

Antonio Peña Jumpa(*)

Derechos fundamentales y **justicia comunal**

La aplicación del artículo 149 y el artículo 2, inciso 19 de la Constitución Política del Perú

“SI NO EXISTIESE PLURALIDAD O DIVERSIDAD ÉTNICA Y CULTURAL EN EL PERÚ, NO HUBIERE SIDO NECESARIO OCUPARNOS DE LA PRESENTE DISCUSIÓN Y NO HABRÍA SIDO NECESARIO LA PROPIA REGULACIÓN DEL ARTÍCULO 149 DE LA CONSTITUCIÓN POLÍTICA DEL PERÚ. NO OBSTANTE, AL EXISTIR TAL DIVERSIDAD (O PLURALIDAD) Y AL RECONOCERSE ESTA EN LA CONSTITUCIÓN POLÍTICA Y EN LOS TRATADOS INTERNACIONALES, ES NECESARIO REFLEXIONAR SOBRE LOS DERECHOS FUNDAMENTALES DE LA PERSONA EN ESE SENTIDO”.

1. Identificando el problema

El presente artículo trata el problema de la conceptualización y aplicación de los derechos fundamentales de la persona o derechos humanos a través de sistemas de resolución de conflictos en grupos humanos culturalmente diferentes. Experiencia típica en el Perú es el problema de la denominada “jurisdicción especial indígena” o simplemente “Justicia Comunal” y los límites de los derechos fundamentales de la persona, normado en el artículo 149 de la Constitución Política del Perú. ¿Qué tanto los derechos fundamentales de la persona o derechos humanos constituyen límites a esa Justicia Comunal practicada por numerosas comunidades andinas y amazónicas en el Perú?

Un ejemplo común para entender esta problemática constituye el caso del *servinacuy* (o *serviciña* en Aymara) practicada por comunidades andinas quechuahablantes⁽¹⁾ o aymarahablantes en el Perú⁽²⁾. El *servinakuy* es un matrimonio andino, o proceso matrimonial andino como lo define Albó⁽³⁾, por el cual un adulto mayor de 18 años puede contraer matrimonio con una menor de 14 ó 12 años, bajo

(*) Profesor Principal del Departamento de Derecho de la Pontificia Universidad Católica del Perú. Abogado. Magister en Ciencias Sociales. Ph.D. en Derecho.

(1) DE TRAZEGNIES, Fernando. *Entrevista sobre el Derecho*. En: *Themis*. Número 15. Lima: 1989.

(2) ALBÓ, Javier. *Esposos, suegros y padrinos entre los aimaras*. En: *Parentesco y matrimonio en los Andes*. Lima: Pontificia Universidad Católica del Perú, 1980. pp. 283-326; CARTER, W.E. *El matrimonio de prueba en los Andes*. En: *Parentesco y matrimonio en los Andes*. Lima: Pontificia Universidad Católica del Perú. pp. 363-424.

(3) ALBÓ, Javier. *Ibíd.*; p. 287.

consentimiento de las familias de ambos. Esta práctica, que también tiene su correlato en comunidades amazónicas del Perú y en otras comunidades de distintas partes del mundo, lleva a cuestionar qué tanto el *servinakuy* o *serviciña* es constitucionalmente válido y no contradice el ordenamiento jurídico constitucional-penal. Es decir, qué tanto el *servinakuy* o *serviciña* no es un conjunto de actos que colinda con la comisión concertada del delito de violación sexual o abuso sexual donde se transgrede particularmente el derecho fundamental de la integridad física, psíquica y moral de la aparente esposa-niña. ¿Es este derecho fundamental, así concebido, un límite a la actuación de los miembros de la comunidad que permite tal práctica? ¿Están las autoridades de dichas comunidades obligadas a respetar y aplicar la prioridad de este derecho fundamental en el ejercicio de su Justicia Comunal?

Las líneas siguientes no buscan una fórmula de solución al problema, sino, paradójicamente, buscan problematizar aún más el tema con el fin de alcanzar mayores reflexiones que nos puedan conducir a soluciones alternativas. Se ingresa al análisis del tema de los derechos fundamentales porque es justamente en su campo donde se puede hacer el ejercicio de la mayor problematización. Es allí donde reside el centro desde donde podemos calificar como “bueno” o “malo” un acto culturalmente diferente (como el *servinakuy*) y es desde allí donde se decide si es que el mismo acto requiere además represión penal.

El origen del artículo se remonta al año 1996, que, a su vez, retoma una investigación de los años 1991 y 1994⁽⁴⁾. En aquellos años, era aún muy discutible pensar que el artículo 149 de la Constitución Política del Perú, u otros semejantes que se refieren a la “jurisdicción especial” de las comunidades campesinas y nativas que estamos denominando Justicia Comunal, podía aplicarse desde una concepción local sin considerar los derechos fundamentales en su perspectiva occidental. La discusión continúa a la fecha, pero los cambios globales, los movimientos masivos de emigrantes de todos los continentes y países que se desplazan con sus

“¿CABE O NO REGLAMENTAR LA DENOMINADA ‘JURISDICCIÓN ESPECIAL INDÍGENA’ DEL ARTÍCULO 149 DE LA CONSTITUCIÓN POLÍTICA DEL PERÚ CON EL FIN DE ACLARAR O SOLUCIONAR EL PROBLEMA PLANTEADO? LA PREGUNTA FUE DISCUTIDA DESDE LOS AÑOS MENCIONADOS Y LA RESPUESTA FUE NO. HOY, A 15 AÑOS DE ESA DISCUSIÓN, LA RESPUESTA, SEGÚN CREEMOS, SIGUE SIENDO NEGATIVA, POR LAS DIFICULTADES Y RAZONES QUE EXPONEMOS MÁS ADELANTE”.

familias y culturas desde el Sur hacia países denominados desarrollados como Estados Unidos, la Comunidad Europea, Japón, Canadá, Australia, entre otros, puede confirmar que tal apreciación se ha modificado.

La pregunta tras la problematización planteada es: ¿cabe o no reglamentar la denominada “jurisdicción especial indígena” del artículo 149 de la Constitución Política del Perú con el fin de aclarar o solucionar el problema planteado? La pregunta fue discutida desde los años mencionados y la respuesta fue no. Hoy, a 15 años de esa discusión, la respuesta, según creemos, sigue siendo negativa, por las dificultades y razones que exponemos más adelante.

(4) PEÑA JUMPA, Antonio. *Justicia Comunal en las Comunidades Aymaras de Puno: el caso de Calahuyo*. Tesis de Bachiller en Derecho. Lima: Pontificia Universidad Católica del Perú, 1991; PEÑA JUMPA, Antonio. *Pluralismo Jurídico en el Perú*. En: *Desfaciendo Entuertos*. Número 3-4, octubre de 1994; PEÑA JUMPA, Antonio. *Justicia Comunal en los Andes del Perú: el caso de Calahuyo*. Lima: Pontificia Universidad Católica del Perú, 1998.

Antonio Peña Jumpa

2. El marco constitucional: una mayor problematización

La Constitución Política del Perú, emulando o siguiendo los aportes de la Constitución Política colombiana (1991) y otras constituciones latinoamericanas⁽⁵⁾, ha regulado en la parte referida al capítulo del Poder Judicial una “nueva” forma de administrar justicia o resolver conflictos que según algunos autores han denominado “jurisdicción especial indígena”: la resolución de conflictos por los propios actores o personas de las comunidades campesinas y comunidades nativas que en nuestra opinión es mejor denominada Justicia Comunal⁽⁶⁾ o Poder Judicial Comunal⁽⁷⁾.

La referida jurisdicción “especial” o Justicia Comunal se regula en el artículo 149 de la Constitución Política del Perú en los siguientes términos:

“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”⁽⁸⁾.

Del citado artículo brotan varios puntos a analizar. Uno de ellos es el referido al concepto de Comunidad Campesina y Comunidad Nativa. ¿Qué son y por quiénes se integran estas organizaciones comunitarias? Otro es el referido al ámbito de las Rondas Campesinas. Uno tercero es definir “función jurisdiccional”. Un cuarto punto está relacionado con la definición del ámbito territorial de este “tipo de justicia”. Uno quinto es definir lo que entendemos por “derecho consuetudinario”. Uno sexto está referido a entender las posibilidades de coordinación con los órganos del Poder Judicial. Un punto séptimo se orientaría a definir la expresión “siempre que no se violen Derechos Fundamentales”⁽⁹⁾. Los comentarios siguientes se refieren exclusivamente a este último punto.

¿Qué entender por derechos fundamentales de la persona? ¿En qué consiste el límite que destaca el artículo 149 de la Constitución Política del Perú? Al respecto, hacemos llegar tentativas respuestas que parten de lo que existe en la realidad más que de lo que podemos construir teóricamente. Primero,

- (5) La regulación de los derechos “indígenas” en Constituciones Políticas latinoamericanas puede consultarse en CABEDO MALLOL, Vicente. *Regulación del Derecho Constitucional Indígena en Iberoamérica*. En: PEÑA JUMPA, Antonio, Vicente CABEDO MALLOL y F. LÓPEZ BÁRCENAS. *Constituciones, Derecho y Justicia en los Pueblos Indígenas de América Latina*. Lima: Fondo Editorial de la Pontificia Universidad Católica del Perú, 2002.
- (6) Véase PEÑA JUMPA, Antonio. *Justicia Comunal en las Comunidades Aymaras de Puno: el caso de Calahuyo*. Tesis de Bachiller en Derecho. Lima: Pontificia Universidad Católica del Perú, 1991; PEÑA JUMPA, Antonio. *Justicia Comunal en los Andes del Perú: el caso de Calahuyo*. Lima: Pontificia Universidad Católica del Perú, 1998.
- (7) Véase PEÑA JUMPA, Antonio. *Poder Judicial Comunal Aymara en el Sur Andino: Calahuyo, Titihue, Tiquirini-Totería y Liga Agraria de Huancané*. Tesis de Maestría con mención en Antropología. Lima: Pontificia Universidad Católica del Perú, 2001; PEÑA JUMPA, Antonio. *Poder Judicial Comunal Aymara en el Sur Andino*. Bogotá: ILSA, 2004.
- (8) El citado artículo tiene relación con otros artículos constitucionales en el Perú que respaldan la particularidad de las Comunidades Campesinas y Nativas. Así, el artículo 89 de la Constitución Política del Perú establece: “Artículo 89.- Las Comunidades Campesinas y las Nativas tienen existencia legal y son personas jurídicas. Son autónomas en su organización, en el trabajo comunal y en el uso y la libre disposición de sus tierras, así como en lo económico y administrativo, dentro del marco que la ley establece. La propiedad de sus tierras es imprescriptible salvo en el caso de abandono previsto en el artículo anterior. El Estado respeta la identidad cultural de las Comunidades Campesinas y Nativas”.
- (9) Un análisis global de estos puntos o elementos del mencionado artículo 149 de la Constitución Política del Perú puede consultarse en YRIGOYEN FAJARDO, Raquel. *Apuntes sobre el artículo 149 de la Constitución Peruana: alcances, límites, consecuencias y retos*. En: *Desfaciendo Entuertos*. Número 3-4, octubre de 1994. pp. 19-26.

tratamos de aproximarnos a las respuestas a través de la distinción entre derechos fundamentales sustantivos y derechos fundamentales adjetivos. Segundo, nos centramos en lo que denominamos el “derecho fundamental a la diferencia”. Tercero, tratamos de sintetizar las respuestas señaladas a través del tema los derechos fundamentales plurales y sus límites. Por último, a manera de conclusión, formulamos la siguiente pregunta: ¿qué corresponde hacer desde una sociedad “mayor” como la nuestra frente a situaciones que consideramos desde nuestra perspectiva contraria a los derechos fundamentales?

3. Derechos Fundamentales Sustantivos y Derechos Fundamentales Adjetivos

Buscando respuestas a las preguntas planteadas, creemos que, en primer lugar, es conveniente entender la naturaleza de los derechos fundamentales bajo dos planos: el plano de los derechos sustantivos y el plano de los derechos adjetivos o procedimentales⁽¹⁰⁾. De acuerdo con ello, tendríamos dos grupos de derechos fundamentales: (i) derechos fundamentales sustantivos; y, (ii) derechos fundamentales adjetivos.

El primero de ellos se refiere a los valores, principios, definiciones de conceptos básicos, válidos independientemente de apreciaciones externas. Estos son derechos fundamentales relacionados con lo que denominamos derechos sustantivos o derechos de contenido inherente (constituidos o adquiridos) a la persona, reconocidos por la Constitución, tratados internacionales o códigos, pero que, al mismo tiempo, van más allá de un reconocimiento formal. Hablamos del derecho a la vida, derecho a la integridad física, derecho a la libertad individual, derecho a la propiedad, derecho a la inviolabilidad del domicilio, derecho al trabajo, derecho al bienestar de la

familia como de sus miembros, derecho a la vivienda, derecho a la educación, derecho a un ambiente sano, entre otros. Como se aprecia, se destacan derechos civiles y políticos, pero también derechos sociales, económicos y culturales, y también derechos vinculados al desarrollo humano. Se incluye igualmente a cualquier derecho análogo fundado en la dignidad del hombre o en la soberanía u organización política de la sociedad, tal como lo establece la misma Constitución Política peruana en su artículo 3⁽¹¹⁾.

El segundo grupo, de los derechos fundamentales adjetivos, se refiere a los valores, principios, definiciones de conceptos procedimentales, que hacen posible los derechos fundamentales sustantivos. Estos son derechos fundamentales relacionados con los derechos adjetivos que establecen etapas o procedimientos para hacer viables o reivindicables los derechos sustantivos y que también se encuentran reconocidos en la Constitución, tratados internacionales o códigos, pero que también van más allá de un reconocimiento formal. Aquí se destacan el derecho al debido proceso y a la tutela efectiva. En estos, a su vez, se incluyen el derecho a no ser condenado en ausencia, el derecho a no ser penado sin proceso judicial, el derecho a la pluralidad de instancias, el derecho de defensa, el derecho de presunción de inocencia, el derecho de acceso a la justicia, el derecho de acción y petición, el derecho de recurrir al Poder Ejecutivo para hacer valer una resolución, etcétera. Estos derechos

(10) La referencia a estos dos planos coincide con el marco teórico desarrollado para el concepto de Justicia que presentamos en un trabajo anterior. Véase PEÑA JUMPA, Antonio. *Justicia Comunal en las Comunidades Aymaras de Puno: el caso de Calahuyo*. Tesis de Bachiller en Derecho. Lima: Pontificia Universidad Católica del Perú, 1991; PEÑA JUMPA, Antonio. *Justicia Comunal en los Andes del Perú: el caso de Calahuyo*. Capítulo 1. Lima: Pontificia Universidad Católica del Perú, 1998.

(11) El contenido del citado artículo es el siguiente:
“Artículo 3.- La enumeración de los derechos establecidos en este capítulo no excluye los demás que la Constitución garantiza, ni otros de naturaleza análoga que se fundan en la dignidad del hombre, o en los principios de soberanía del pueblo, del Estado democrático de derecho y de la forma republicana de gobierno”.

Antonio Peña Jumpa

fundamentales son los que hacen objetivos o materializan los derechos fundamentales sustantivos de tipo civil y político, de tipo social, económico y cultural, y de tipo de promoción al desarrollo humano. Tales derechos se encuentran regulados en las constituciones políticas de cada país, tal como ocurre en el Perú, en el artículo 2, inciso 24, y en el artículo 139 (entre otros) de su Constitución⁽¹²⁾.

En estos dos planos se encuentran, aparentemente, el ámbito y límite que regula el artículo 149 citado para el conjunto de conflictos que se suscitan al interior de Comunidades Campesinas y Comunidades Nativas en el Perú. Las autoridades de estas comunidades intervienen resolviendo los conflictos que se suscitan entre los miembros comuneros de sus respectivas comunidades siempre que no transgredan los Derechos Fundamentales citados, tanto en su plano sustantivo como el adjetivo o procedimental. Sin embargo, la aplicación de este límite no es tan sencilla como parece.

¿A qué derechos fundamentales sustantivos y adjetivos nos estamos refiriendo? ¿La interpretación e integración de los Derechos Fundamentales es el mismo en todo lugar y todo grupo humano? Es decir, ¿los Derechos Humanos tal como los concebimos los peruanos, con nuestras cortes y gobernantes, es el mismo que es concebido por las autoridades alemanas, belgas, norteamericanas o japonesas? Creemos que no. Caso contrario, no tendríamos los numerosos conflictos de violación de Derechos Humanos y sus numerosas formas de tratamiento por país, por región y hasta por localidad. Es más, ello mismo explica por qué en países como el Perú las violaciones

de Derechos Humanos relacionados con persecuciones políticas, por ejemplo, son cotidianas escapando muchas veces a la propia sanción de la autoridad, mientras que en países como Alemania o Bélgica dichas violaciones de Derechos Humanos son inconcebibles. Mientras que en algunos países con sus respectivas diversidades de culturas tienen consolidado un actuar y un pensar casi homogéneo de lo que son los derechos fundamentales, en países como el Perú ello está en proceso.

Sin embargo, este proceso de aceptación y cumplimiento de los derechos fundamentales es aun más difícil en países, estados o regiones donde conviven grupos culturales extremadamente diferentes. Es común la diversidad cultural en países como Bélgica, donde flamencos, valones y germanos pueden convivir sin considerarse uno a otro “primitivo” o “tribal”, dados el acceso a la modernidad y los derechos que esta ofrece para cada uno de los miembros de esos grupos. Empero, ello es diferente cuando nos encontramos con Comunidades Campesinas (mejor dicho, Comunidades Andinas), y Comunidades Nativas (mejor dicho, Comunidades Amazónicas), que aun legalmente son consideradas “inferiores”⁽¹³⁾

(12) El artículo 2 inciso 24, de la Constitución Política del Perú se refiere a los derechos individuales de la persona en cuanto a su libertad y seguridad personal. Así por ejemplo, el parágrafo f establece lo siguiente: “Nadie puede ser detenido sino por mandamiento escrito y motivado del juez o por las autoridades policiales en caso de flagrante delito”. El artículo 139 de la Constitución Política se refiere a los principios y derechos que toda persona tiene ante el Poder Judicial o en el ejercicio de la función jurisdiccional. Así, por ejemplo, es en este artículo que se regula el derecho al debido proceso y la tutela jurisdiccional efectiva en su inciso 3.

(13) El artículo 15 del Código Penal vigente muestra esta inferioridad, bajo la siguiente forma:
 “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 halla disminuida, se atenuará la pena”.
 Nótese que se otorga al supuesto inculpaado de una cultura diferente una especie de “perdón” por considerar que, desde su “diferente cultura” (diríamos “inferior” o sometida al juzgador), no pudo comprender el carácter delictuoso del acto. En un estudio anterior, ya hemos señalado lo siguiente: “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

y, hasta hace poco, legalmente también eran considerados “semi-civilizados” o “incivilizados”⁽¹⁴⁾. Ni las Comunidades Andinas ni las Amazónicas tienen el acceso a la información que tienen los ciudadanos de la capital del país o de sus grandes ciudades a quienes podríamos denominar “sociedad mayor” o “sociedad occidentalizada” y la situación es más grave cuando reparamos que dichas comunidades no tienen acceso siquiera a los servicios básicos de alimentación, vivienda, agua, saneamiento, educación, trabajo que sí tiene la “sociedad mayor”. De encontrarse las Comunidades Andinas y Amazónicas en una situación semejante (social y económicamente) a los diversos grupos de las “sociedad occidental” peruana no habría necesidad de regularlos en forma diferente o especial como lo establece el artículo 149 de la Constitución Política peruana, y no habría necesidad de discutir el contenido de los Derechos Fundamentales en forma paternalista como se viene haciendo.

4. El derecho fundamental a la diferencia

Los comentarios anteriores nos llevan a considerar que el artículo 149 de la Constitución Política del Perú regula a comunidades y sociedades diferentes a la denominada “sociedad mayor” o “sociedad occidentalizada”. Esta diferencia tiene tácita en nuestra opinión una distinta concepción de los Derechos Humanos o derechos fundamentales de la persona, que a veces se cruza, otras veces se opone o contradice desde las comunidades mencionadas hacia la “sociedad mayor” u “occidentalizada”, y viceversa.

El fundamento normativo de esta diferencia se encuentra en otro artículo constitucional y en tratados internacionales suscritos y ratificados por los gobiernos. El artículo constitucional es el artículo 2, inciso 19, de la misma Constitución Política del Perú, que regula el derecho a la identidad étnica y cultural:

“Artículo 2.- Toda persona 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 propio idioma ante cualquier autoridad mediante un intérprete. Los extranjeros tienen este mismo derecho cuando son citados por cualquier autoridad”.

El artículo citado describe el derecho fundamental a la diferencia cultural que tiene todo ser humano. Nótese que se trata de un derecho fundamental que parte de colectivos étnicos o culturales, en los que los individuos somos partes. Bajo tal supuesto, toda persona que se integra a Comunidades Andinas o Amazónicas, con idiomas, costumbres y conceptos de vida diferentes, tiene todo el derecho de aplicar y hacer valer su identidad cultural frente a otros grupos o sociedades, como el de la “sociedad mayor” u “occidentalizada” en el Perú.

El Convenio 169 de la Organización Internacional del Trabajo (OIT), denominado “sobre Pueblos Indígenas y Tribales en Países Independientes”, y la reciente Declaración de las Naciones Unidas sobre los Derechos de los Pueblos Indígenas, entre otros tratados y documentos internacionales, confirman el reconocimiento de esa particularidad y diferencia. Sistematizando el citado artículo constitucional y los tratados referidos, con

mucha rigurosidad- por el inmigrante involucrado (o persona involucrada) mientras sus juzgadores -por tratarse de materia penal- pertenecen a la autoridad central, esto es el juez penal del poder judicial estatal”. PEÑA JUMPA, Antonio. *Poder Judicial Comunal Aymara en el Sur Andino*. Bogotá: ILSA, 2004. p. 78.

(14) Los artículos 44 y 45 del Código Penal Peruano de 1924, vigente hasta el año 1991, regulaba la situación penal de los miembros de estas comunidades en esos términos. Así, el artículo 44 se refería a los “delitos perpetrados por salvajes” y el artículo 45 se refería a “delitos perpetrados por indígenas semicivilizados o degradados por el alcohol y la servidumbre”. Véase HURTADO POZO, José. S/F. *Las diferencias etnoculturales de la población en el Código Penal de 1924*. Disponible en web: <http://www.unifr.ch/ddp1/derechopenal/obras/leyimp/liet.pdf>, visitado el 19/05/08.

Antonio Peña Jumpa

el artículo 149 de la misma Constitución Política peruana, tenemos la confirmación de una concepción plural de los derechos humanos o fundamentales de la persona. Las Comunidades Andinas y Amazónicas comparten una concepción de derechos humanos diferentes a la que identifica a la “sociedad mayor” u “occidentalizada” del mismo país, como esta misma “sociedad mayor” u “occidentalizada” comparte una concepción diferente de Derechos Humanos que la de los ciudadanos germanos o belgas.

Bajo esta perspectiva, el tema del límite de los derechos humanos o derechos fundamentales de la persona, objeto central del presente artículo, conduce a afirmar que tal límite debe ser analizado y reflexionado teniendo en cuenta el citado derecho a la identidad étnica y cultural. Aplicando entonces, sistemáticamente, el artículo 149 de la Constitución Política del Perú, y el artículo 2, inciso 19, de ella concordado con tratados internacionales, tenemos el siguiente efecto:

a) Sólo cabe hablar de los límites de los derechos fundamentales sustantivos, a partir de un reconocimiento previo de la pluralidad étnica y cultural del Perú.

b) Igualmente, sólo cabe hablar de los Derechos Fundamentales Adjetivos o Procedimentales, a partir de un reconocimiento previo de la pluralidad étnica y cultural del Perú.

Ello significa que los valores o principios básicos como la vida, la libertad individual y la propiedad, al igual que los valores o principios que garantizan tales conceptos, como el derecho a la defensa, al acceso a la justicia, a no ser condenado en ausencia -así como el derecho a la educación, salud, trabajo, etcétera- deben ser apreciados a la luz de la diversidad o pluralidad de grupos étnicos o culturales que identifican al territorio del país, como es el caso del Perú. En esta diversidad, ciertamente se encuentran las Comunidades Andinas y Amazónicas.

Al reconocerse los sistemas de resolución de conflictos de las Comunidades Andinas y Amazónicas como una jurisdicción diferente a la ordinaria (artículo 149 de la Constitución Política del Perú) y al regularse como parte del mismo cuerpo fundamental de normas el Derecho a la pluralidad étnica y cultural de toda persona (Artículo 2, inciso 19, de la Constitución Política del Perú), se ha constituido una consideración especial de los derechos fundamentales. Si no existiese pluralidad o diversidad étnica y cultural en el Perú, no hubiere sido necesario ocuparnos de la presente discusión y no habría sido necesario la propia regulación del artículo 149 de la Constitución Política del Perú. No obstante, al existir tal diversidad (o pluralidad) y al reconocerse esta en la Constitución Política y en los tratados internacionales, es necesario reflexionar sobre los derechos fundamentales de la persona en ese sentido.

Esta apreciación nos lleva a afirmar que las autoridades o miembros de las Comunidades Andinas o Amazónicas pueden resolver sus conflictos dentro de un amplio margen de lo que significan sus valores o principios sustantivos y adjetivos. Muchos trabajos de investigación, pero aun otros pendientes de iniciarse y muy necesarios, pueden mostrar el amplio ámbito en el que se desenvuelven las autoridades o miembros de las Comunidades Andinas y Amazónicas del Perú y otros países latinoamericanos, en la mayoría de los casos sin conocer necesariamente de la vigencia de las normas constitucionales⁽¹⁵⁾.

(15) Véase, por ejemplo, los siguientes trabajos: DESCO. *Justicia fuera del aparato formal. Estudio por convenio con la Comisión Reformadora Judicial*. Lima: DESCO, 1977. No publicado; BALLÓN, Francisco. *Etnia y represión penal*. Lima: CIPA, 1980; BALLÓN, Francisco. *Sistema Jurídico Aguaruna y Positivismo*. En: STAVENHAGEN, R. y D. ITURRALDE (editores). *Entre la Ley, la costumbre, el derecho consuetudinario indígena en América Latina*. México: Instituto Indigenista Interamericano e Instituto Interamericano de Derechos Humanos, 1990. pp. 117-138; BRANDT, Hans-Jurgen. *Justicia Popular: nativos y campesinos*. Lima: Fundación Friedrich Naumann, 1986; PRICE, Jorge y Ana Teresa REVILLA. *La administración de justicia informal. Posibilidades de integración*. Lima: Fundación Bustamante de la Fuente, 1992; PEÑA JUMPA, Antonio. *Justicia Comunal en las Comunidades Aymaras de Puno: el caso de Calahuyo*. Tesis de Bachiller en Derecho. Lima: Pontificia Universidad Católica del Perú, 1991; PEÑA JUMPA, Antonio. *Justicia Comunal en los Andes del Perú: el caso de Calahuyo*.

5. Los derechos fundamentales plurales y sus límites

Siguiendo el razonamiento anterior, podemos ir concluyendo que en el Perú, como ocurre en todos los países del mundo, nos encontramos con un conjunto de concepciones de vida, de libertad, de propiedad, de defensa, entre otros. Cada uno de estos valores o principios ha sido construido o continúa siendo construido de manera diferente por cada grupo étnico o cultural. Ahora, establecer límites a esa diversidad de concepciones de los derechos fundamentales de la persona resulta -creemos- una tarea muy difícil y hasta imposible. La posible evaluación de que algo es “injusto” o “violatorio de derechos fundamentales” de la persona dependerá de la situación y perspectiva en la que nos ubiquemos. Así, podemos identificar al menos cuatro diferentes situaciones en las que tal apreciación de lo injusto o violatorio de los derechos fundamentales se torna objetivo:

- 1) Si evaluamos un hecho X ocurrido en nuestro grupo social o cultural como injusto o violatorio de los derechos fundamentales desde la perspectiva de nuestro propio grupo social o cultural.
- 2) Si evaluamos un hecho Y ocurrido en otro grupo social o cultural como injusto o violatorio de los derechos fundamentales desde la perspectiva de nuestro grupo social o cultural.

- 3) Si evaluamos un hecho Y ocurrido en otro grupo social o cultural como injusto o violatorio de los derechos fundamentales desde la perspectiva del mismo grupo social o cultural en que se cometió el hecho, suspendiendo la evaluación desde la perspectiva de nuestro grupo social o cultural.
- 4) Si evaluamos un hecho X ocurrido en nuestro grupo social o cultural como injusto o violatorio de los derechos fundamentales desde la perspectiva de miembros de otros grupos sociales o culturales, dejándose en suspenso la evaluación desde la perspectiva de nuestro grupo social o cultural.

De las cuatro ubicaciones y aplicaciones de perspectivas, dos se presentan como aparentemente correctas, mientras otras dos son incorrectas. 1 y 3 parecen correctos en tanto 2 y 4 son incorrectas. Estas últimas, casos 2 y 4, son incorrectas en tanto no se guarda coherencia con el derecho fundamental del respeto a la identidad étnica o cultural, lo que sí ocurre aparentemente en los otros casos, 1 y 3. Sin embargo, en el caso 3, en el que se

Lima: Pontificia Universidad Católica del Perú, 1998; PEÑA JUMPA, Antonio. *Poder Judicial Comunal Aymara en el Sur Andino: Calahuyo, Titihue, Tiquirini-Totería y Liga Agraria de Huancané*. Tesis de Maestría con mención en Antropología. Lima: Pontificia Universidad Católica del Perú, 2001; PEÑA JUMPA, Antonio. *Poder Judicial Comunal Aymara en el Sur Andino*. Bogotá: ILSA, 2004; ARDITO VEGA, Wilfredo. *El sistema jurídico de las misiones Jesuitas de Maynas*. Tesis de licenciatura en Derecho. Lima: Pontificia Universidad Católica del Perú, 1991; URTEAGA CROVETTO, Patricia. *El sistema jurídico y su relación con la cultura nativa*. Tesis de licenciatura en Derecho. Lima: Pontificia Universidad Católica del Perú, 1992; YRIGOYEN FAJARDO, Raquel. *Las Rondas Campesinas de Cajamarca-Perú: una aproximación desde la antropología jurídica*. Tesis de licenciatura en Derecho Lima: Pontificia Universidad Católica del Perú, 1993; YRIGOYEN FAJARDO, Raquel. *Apuntes sobre el artículo 149 de la Constitución Peruana: alcances, límites, consecuencias y retos*. En: *Desfaciendo Entuertos*. Número 3-4, octubre de 1994. pp. 19-26; ARANDA ESCALANTE, Mirva. *La jurisdicción especial de las Comunidades Campesinas en el Departamento del Cuzco*. Tesis de licenciatura en Derecho. Lima: Pontificia Universidad Católica del Perú, 2002; PROJUR. *Primeras Pistas para conocer las necesidades de justicia en el ámbito rural de Chota y San Marcos-Cajamarca*. Lima: PROJUR, 2007; FRANCO, Rocío y Hans JURGEN BRANDT. *Justicia comunitaria en los Andes: Perú y Ecuador. El tratamiento de conflictos. Un estudio de Actas en 133 comunidades*. Lima: IDL, 2007; ACEVEDO, Ángela y Paula MUÑOZ. *La Justicia Local en Chota y San Marcos, Cajamarca*. Cajamarca: PROJUR, 2007; RAMIREZ SALAZAR, Reyder Henry. *Justicia Ordinaria y Justicia Comunal en Andahuaylas, Apurímac*. Lima: Consorcio PROJUR, 2007, entre otros.

Antonio Peña Jumpa

evaluaría un hecho Y, ocurrido en otro grupo social o cultural, como injusto o violatorio de derechos fundamentales desde la perspectiva de ese grupo social o cultural, nos tropezamos con un obstáculo de ejecución pero fundamental del cómo hacerlo: qué tanto nos podemos desprender de la perspectiva de nuestro propio grupo social o cultural para introducirnos a la perspectiva del otro grupo social o cultural y juzgarlos. Creemos que ello también es una tarea difícil -si no imposible-, en tanto nuestra apariencia no puede reemplazar el ser parte del grupo social o cultural como tal: la carga subjetiva construida en años no puede ser reemplazada o suspendida por un momento de nuestras vidas. Más aún, si el caso es complejo o en extremo culturalmente diferente es difícil dejar la formación subjetiva de valores, principios, etcétera, de la perspectiva de nuestro grupo social para juzgar a otros. Al final, solo en el caso 1 se presenta como el más próximo a ser contemplado como correcto.

Entonces, establecer límites sobre la base de los derechos fundamentales dependerá de la perspectiva y situación que se asuma o se ubique. Por lo pronto, la regla más simple es tener presente que es muy difícil -hasta contradictorio- llegar a juzgar y sancionar a alguien por injusto o transgresor de los derechos fundamentales de la persona, desde la perspectiva de un grupo social o étnico diferente. Sólo los miembros de un determinado grupo étnico o cultural pueden afirmar válidamente que determinado acto es contrario al derecho a la vida del grupo. Resulta difícil, por no decir imposible, que otro grupo étnico o cultural, por más “desarrollado” o “moderno” que se considere, juzgue y sancione el mencionado acto de un grupo étnico o cultural diferente. En este análisis, habría que excluir aquellos grupos étnicos o culturales gobernados provisionalmente por dictadores que unilateralmente establecen el significado y juzgamiento de los derechos fundamentales. El caso de las Comunidades Andinas y Amazónicas ciertamente no es parte de esta excepción, en tanto históricamente no se gobiernan por dictadores y su identidad étnica y cultural se ha construido históricamente.

6. A manera de conclusión: ¿Qué hacer desde un grupo social o cultural diferente para cambiar o evitar aquellas prácticas de otros grupos sociales o culturales que consideramos injustos o

violatorios de derechos fundamentales?

Antes de responder a la pregunta, creemos, como lo hemos señalado, que una sociedad A, por el hecho de estar en mejor situación económica o “desarrollada” y organizada con ejércitos o Fuerzas Públicas que otra sociedad B, no se encuentra facultada a juzgar y sancionar (menos a reglamentar) o evaluar válidamente un hecho de esta segunda sociedad que considere contrario a su concepción de los derechos fundamentales. Si bien la sociedad A, como toda sociedad, tiene el derecho y la disposición de criticar el hecho o acto que considera injusto o violatorio de derechos fundamentales en su concepción, no puede llegar a juzgarlos.

Esto significa que el artículo 149 de la Constitución Política tiene que entenderse dentro de esos términos. El límite de los derechos fundamentales a la Justicia Comunal o “jurisdicción especial indígena” se encuentra en la concepción del mismo grupo social o comunal que practica la Justicia Comunal; caso contrario incurriríamos en las erradas apreciaciones que hemos comentando. Partiendo de este supuesto que resume los argumentos anteriores, en caso de que se quiera cambiar o evitar, desde un grupo social o cultural como el nuestro, aquellas prácticas contrarias a los derechos fundamentales de la persona que resultan comunes en la práctica de un grupo social o cultural diferente, se tienen que considerar varios aspectos.

Primero, lo que corresponde hacer o tomar es una actitud de comprensión de ese hecho o acto considerado contrario a los derechos fundamentales de la persona en la perspectiva del grupo en el que nos ubicamos.

Segundo, cabe hacer una evaluación o, mejor, una investigación sobre por qué tal hecho o

acto es “malo” en nuestra concepción, y por qué puede ser considerado “bueno” en la concepción de los miembros del grupo social o cultural diferente.

Tercero, iniciar una campaña de demostración por la cual sometemos nuestra concepción de derechos fundamentales a la concepción de derechos fundamentales de los miembros de grupos social o cultural diferentes. Cabe demostrar por qué nuestra concepción de derechos fundamentales es “mejor” o hace posible una “mejor convivencia” respecto a la concepción de derechos fundamentales de los miembros del grupo social o cultural diferente.

El resultado de esta campaña sería la síntesis de la confrontación de dos concepciones diferentes. Aquí los resultados pueden ser variados. Puede ocurrir el éxito de nuestra concepción, puede ocurrir el mediano éxito, o puede ocurrir que los miembros del grupo social o cultural diferente obtengan el éxito o mediano éxito. Al final, es un aprendizaje mutuo que conecta lo que se ha venido llamando en los últimos años “interculturalidad”, pero esta vez aplicado a los derechos fundamentales de la persona. Lo contrario sería recurrir a una actitud represiva que es lo que desde épocas coloniales se ha venido haciendo.

Así, llegar a juzgar y sancionar una pareja de “recién casados” en *servinakuy* o *serviciña* de una comunidad andina o el matrimonio semejante en una comunidad amazónica, donde una menor de edad se une sin cumplir con las formalidades del Código Civil, con una persona mayor de edad (considerado delito de violación por las normas penales), sería inconstitucional. Tan inconstitucional como atrevernos a juzgar y sancionar el matrimonio heterosexual de dos adultos en la denominada sociedad “mayor”. En el mismo sentido, llegar a juzgar por considerar contrario a la libertad e integridad física la decisión de una comunidad que luego de investigar delitos de abigeato llega a azotar a los que considera culpables, resulta contrario al mismo criterio constitucional antes fundamentado al contradecir el derecho a la identidad étnica o cultural de dicho grupo social.

En un contexto en el que el Estado tiene, como en el caso peruano, una presencia limitada en su sociedad plural (aquí están involucrados el Gobierno Central y Regional principalmente), donde la integración de los distintos grupos humanos continúa siendo un desafío, y en el que se promueve la riqueza bioecológica de su territorio sin respetarlo en la práctica, es conveniente pensar en nuevas soluciones frente a casos como los planteados. Es necesario ser lo más tolerante posible para alcanzar un alto grado de comprensión de tal contexto y promover el respeto de su diversidad, aplicando criterios o técnicas flexibles y creativas que ayuden a convencer o convencernos de que la concepción de los derechos fundamentales puede cambiar en nuestros respectivos grupos humanos.



**ABOGADO
DOCTOR EN DERECHO**

Av. Aramburú 810 Surquillo
☎ 441-9350 / 441-4178 / 422-0193 Fax: 422-0193
e-mail: nleyton@notarialeyton.com