Bogotá: ILSA, N° 11, julio de 1992, p. 53-54.

36 Tanto el *Pacto internacional de derechos civiles y políticos* como la *Convención americana de derechos humanos*, establecen normas de protección de los derechos humanos, relevantes para los pueblos indígenas, pero el convenio N° 169 de

la OIT que revisa el convenio 107 del año 1957, es particularmente importante por su grado de especificidad y organicidad en el tratamiento de este derecho. Además cabe precisar que este instrumento ha sido ratificado por el gobierno peruano a través de la resolución legislativa 26253, publicada en el diario oficial "El peruano" con fecha 5 de diciembre de 1993.

37 Convenio N° 169 sobre pueblos indígenas y tribales en países independientes, 1989. 2ª edición revisada: mayo de 1991. Serie Documentos, 89/1. Introducción, p. 4.

38 CHIPOCO, Carlos. *En defensa de la vida*. Lima: CEP, 1992, p. 65.

39 *Loc. cit.*

40 *Ibid.*, p. 66.

La costumbre debe ser entendida como el conjunto de usos y prácticas sociales reiteradas frente a circunstancias semejantes

Llegamos así a una especie de entrapamiento que bien se puede graficar de la siguiente manera: el relativismo cultural en una versión radical puede llegar a sostener que la cultura es la única fuente de validez de normas y valores, en tanto que para el universalismo radical, la cultura es un factor irrelevante para juzgar la validez de los derechos morales y las normas universalmente válidas⁴¹.

Sin embargo, este relativismo cultural es susceptible de serias críticas⁴². En principio, porque no toma en cuenta que las violaciones a los derechos humanos no responden a una práctica cultural sino que tienen un origen básicamente político, y esto en Latinoamérica y en nuestro país es demostrable. Asimismo, las costumbres y tradiciones no son estáticas, por tanto no carecen de oposición interna. Es posible, por ello, que en las mismas sociedades donde existen prácticas de discriminación a la mujer, se generen grupos que buscan cambiar esa concepción radicalmente.

Más aún, detrás de la idea de que los derechos humanos obedecen a una concepción occidental, se puede generar en el fondo un etnocentrismo velado, al considerar que las otras culturas no son capaces, no están a la altura, o no pueden tener derechos humanos.

Todo lo anterior se corrobora en los hechos. En los países de Latinoamérica y del tercer mundo, la transformación de las necesidades y carencias en derechos que se produce al interior de los movimientos y grupos sociales, en tanto sujetos nacientes del proceso histórico durante las últimas décadas, permite afirmar la ocurrencia de un fenómeno de construcción colectiva de un conjunto de derechos tomados como autoevidentes⁴³. Este proceso que surge como una definición acumulativa de carencias que son definidas como inaceptables, se genera en el espacio de legitimidad propiciado por los propios grupos sociales y forma parte del pluralismo social en el cual se inserta el derecho a la identidad cultural y étnica.

Por lo tanto, la pluralidad afirmada por los relativistas es utilizada como argumento para propiciar particularismos proclives al aislacionismo, tanto como el universalismo radical resulta funcional al establecimiento de un orden impuesto en forma autoritaria. Al final los extremos se tocan, por ello, tanto la posición universalista como la relativista, asumidas en forma radical, pueden derivar en el mismo lugar común, representado por la intolerancia recusada por ambas posiciones.

Así, el reto que se plantea, parte del énfasis del derecho a la identidad cultural y étnica en el reconocimiento de la pluralidad. Sólo en ella será posible la reivindicación de un nuevo orden gracias a la interacción de la unidad y diversidad. En ese contexto, como sostiene Rodolfo Stavenhagen⁴⁴, el reconocimiento de este derecho, condiciona la forma en que los pueblos gozan o, por el contrario, carecen de los derechos humanos individuales y colectivos reconocidos ampliamente por la mayoría de instrumentos internacionales de derechos humanos.

La idea, por lo tanto, es valorar la percepción sobre el alcance y vigencia de la noción de derechos humanos que

se tiene en cada realidad, integrándola a una visión plural de la misma. En suma, hay que aceptar el diferente sentido que tiene para los miembros de una comunidad el desarrollo de las vivencias cotidianas, así como el logro de la convivencia pacífica generado sobre la base de convicciones y supuestos compartidos y por ello obligatorios. Éste es el principio mediador que hace que cobren vida, dentro de un escenario común de intereses, las diferentes tradiciones culturales, religiosas, jurídicas, etc., de las cuales se debe nutrir la diversidad.

3. EL RECONOCIMIENTO DE LA COSTUMBRE (DIVERSIDAD) COMO PUNTO DE PARTIDA

El derecho a la identidad cultural y étnica supone el inicio de un proceso abierto. La crisis de la idea de nación, manipulada a través de nuestra historia como república, delata la crisis de la historia concebida como un decurso lineal, unitario, es decir, como una construcción de representaciones del pasado a partir de la racionalidad de los sectores dominantes⁴⁵. Y esta forma de ver las cosas estuvo asociada al carácter excluyente del Estado peruano que, fundado en una presunta unidad cultural, se mantuvo lejos de los sectores sociales y étnicos mayoritarios del país⁴⁶.

Hoy no puede decirse ya que la historia tiene un carácter unitario. "Existen imágenes del pasado propuestas desde diversos puntos de vista, y es ilusorio pensar que exista un punto de vista comprensivo, capaz de unificar todos los demás"⁴⁷. El formalismo jurídico destinado a viabilizar los ideales de la civilización occidental y construido sobre la base de la idea de una racionalidad central de la historia, no puede por tanto ser asumido como la única forma de ordenar la conducta de los seres humanos.

La toma de conciencia de este fenómeno trae como consecuencia la multiplicación de las imágenes de la realidad y, con ello, como se dijo anteriormente, se produce una liberación de las racionalidades locales y, asimismo, una liberación de las diferencias. Si para la visión occidental del Derecho, la fuente principal de producción del mismo es la norma jurídica, en tanto conceptualización racional del deber ser, es indudable que esta suerte de emancipación de las racionalidades locales, traiga como premisa el reconocimiento de la costumbre, en tanto expresión particular de las diversidades.

La costumbre debe ser entendida como el conjunto de usos y prácticas sociales reiteradas frente a circunstancias semejantes.⁴⁸ Estas prácticas y usos responden a una forma de organización social de la producción y se desarrollan en relación con un ambiente peculiar y una lógica determinada de relaciones interpersonales al interior de esa organización –comunidad–. La organización social en

41 Ibid. p. 68.

42 Ibid. p. 70.

43 DURHAM, Eunice. "Movimentos Sociais A Construção da Cidadania". En: *Novos Estudos*. Sao Paulo, Cebrap, (10): 29 de octubre de 1984. Citado por WOLKMER, Carlos. "Pluralismo Jurídico, movimientos sociales y prácticas alternativas". En: *El otro derecho*, Bogotá: ILSA, N°7, enero de 1991, p. 42.

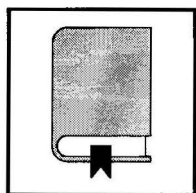
44 STAVENHAGEN, Rodolfo. "Derecho consuetudinario indígena en América Latina". En: *América Indígena*, México, vol. XLIX, núm. 2, abril-junio de 1989, p. 224.

45 VATTIMO. *Op. cit.*, p. 10-11.

46 LÓPEZ, Sinesio. "Perú: una modernización frustrada". En: *Desde el Límite: Perú reflexiones en el umbral de una nueva época*. Lima: IDS, 1992, p. 152.

47 VATTIMO. *Op. cit.*, p. 11.

48 CRACOGNA, Dante. "La costumbre como fuente del derecho en el nuevo Código Civil peruano". En: *El Código Civil peruano y el sistema jurídico latinoamericano*. Lima: Editorial Cuzco, 1986, p. 77.



buena cuenta constituye la base material de las costumbres⁴⁹, y ambas son indelégibles.

Producto de este conjunto de intereses en el grupo social, se propicia de modo especial la capacidad de elaborar un concepto propio de justicia. Está claro que "cada época histórica, y dentro de ella cada sociedad y cada cultura, tienen una imagen e idea de la justicia"⁵⁰ que se desarrolla en dos niveles.

En el primer caso se trata de la manera como el conjunto de individuos organiza sus relaciones sociales y económicas, así como a las reacciones que en ellos generan sus propios elementos culturales. En este contexto, producto de reflexiones e interpretaciones diversas de disenso y consenso⁵¹, el grupo define su concepto de justicia, lo abstrae e internaliza y lo va delimitando subjetivamente.

En el segundo nivel, la justicia deducida de estas relaciones, en tanto significado o criterio de valor⁵² para el grupo, requerirá, para permanecer y al mismo tiempo para cambiar, presentarse como válida, es decir, materializarse. De este modo, los propios individuos, a través de las relaciones al interior de su organización social, y ante la presencia de conflictos, decidirán fácticamente sobre lo justo o lo injusto.

De acuerdo a lo dicho, se reconocen dos planos complementarios desde los cuales se ha abordado el problema de la pluralidad en la perspectiva constitucional. El primero tiene que ver, en términos generales, con la diversidad de relaciones sociales y económicas al interior de los grupos sociales, es decir, el pluralismo cultural; y el otro, se vincula al reconocimiento de formas directas de dar solución a sus conflictos, no centralizadas del poder del Estado, es decir, el plano del pluralismo jurídico.

3.1. La pluralidad cultural

El discurso constitucional expresa una voluntad orientada a la consagración de la diversidad cultural del país en dos planos. Esto se desprende con claridad del artículo 2º, inciso 19 cuando establece que toda persona tiene derecho a "su identidad étnica y cultural...". Y es reforzado en forma paralela por el artículo 89º que prescribe que "El Estado respeta la identidad cultural de las comunidades campesinas y nativas".

Existe entonces una perspectiva complementaria en la institucionalización del derecho a la diversidad de las formas de vida, a nivel individual y social. Por una parte se le reconoce como derecho fundamental y por otro, se le afirma como un derecho ubicado en el ámbito de los derechos económicos sociales y culturales, afianzando la extensión de este atributo a entidades sociales con existencia legal y personalidad jurídica como es el caso de las comunidades campesinas y nativas.

El cuadro se completa con lo dispuesto por los artículos 17, y 48. El primero establece en su cuarto párrafo que el Estado "...fomenta la educación bilingüe e intercultural, según las características de cada zona". El segundo afirma que: "son idiomas oficiales el castellano y, en las zonas donde predominen, también lo son el quechua, el aymara y las demás lenguas aborígenes según la ley". De esta manera la imagen de una cultura oficial que desconoce la lengua y la tradición mayoritarias⁵³, empieza a tomar contacto con la realidad, reafirmando la vocación pluralista desplegada como consecuencia del reconocimiento de este derecho.

Mención aparte merece la falta de una alusión expresa a la vigencia histórica y pluricultural de los pueblos que integran la república y de su carácter pluricultural y multiétnico en los artículos 43º y 44 del título II de la nueva Constitución, referido al "Estado y la nación". Esta omisión podría llevar a reconocer la vigencia de la premisa teórica de que en el Perú existe una sola nación integrada. Pero esta interpretación ciertamente no puede dejar de lado el precepto fundamental contenido en el artículo 2, inciso 19, a través de la fórmula "...El Estado reconoce y protege la pluralidad étnica y cultural de la nación". Hay pues un error de sistemática, en tanto el marco en el que

se ubica la norma en mención se refiere a los derechos fundamentales de la persona humana, siendo obvio que por el alcance y sentido de la misma, hubiera sido más conveniente ubicarla en el contexto del título referido al Estado y la nación.

Al margen de lo anterior, el derecho a la identidad cultural expresa una reivindicación de larga data en nuestro país, que con el paso del tiempo este problema se ha hecho cada vez más complejo y difícil de abordar. Si entre las comunidades andinas la identidad cultural y étnica resulta de un proceso en el que los mitos, las tierras, los antepasados y la ética comunitaria desembocan en un sentimiento común⁵⁴, en el sector urbano del Perú contemporáneo, "se tiene un espacio mayoritariamente dominado por la presencia migrante de representantes de toda la pluralidad y multiplicidad de situaciones que configuran el país"⁵⁵.

El proceso en marcha ha puesto en cuestión la vieja ilusión republicana de la identidad nacional y pone en tela de juicio las estructuras institucionales del Estado-nación.⁵⁶ Se trata de un proceso que ha venido configurando una nueva identidad cultural⁵⁷ socialmente vigente, frente a la cual el orden formal del país no podía seguir permaneciendo de espaldas.

En este sentido, si bien la reciente Constitución abre paso a una perspectiva de lo jurídico orientada a comprender la realidad, en su dinámica compleja y plural, este reconocimiento será insuficiente si no se admite que la pluralidad cultural del país es un fenómeno que debe nutrir el

El proceso en marcha ha puesto en cuestión la vieja ilusión republicana de la identidad nacional y pone en tela de juicio las estructuras institucionales del Estado-nación

49 WRAY, Alberto. "Derecho, costumbre y comunidad". En: *Derechos humanos y servicios legales en el campo*. Lima: Comisión andina de juristas, 1987, p. 217.

50 FERNÁNDEZ, Eusebio. *Teoría de la justicia y derechos humanos*. Madrid: Editorial Debate, 1987, p. 32.

51 *Loc. cit.*

52 LUMIA, Giuseppe. *Principios de teoría e ideología del Derecho*. Madrid: Editorial Debate, 1986, p. 114.

53 MATOS MAR, José. *Desborde popular y crisis del Estado*. Lima: IEP, 1985, p. 108.

54 IWASAKI CAUTI, Fernando. *Nación peruana: entelequia o utopía*. Lima: Centro Regional de Estudios Socio Económicos, 1989, p. 85.

55 MATOS MAR, José. *Op. cit.*, p. 103.

56 *Ibid.* p. 107.

57 DE SOTO, Hernando. *El otro sendero*. Lima: Instituto Libertad y Democracia, 1986, p. 4.

contenido de las instituciones del Estado. Debe entenderse que la pluriculturalidad no sólo es un aspecto de la vida del país sino que en realidad, es el vehículo a través del cual se debe movilizar a la sociedad en su conjunto.

3.2. La pluralidad jurídica

Hay un plano adicional en el tratamiento de la pluralidad que corresponde a lo jurídico. La existencia de la pluriculturalidad supone necesariamente el reconocimiento de la pluralidad jurídica. Sin esto último, el reconocimiento de la pluralidad cultural se diluye y deviene artificial. Por ello, como sostiene Stavenhagen⁵⁸, el estudio del derecho consuetudinario de los pueblos indígenas de América Latina es importante porque forma parte integral de la estructura social y la cultura.

En efecto, como correlato del reconocimiento de la pluralidad cultural, la precisión constitucional hecha en los artículos 139, inciso 8, y 149, se refiere al derecho consuetudinario.

Siguiendo a Brandt⁵⁹ y Stavenhagen⁶⁰, entendemos por derecho consuetudinario aquel que rige en zonas rurales basado en normas tradicionales, no escritas ni codificadas, y su sincretismo con normas de la sociedad dominante.

La diferencia básica entre el derecho consuetudinario y el derecho positivo radica en que, este último emana de una autoridad política constituida –Estado–, en tanto que el primero está constituido por un conjunto de costumbres reconocidas y compartidas por la colectividad⁶¹. En consecuencia, en las sociedades con organización política centralizada –Estado–, el derecho constituye una esfera distinta del resto de la sociedad, a diferencia del derecho consuetudinario de las sociedades menos complejas, que no constituye una esfera distinta o autónoma de la sociedad⁶².

Ahora bien, como elemento integrante de la identidad cultural y étnica, el derecho consuetudinario no responde a esquemas aplicables a todos los casos en general. Los criterios que intervienen en la determinación y tipos de derecho consuetudinario son diversos, como diversa es la realidad. Sobre el particular sostiene Brandt⁶³:

"En el país, la existencia y vigencia de sistemas de derecho consuetudinario... no es uniforme, dependiendo de los valores culturales y étnicos que rigen en los distintos lugares, de la asimilación de éstos con los valores de la sociedad dominante, de la percepción negativa o positiva del derecho estatal, es decir, del grado de aceptación del sistema legal por la población del lugar, de la lejanía o de la presencia dominante de los aparatos estatales, del grado de acceso a estas instancias y de la eficacia de sus medidas para dar solución a un problema legal".

Con la invocación al derecho consuetudinario se supera ampliamente, la fórmula de la Constitución de 1979 que en su artículo 233 inciso 6, aludía a los principios generales del derecho peruano. Pues cabe mencionar para muchos juristas, esta disposición no tenía un contenido específico. Para algunos los principios del derecho peruano se equiparaban a los del derecho romano germánico; para otros, los principios del derecho peruano tenían una

La existencia de la pluriculturalidad supone necesariamente el reconocimiento de la pluralidad jurídica. Sin esto último, el reconocimiento de la pluralidad cultural se diluye y deviene artificial

referencia a un denominado bloque romano-germánico-ibérico-precolombino⁶⁴.

De esta manera, por un lado, se insistía en la vigencia del derecho formal; y por otro, en la existencia de una especie de derecho-mezcla. Pero la atención, en ambos casos, no estaba dirigida al reconocimiento del pluralismo jurídico ni a la aceptación de los derechos consuetudinarios.

Frente a este choque de sistemas entre formas diversas de ver el derecho, históricamente el sistema dominante se ha impuesto sobre el derecho consuetudinario, de la misma manera que la sociedad dominante se impone sobre la subordinada en lo político, cultural y económico. Esto es lo que Marcial Rubio y Francisco Eguiguren⁶⁵, describen con énfasis, al señalar que:

"Nuestro Derecho realmente existente está muy lejos de expresar o satisfacer las necesidades y aspiraciones de las mayorías. En muchos aspectos tiene como sustento esencial a la coacción y sólo muy limitadamente a la legitimidad. No es un orden jurídico surgido en respuesta a los requerimientos sociales colectivos, sino muchas veces precisamente para pretender imponer –como intereses y valores del conjunto de la sociedad– intereses y prácticas sociales especialmente favorables a los sectores dominantes de la sociedad".

El derecho consuetudinario está estrechamente vinculado a otros fenómenos de la cultura y de la identidad étnica, como la estructura familiar, social y religiosa de la comunidad y los valores culturales propios de la etnia⁶⁶, por lo tanto, su desconocimiento es la evidencia de que el Derecho y el orden jurídico oficial encarnan formas opresivas de discriminación y reproducen relaciones opresivas en perjuicio de vastos sectores de la colectividad nacional⁶⁷.

Superar este orden de cosas significa reconocer la vigencia de la pluralidad jurídica y del derecho consuetudinario, pero a la vez, supone también flexibilizar el principio de la unidad y exclusividad de la función jurisdiccional. Estos dos aspectos son parte del nuevo texto constitucional.

En primer término, el reconocimiento del derecho consuetudinario para la administración de justicia ante vacío o deficiencia de la ley, marca un avance significativo respecto de toda la tradición constitucional que le precede, tal como lo establece el artículo 139, inciso 8, que a la letra dice:

"Son principios y derechos de la función jurisdiccional: (...)El principio de no dejar de administrar justicia por vacío o deficiencia de la ley.

En tal caso, deben aplicar los principios generales y el derecho consuetudinario".

58 STAVENHAGEN, Rodolfo. *Op. cit.*, p. 223.

59 BRANDT, Hans-Jürgen. *En nombre de la paz comunal. Un análisis de la justicia de paz en el Perú*. Lima: Centro de investigaciones judiciales de la Corte Suprema de la república - Fundación Friedrich Naumann, 1990, p.160.

60 STAVENHAGEN. *Op. cit.* p. 225.

61 *Ibid.*, p. 225-226.

62 *Loc. cit.*

63 BRANDT. *Op. cit.*, p. 161.

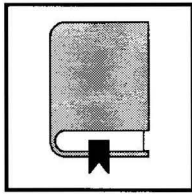
64 SCHIPANI, Sandro. "El Código Civil peruano de 1984 y el sistema jurídico latinoamericano". En: *El Código Civil peruano y el sistema jurídico latinoamericano*. Lima:

Editorial Cuzco, 1986, p. 53. Para este jurista italiano el sistema jurídico peruano es fruto de la composición histórica de una tradición que tiene su origen en los denominados derechos precolombinos, que se transforman y mezcla sin perder continuidad con el derecho ibérico, el cual, a su vez, estaba notablemente influido por el sistema romano.

65 RUBIO C., Marcial y EGUIGUREN P. Francisco. "Violencia, y coacción en el Derecho". En: *Siete ensayos sobre la violencia en el Perú*. Lima: Fundación Friedrich Naumann y APEP, 1987, p.123.

66 STAVENHAGEN. *Op. cit.* p. 231.

67 RUBIO C. M. y EGUIGUREN P. F. *Op. cit.*, p. 122.



Es evidente que el plano de la jerarquía de fuentes que resulta de este artículo, se compone de tal manera que, los principios generales se encuentran en el mismo nivel que el derecho consuetudinario, más aún, técnicamente, esto es dependiendo de las circunstancias y del caso concreto, es el derecho consuetudinario el que tendrá prioridad.

En segundo lugar, el proceso para flexibilizar el principio de la unidad y exclusividad de la función jurisdiccional, ha empezado a gestarse con la legitimación del ejercicio jurisdiccional otorgada a las comunidades campesinas y nativas. Así lo establece el 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 con los juzgados de paz y con las demás instancias del Poder Judicial".

Este tipo de reconocimiento, sin embargo, no supone la puesta en práctica de la fórmula "obedézcase, pero no se cumpla", conocida expresión de la edad media, en virtud de la cual la ley era obedecida, es decir, honrada, y considerada, como tal, una disposición real, pero cuya eficacia y ejecución quedaba en suspenso o se graduaba dependiendo de su menor o mayor concordancia con el fuero, el privilegio o la ordenanza⁶⁸. Se ha dicho anteriormente que el reconocimiento de la pluralidad no significa de modo alguno volver al pasado medieval. Por lo tanto, la noción del interés general debe ser asumida de manera dinámica, como instrumento que haga viable la articulación de las diferencias.

La aceptación de mecanismos de solución de conflictos ajenos al reconocido por el Derecho oficial, no tiene porqué convertirse en un fenómeno de división o fragmentación, al contrario debe permitir flexibilizar el orden jurídico, para que sin perder su unidad, se mantenga como una totalidad abierta al abanico de posibilidades que una realidad pluricultural como la nuestra plantea en forma permanente.

4. LIMITACIONES AL DESARROLLO DEL PLURALISMO: EL CASO DE LA FAMILIA Y EL MATRIMONIO

El reconocimiento de la costumbre en el plano normativo y como fuente de derecho, significa la aceptación de la llamada costumbre *praeter legem*, que por defini-

ción es aquella no regida por la ley, entendiendo por ésta, la ley formal. La posibilidad de aceptar la costumbre *contra legem*, reviste un cierto nivel de discusión. El problema puede ser visto con mayor claridad a propósito de lo establecido por el artículo 4 de la Constitución que establece que:

"La comunidad y el Estado protegen especialmente al niño, al adolescente, a la madre y al anciano en situación de abandono. También protegen a la familia y promueven el matrimonio. Reconocen a estos últimos como institutos naturales y fundamentales de la sociedad.

La forma de matrimonio y las causas de separación y de disolución son reguladas por la ley"

Es indudable que con este artículo se produce una regresión marcada. La Constitución de 1979 había significado un avance al considerar implícitamente la existencia de varias formas de matrimonio, y con ello formas diversas de dar origen a la familia. En la práctica, sin embargo, se legisló a contracorriente, pues técnicamente resultaban concubinos quienes se encontraban unidos por matrimonio religioso o por la formas consuetudinarias⁶⁹. En vista de que amplios sectores de la población constituyen su familia por medios que gozan de mayor aceptación social y vigencia que el matrimonio civil, la discriminación y trato desigual de la normatividad resultaba evidente. Funcional a todo ello, con la nueva Constitución, se institucionaliza la discriminación, al restringir la forma del matrimonio y con ello el origen de la familia a una sola posibilidad: el matrimonio civil.

La aceptación de mecanismos de solución de conflictos ajenos al reconocido por el Derecho oficial, no tiene porqué convertirse en un fenómeno de división o fragmentación, al contrario debe permitir flexibilizar el orden jurídico, para que sin perder su unidad, se mantenga como una totalidad abierta al abanico de posibilidades que una realidad pluricultural como la nuestra plantea en forma permanente

Hay en esta forma de ver las cosas una actitud que en perspectiva congela el reconocimiento del pluralismo cultural y étnico. El concepto de familia y las formas de constituir la son un aspecto integrante de la cultura que da vida a la sociedad en su conjunto; por lo tanto, lo razonable para el Estado sería acentuar la legitimidad de su actuación incorporando las instituciones que mueven al país en la realidad, antes que imponer esquemas ajenos que pretenden negarla.

Veamos entonces cómo se plantea el problema en el contexto del pluralismo jurídico reconocido por la nueva Constitución. En principio una relación no matrimonial no tendrá consecuencias jurídicas necesariamente equiparables a las de una relación matrimonial, es decir, bienes gananciales, alimentos, filiación de los hijos, porque estos derechos, en principio, están reservados a los que hubieran contraído matrimonio civil.

Por mandato del artículo 103 de la Constitución, así como por disposición del artículo I del título preliminar del Código Civil, la ley se deroga sólo por otra ley. Por lo tanto, las relaciones no matrimoniales están al margen de la ley. Sólo se les reconocerá derechos equiparables a los gananciales, siempre que hubieran habido entre los

68 ORTIZ, René. *Derecho y derecho consuetudinario. Los primeros años de la Colonia*. Lima: Mimeo, ponencia presentada al Seminario sobre la historia del Perú y los derechos humanos, convocado por la Comisión de defensa de los derechos de la persona y construcción de la paz (CODEPP) y el Centro de Divulgación de Historia Popular (CEDHIP). Del 14 al 16 de mayo de 1990, p. 10.

69 RUBIO, M. y EGUIGUREN, F. Op. cit., p. 125.

convivientes más de dos años de vida en común. Lo demás, es decir, cualquier consideración adicional en materia de derechos entre los convivientes es contra la ley.

Sin embargo, en aplicación de lo dispuesto por el artículo 139, inciso 8, y en tanto las circunstancias ameriten la recurrencia al derecho consuetudinario, cabría preguntarse si es posible que al administrar justicia el juez reconozca la tradición y costumbres de una pareja para la determinación de los derechos y obligaciones luego de haber puesto fin a la unión convivencial. Téngase presente que con ello se estaría reconociendo una costumbre contra ley y de este modo se estaría creando una excepción al presupuesto normativo indicado.

Esta misma interrogante se verifica con claridad en el ámbito de la justicia ejercida por las autoridades campesinas y nativas. En otras palabras, es perfectamente posible que en el ejercicio jurisdiccional de estos organismos, se resuelvan cuestiones vinculadas a la familia (en sus diversas formas de constitución) y a las consecuencias que deriven de este tipo de relaciones que obviamente no son equivalentes a las manejadas en el derecho formal. Ello, en consecuencia, resulta contradictorio con lo normado por el artículo 4, sin embargo, es posible, ya que existe habilitación constitucional para ello y, por otra parte, la única limitación al ejercicio de esta jurisdicción es que no se violen los derechos fundamentales de la persona, tema sobre el cual ya nos hemos pronunciado.

Sin duda, el reconocimiento de la pluriculturalidad como tal, puede traer a la larga consecuencias antes insospechadas en el plano de lo jurídico. Lo importante, sin embargo, radica en que estas nuevas perspectivas puedan servir como instrumentos que proporcionen el grado de legitimidad que requiere el derecho en el país para la construcción de un orden social justo y plural.

A MODO DE CONCLUSIÓN

La intención explícita de este trabajo ha sido sugerir y plantear algunas pistas de estudio e investigación. Sin pretender incidir en lo ya dicho, a continuación queremos más bien formular un conjunto de reflexiones finales.

1. Las buenas intenciones puestas de manifiesto en el texto constitucional, no son el remedio para todos los males. Recordemos que en el último proceso constituyente, diversos representantes del poder legislativo, en especial del oficialismo, exaltaron la introducción de nuevos derechos en el texto constitucional, sin reparar en que todo lo relacionado con los derechos a la igualdad, libertad y seguridad de los ciudadanos, se encontraba de manera extensa en la Constitución de 1979 y, sin embargo, brillaron por su falta de aplicación durante sus trece años de vigencia formal en el Perú.
2. Sucede que las constituciones no se dictan necesariamente para propiciar cambios concretos en la vida de los ciudadanos. La mayor parte de las veces, lo que se busca es generar imágenes que simbolicen reivindicaciones históricas, esenciales a la experiencia de vida de los pueblos, intentando ampliar el margen de representatividad ideal de los ciudadanos, sin importar que los medios propuestos sean poco viables.
3. En consecuencia, si hay algo en qué poner énfasis a propósito del reconocimiento del derecho a la identidad cultural y étnica, es en la necesidad de establecer más elementos de referencia práctica para que su aceptación oficial no exprese únicamente un conjunto de buenos deseos, sino que se verifique.

4. La lógica de este proceso supone conceptualizar la función del Estado desde un punto de mira distinto. Una distensión de los conflictos originados en la sociedad como fruto de la imposición del Estado-nación en una realidad plural como la nuestra, pasa por asumir que la actividad de éste debe ser el punto de llegada, y no más el origen excluyente de las decisiones sobre los destinos de todos los ciudadanos.
5. La participación de los miembros de comunidades indígenas o amazónicas en la tarea del gobierno local de sus comunidades y regiones, debe reemplazar la estrategia tradicional consistente en la idea de integración de la nación peruana, que no es otra cosa que la discriminación bajo el manto oficial del centralismo.
6. En tal sentido, el principio de igualdad, es un instrumento clave en la construcción de la democracia en un país pluricultural. Sólo en la medida que los miembros de los distintos grupos étnicos y comunidades del país, participen de alguna forma de todas las decisiones políticas y legislativas que los afecten, se podrá contar con el consenso que haga viables a las instituciones del Estado y que comprometa a todos en la creación de una conciencia histórica nacional.
7. El pluralismo jurídico como fenómeno no corresponde exclusivamente a las comunidades campesinas y nativas, pues está claro que se trata de un producto de la crisis de representatividad del Estado peruano, y que se presenta como tal, a distintos niveles del ordenamiento social, sindicatos, organizaciones populares, zonas urbano marginales de las grandes ciudades como Lima, etc. Por esta razón, el estudio de este fenómeno es de vital importancia. Ya que su concepción forma parte del conjunto de usos, costumbres y valores del grupo, a través de él, es posible comprender mejor las características de la sociedad peruana en formación.
8. La aceptación del pluralismo jurídico es un factor, que además de contrastar con una tradición de intolerancia y exclusión de considerables sectores sociales del país, debe permitir afianzar la identidad cultural y la diversidad. **D&S**