

# El «otro derecho» y sus posibilidades actuales de rescate

María Victoria Cao Leiva  
urpi228@hotmail.com

## RESUMEN

*El derecho positivo, desde su perspectiva tradicionalmente monista, es cada vez más impugnado tanto en su concepción teórica como en sus efectos concretos. Subyace en los nuevos preceptos constitucionales del Perú (artículo 149 de la Constitución Política de 1993) las bases de un pluralismo legal todavía incompleto porque, hasta la fecha, no se han formalizado las normas que lo pondría en vigencia efectiva. El Caso Huayanay –que conmovió al Perú en los años setenta– puede abordarse como un caso paradigmático para el análisis y la reflexión acerca de la administración de la justicia comunal y el significado de los derechos humanos en las sociedades campesinas.*

**Palabras claves:** *Derecho consuetudinario, pluralismo jurídico, interculturalidad.*

## ABSTRACT

*The positive law, from its traditionally monist perspective, is being more and more refuted in its theoretical conception and its actual effects. Under the new constitutional principles of Peru (article 149 from the Political Constitution from 1993) there is the basis of a legal pluralism, unfinished yet though, because the rules have not been formalized until now. The Huayanay Case –that touched Peru in the 60s– may be considered as a paradigmatic case for the analysis and reflection about the communal justice administration and the meaning of the human rights in the peasantry societies.*

**Keywords:** Common law, juridic pluralism, intercultural.

## Introducción

Circunscrito dentro del campo de la antropología jurídica, y entendida ésta como una disciplina que busca incidir en la visión humanística y cultural del derecho, este trabajo tiene como objetivo repensar el derecho consuetudinario, en relación con el derecho positivo, y desde la perspectiva de una interculturalidad «madura», que reconozca la asimetría en las interacciones culturales y en la interrelación entre ambos derechos.

El material empírico que se utiliza corresponde a los textos consignados en la bibliografía y a la película *El caso Huayanay: testimonio de parte* (1981), del cineasta Federico García. Como se recordará, el caso en referencia conmovió y exasperó a la sociedad peruana y al monismo jurídico de la década del setenta, y con el tiempo ha adquirido un valor paradigmático, por su trascendencia mediática y complejidad jurídica y socio-cultural. Dado que un texto, una película, un cuadro o una foto no constituyen fuentes de primera mano, se trata de una investigación secundaria; la operación de datos recogidos e interpretados por otras personas le da este carácter.

### 1. El caso Huayanay: escenario, hecho y proceso judicial

El caso que sirve de soporte real a este trabajo aconteció en Huayanay, una comunidad campesina ubicada en el distrito de Anta, provincia de Acobamba, departamento de Huancavelica, y sobre los 4000 msnm. Huancavelica se halla enclavada en los Andes Centrales, con altas montañas, ríos de aguas torrentosas y un relieve accidentado. La configuración geográfica y el frío glacial lo convierten en un espacio territorial en el que hacer vida humana constituye un gran reto frente a las adversidades de la naturaleza.

Las referencias arqueológicas e históricas indican que el territorio que tiene actualmente Huancavelica fue ocupado hace 3000 años por gente de tradición preagrícola. Tiempo después, pobladores sedentarios de condición neolítica (por la forma de apropiación de los recursos naturales y por cierto grado de nuclearización) establecieron allí su morada. Tras el fin de la expansión *Tiahuanaco-Huari* (Horizonte Medio, 1200 d.c.), sus habitantes, los *angaraes*, conformaron una confederación con los *chankas* y los otros grupos étnicos que ocuparon el territorio del actual departamento de Ayacucho. Así, confederados, los *angaraes*, pudieron detener el avance de los incas del Cusco por un período de casi cincuenta años, hasta que Pachacutec los conquistó y anexó finalmente, en la segunda mitad del siglo XV.

Durante la dominación española, Huancavelica fue sólo una región de paso para los soldados y conquistadores en la ruta entre Lima y Cusco. La situación de marginación de los primeros quince años cambió cuando, en 1564, Amador de Cabrera descubre sus ricos yacimientos de cinabrio (Favre, 1985:261), hecho por

el que fue, y por espacio de 150 años, la mayor productora de mercurio en el mundo<sup>1</sup>.

En los últimos años del virreinato, la minería huancavelicana fue paralizada, en parte debido a la decisión adoptada por el gobierno colonial de reemplazar al mercurio de Huancavelica por el de Almadén, en España. Mientras la actividad minera entraba a una fase de postración, los *angaraes* se levantaron en armas contra las autoridades españolas; primero, apoyando la revolución de Mateo Pumacahua, en 1815; y, posteriormente, incorporándose al ejército libertador. Huancavelica fue reconocida como departamento gracias al Congreso Constituyente de 1822; desde entonces, durante casi toda la república, permaneció prácticamente en abandono. Y un siglo después, sus habitantes vivían como si estuvieran aislados del resto del país.

En la década de los setenta, la hacienda Huayanay, de propiedad de la familia Mescua Chamorro, fue afectada por la Reforma Agraria, y a favor de sus propios colonos (*yanakunakuna*). Matías Escobar, antiguo mayordomo de la hacienda, fue nombrado teniente gobernador por su dominio del castellano y por ser uno de los pocos que sabía leer y escribir. La naciente comunidad estaba conformada por diferentes grupos marcadamente emparentados. Mientras sus miembros buscaban adaptarse a la nueva condición social y jurídica que les había conferido la Reforma Agraria (la de comuneros, habiendo sido colonos), y por iniciativa del grupo de los Palomino, Escobar –aliado de los antiguos dueños de la haciendas acusado de prepotente, abigeo y violador de mujeres–. En un comienzo, la comunidad, a través de sus antiguas autoridades –los *campo varayuqkuna* (varas o envarados de campo)– optaron por llamarlo a reflexión y a enmienda, pero al no modificar su actitud abusiva fue destituido y expulsado de la comunidad, en la cual, a pesar de todo, persiste en permanecer. El cargo de Teniente Gobernador que se le había encomendado, pasó a ser ocupado por Eustaquio Palomino, integrante del linaje que más lo cuestionaba, quien exhorta a Escobar hacia un buen comportamiento, previo encierro por 24 horas en la carceleta de Huayanay. Al salir de su corta reclusión, Escobar amenaza a Palomino con matarlo e incendiar su casa. La casa del Teniente Gobernador, en efecto, es incendiada, hecho por el que Escobar es denunciado ante el Juez Instructor de Huancavelica. El proceso de la acusación culminó con una sentencia de dos años de prisión y un pago de reparación equivalente a 60 mil soles.

Al año, julio de 1974, Escobar fue indultado gracias a las relaciones de los Mescua Chamorro. Al salir jura nuevamente matar a Palomino y regresa a Huayanay más abusivo y prepotente que antes, posiblemente embrabuconado al saberse protegido por sus antiguos patrones. Poco tiempo después de que Escobar recobrar la libertad, se encuentra el cadáver de Palomino en un paraje solitario; había sido sepultado vivo y boca abajo. Para sus parientes y la comunidad entera no había otra explicación que la consumación de la amenaza que, de manera reiterada,

había sido inferida por Escobar. Denunciados Escobar y su sobrino Fernando Crispín, el Juez Instructor de Huancavelica les abre un proceso de instrucción por homicidio calificado y abigeato; sin embargo, por considerar que no había fundamento para la detención de ambos, decreta simplemente la comparecencia. Escobar no acata la orden de presentarse ante el Juez y huye hacia los cerros. El Juez dicta entonces una orden de «comparecencia de grado o fuerza» y dispone que el Puesto Policial de Acobamba capture a Escobar con ayuda de la comunidad.

Mientras Escobar huye hacia Huancavelica, el Teniente Gobernador de la comunidad convoca a una asamblea que congrega a más de 200 personas; quienes, al actuar con rapidez, evitan la fuga del acusado que es capturado. Escobar, enardecido por la detención en la carceleta de la comunidad, grita, insulta, amenaza y confiesa haber matado a Palomino. La comunidad lo saca a la plaza para exponerlo como victimario y toma la decisión de ejecutarlo, aplicando lo que para sus miembros es el *ushanam jampi* o *usa qampi* («el gran remedio» o «curar la piojera»). Escobar es ejecutado el 5 de setiembre de 1974; su cadáver es mantenido durante tres días en el mismo lugar de la ejecución y velado según las costumbres ancestrales. Se levanta un acta del suceso; un grupo de comuneros se toma una foto con el cadáver, que había sido colocado en un polio; y es entregado al Puesto de la Guardia Civil de Acobamba, el 9 de setiembre de 1974. El Juez abre instrucción contra los firmantes del acta, que en total eran 218 comuneros, y éstos, atemorizados por tan inesperada decisión, huyen y se ocultan en los cerros; pero, aún así, siete de ellos son capturados. El Fiscal de la Corte de Huancavelica solicitó una pena de internamiento de 25 años por el delito de homicidio, en lugar de la pena capital, por considerar que eran personas a las que les competía los atenuantes de la pena.

En Lima, la prensa, a la vez de desentrañar todo lo que había acontecido, asume unánimemente la defensa de los comuneros detenidos, provocando un vuelco total del proceso. El Juez Instructor de Acobamba y el Agente Fiscal Suplente, que por mediación del Presidente de la Corte Suprema aceleraron el proceso, emitieron un pronunciamiento en el sentido que los comuneros eran inocentes. Pero, finalmente, la Resolución del Tribunal Correccional de Junín que había ordenado el archivamiento definitivo del expediente –dado que el Fiscal había retirado la acusación considerando que no se había producido delito sancionable penalmente– es declarada nula, por resolución del 12 de julio de 1976 de la Corte Suprema de Justicia. Los comuneros fueron nuevamente juzgados, hallados culpables y encarcelados hasta el año 1981, cuando son, finalmente, liberados.

A 31 años del 5 de setiembre de 1974, queda todavía en pie una interrogante con respecto al caso Huayanay: ¿fue un crimen o fue una aplicación del derecho consuetudinario?

## 2. El derecho consuetudinario: origen, concepto y marco constitucional

Malinowski, Maine y Durkheim, entre otros, son asociados a interpretaciones etnocéntricas de la cultura, en las que los llamados «pueblos primitivos» responden en forma rígida, automática y sumisa a la costumbre; tomando las infracciones a la ley como intentos en contra del cuerpo total de costumbres contenidas en la consciencia colectiva (Austin, s/f:2).

Para Maine, los primeros preceptos legales griegos fueron las *temistes*, a las cuales hace referencia Homero en el siglo VIII a.C. Las *temistes* no eran leyes, eran las sentencias sugeridas por Temis, diosa de la justicia en el Panteón griego. En la *Ilíada* de Homero, Temis aparece como una consejera –divina por cierto– de Zeus, quien no era considerado un legislador sino un juez caracterizado por dictar sentencia separada y aisladamente. Es probable que ante casos similares las *temistes* o sentencias hayan tenido igual carácter; esto daría, entonces, lugar a las costumbres.

La «sociedad primitiva», según Maine, no era una «colección de individuos» sino «un agregado de familias» cuyos conflictos eran solucionados por los «patriarcas» («cabezas de familia»), los que tomaban una decisión *ad hoc* para cada caso que se les presentaba, según la idea «que respiraba en su mente en el momento de adjudicarla» (Maine, 1980: 80). No existían normas fijas, ni tampoco se hacía referencia al contenido de otras decisiones, cada caso era nuevo. El ser humano no se encontraba bajo un sistema de derecho, sino bajo un «despotismo patriarcal» manifestado en sentencias, que podían resultar hasta caprichosas y arbitrarias, en algunos casos.

El derecho, dentro de la lógica de Maine, no era un ejercicio consciente de la voluntad de un legislador, sino simplemente un hábito capaz de convertirse en costumbre. No habían leyes que pudieran haber sido violadas, sino simplemente sentencias que se anunciaban según cada caso, por primera vez y tal cual como eran configuradas en la mente de los patriarcas o monarcas por mandato de un poder superior. Al debilitarse el carácter sagrado del monarca, la aristocracia y la oligarquía se convierten en depositarias y administradoras de la ley. Esta suplantación de una de las prerrogativas del rey implicaba una diferencia con respecto a la sentencia: ya no se alegaba una inspiración divina cada vez que tenía que ser adjudicada.

Antes de la invención de la escritura, la autenticidad del patrimonio jurídico estaba asegurada gracias a que una porción limitada de individuos guardaba, en su memoria, las costumbres de su grupo. La ley, conocida exclusivamente por una minoría privilegiada, ya sea una casta, una aristocracia o un grupo sacerdotal, constituía el verdadero derecho consuetudinario. Es decir, el derecho consuetudinario fue durante una época custodiado por los nobles.

Si bien Maine tiene el mérito de introducir el punto de vista histórico-comparativo en sus análisis, a diferencia de la perspectiva jurídica que le antecedió, que enfocaba el estudio del derecho y de la sociedad política desde una marcada ahistoricidad, mantiene la perspectiva etnocéntrica predominante de su época, al sostener que nuestras actuales concepciones legales, así como los organismos biológicos, son resultado de la evolución. Sin embargo, Maine en su obra *El Derecho Antiguo* (1980:1), considera que las condiciones insatisfactorias de la actual jurisprudencia se deben en parte a un análisis apresurado de sus primeras nociones, como también de la tradición oral y de los códigos antiguos, de cuyas potencialidades el derecho ha adquirido varias de las formas de administrar justicia.

Puede considerarse como una definición clásica del derecho consuetudinario a aquélla que lo coloca al margen de la escritura, que nace de actos de naturaleza jurídica a lo largo del tiempo y con un consentimiento tácito que le confiere fuerza de ley; o, también, a aquella otra que le adscribe las normas legales tradicionales no codificadas o escritas, y distintas a las del derecho positivo. Según Stavenhagen (1990:27), estas conceptualizaciones no deben conducir al error de pensar que «*el derecho consuetudinario de los pueblos indígenas es un conjunto de normas 'ancestrales', que se han mantenido inmutables desde la época precolonial*». Porque, así como contiene elementos de origen precolonial, tiene también otros de origen colonial y contemporáneo, pues el derecho consuetudinario como toda manifestación cultural es susceptible al cambio; pero ha sobrevivido entre otras causas –aunque «*clandestino y marginado*» como diría Raquel Yrigoyen– debido a lo inaccesible e inadecuado que resulta el sistema de justicia estatal.

A la definición de derecho consuetudinario propugnada por la ASIES<sup>2</sup>, como las normas propias de una comunidad con las que sancionan los delitos, la antropóloga guatemalteca Guisela Mayén agrega dos condiciones: primero, que las normas y prácticas deben ser reconocidas como obligatorias por la comunidad, y segundo, que hayan sido practicadas por generaciones. Raquel Yrigoyen contempla una tercera condición, y es la de su legitimidad, la de su reconocimiento social; es decir, que la comunidad las acepte consensualmente como parte de un mecanismo válido y culturalmente apropiado.

Para Rachel Sieder (1996:28), el derecho consuetudinario está constituido por «*las normas y prácticas legales distintas usadas por grupos indígenas subordinados en vez o en adición al derecho estatal*», considerando que en su abordaje es necesario entender el significado que tiene el derecho en general como poder, ideología y sistema cultural. Comparten este punto de vista June Starr y Jane Collier; ambas enfatizan que el derecho no es algo natural, sino algo construido, con ventajas para algunos, y a costa de otros. Sieder sostiene que el hecho de aceptar su articulación con las relaciones de poder no significa caer en el reduccionismo, pues queda latente la posibilidad de que sea utilizado por grupos dominados en las luchas sociales contra-hegemónicas. Lo legal –como código o

lenguaje—, en efecto, puede ser utilizado por los grupos subordinados para hacer prevalecer sus demandas, como una forma de resistencia, aunque finalmente quede limitado a lo permitido por quienes controlan el poder.

Sin embargo, en lo que concierne al derecho consuetudinario no corresponde idealizar ni sus contenidos, ni sus normas o procedimientos; tampoco separarlo radicalmente del sistema jurídico estatal. En cuanto a los contenidos, porque no todos sus elementos, siendo de diversa índole, son logros culturales. Y con respecto a lo normativo y procesal, el derecho positivo y el derecho consuetudinario, ambos, deben ser entendidos dentro de esa relación dinámica y asimétrica, y, al ser analizados, se debe tener en cuenta, además de la persistencia de las tradiciones, los cambios sociales y políticos. Ambos derechos responden a una lógica; pero, se debe hacer la salvedad de que en el derecho positivo no son los principios intrínsecos de la lógica los que están de por medio, sino un método de pensamiento específico, que no es otro que el deductivo, que por cierto no es el único empleado por la razón para abstraer, simplificar, resumir, analizar, inducir o reflexionar.

En el proceso de la expansión colonial, cuya intensificación en el mundo acontece desde la segunda mitad del siglo XIX hasta la Primera Guerra Mundial, resultó indispensable contar con una teoría que, a partir de una concepción evolucionista y etnocéntrica, ayudara a justificar sus efectos, que desde el punto de vista demográfico fueron devastadores. De algún modo, la administración colonial tenía que dar cuenta del exterminio físico de la población por las guerras que emprendía; de la destrucción ecológica del medio ambiente que producían las diversas actividades económicas que desarrollaba; de las enfermedades y epidemias que ocasionaba el trabajo forzado que imponía sobre los «otros grupos humanos», principalmente los indígenas. Durante el período de expansión colonial, los países hegemónicos crearon, con una justificación revestida de cientificismo, un modelo que separaba física y legalmente a los indígenas de los blancos, calificándolos a los primeros de inferiores y, por tal motivo, susceptibles al tutelaje de los segundos. En Latinoamérica, las autoridades indígenas fueron respetadas en la medida que contribuían a organizar el trabajo, el tributo y la evangelización que imponía la administración colonial; entre las pocas prerrogativas que tenían estaba la de administrar justicia en tanto y en cuanto los casos fuesen menores; los otros, los casos mayores o graves, estaban reservados para los juzgados de la administración colonial.

Una vez producida la desintegración colonial, las autoridades de las nuevas naciones (postcoloniales) se fijaron el propósito de alcanzar para sus respectivas jurisdicciones una conformación culturalmente homogénea, a través de la integración demográfica, y lo intentaron, teniendo como modelo todo «lo europeo»: desde sus costumbres hasta sus leyes. Como las características fenotípicas de la población no se pueden «ocultar», el «blanqueamiento» pasó por lo cultural.

Una de las estrategias utilizadas por las autoridades de las nuevas naciones para la asimilación de los sectores nativos continuó siendo el tutelaje<sup>3</sup>, en cuanto a lo que significa como representación del incapacitado. Según Will Kymlicka (1996:40), los pueblos indígenas («minorías nacionales») fueron considerados hasta hace poco como «pupilos», «*incapaces de autogobernarse y necesitados por ello de la protección paternalista de los 'superiores' blancos*». El modelo segregacionista colonial fue reemplazado por una política de exclusión de la población indígena del proyecto de nación.

Durante el siglo XX, prevalece en el Perú una política caracterizada por una lógica esencializadora, con comunidades campesinas muy alejadas espacialmente y suspendidas en el tiempo. Como sostiene Raquel Sieder (1996:32), se trata de una «*perspectiva esencialmente conservadora que tendía a romantizar a las sociedades 'tribales', las cuales fueron vistas como intrínsecamente armoniosas*». Desde la misma actividad académica de la antropología se ha manejado y reiterativamente este «congelamiento» de las comunidades campesinas, que Orin Starn (1992:17) denuncia y reconoce como «andinismo», concepción con una arraigada perspectiva funcional-estructuralista. Para quienes consciente o inconscientemente se adhieren al «andinismo», el derecho consuetudinario vendría a ser un mecanismo que permite manejar los conflictos y mantener la armonía al interior de las comunidades campesinas y que contribuye a que éstas permanezcan estáticas, sin cambios y alejadas del mundo exterior.

En el Perú, el derecho consuetudinario tiene su particular historia, y ésta mucho tiene que ver con el tratamiento estatal de su población rural, y más específicamente de su población «indígena» y campesina. Si bien el precepto que todos los peruanos somos iguales ha estado presente desde la declaración de la Independencia y en las doce cartas constitucionales que ha tenido el país, es recién con la Constitución promulgada en 1920, durante el gobierno de Leguía, que se reconoce formalmente la existencia de las organizaciones «indígenas» y campesinas. La Constitución de 1933 declara el carácter protectorio del Estado con respeto a las «comunidades indígenas». En términos generales, la Constitución de 1979 sintetiza prácticamente lo ya expresado en la de 1933, reemplazando eso sí, y por razones de valorización étnica, la expresión «indígena» por «campesina». A diferencia de las anteriores, la Constitución de 1993 incorpora un cambio significativo con respecto a las comunidades campesinas y nativas al reconocer a través de su artículo 149, el derecho consuetudinario para el ejercicio de sus funciones jurisdiccionales: «*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 la formas de coordinación de dicha jurisdicción especial con los Juzgados de Paz y con las demás instancias del Poder Judicial*».

Con este reconocimiento formal de la vigencia de la justicia comunal, el Perú se inscribe en esa corriente latinoamericana que se inicia con el artículo 246 de la Constitución Política Colombiana de 1991. Posteriormente, se adhieren a esa misma corriente Bolivia, con el artículo 171 de la Constitución de 1994; Ecuador, con el Título VIII – Principios Generales de la Constitución de 1998; y, Venezuela, con el artículo 260 de la Constitución de 1999. Hoy en día, ya todos los países de la Comunidad Andina de Naciones han incorporado el pluralismo legal en su jurisprudencia.

En el texto del artículo 149 de la actual Constitución puede identificarse tres elementos que todo sistema jurídico debe tener: primero, órganos especializados y autónomos, «*Las autoridades de las Comunidades Campesinas y Nativas, con el apoyo de las Rondas Campesinas*»; segundo, las «normas sustantivas», cuando admite la aplicación del derecho consuetudinario en la resolución de conflictos; y, tercero, los procedimientos o «normas adjetivas», en tanto admitan la competencia territorial y el respeto de los derechos fundamentales como límites de la función jurisdiccional.

El artículo 149 de la Constitución reconoce a las comunidades campesinas y nativas el derecho de autogobernarse y de resolver conflictos a través de su propio sistema de autoridades; pero, el reconocimiento de estos derechos, implica a la vez una mayor sujeción a la justicia oficial o formal, a través de una serie de relaciones que, por la concesión jurídica que se les da, deben establecer con el Estado. Por otro lado, en el mencionado artículo deben ser señalados dos de sus rasgos restrictivos más importantes: en primer lugar, no constituye una norma obligatoria, sino una atribución, por lo que tiene sólo un carácter optativo o voluntario; y, en segundo lugar, el ámbito de aplicación es interno, es decir, se aplica sólo dentro de los territorios de las comunidades campesinas y nativas que decidan ponerla en vigencia. El primero de estos rasgos induciría a pensar que se estaría otorgando a las comunidades campesinas y nativas la facultad de administrar justicia sin tener la base suficiente para hacerlo.

Las posibilidades y las restricciones advertidas en el artículo 149 guardan coherencia con lo que la legislación internacional prescribe con respecto al derecho consuetudinario, y es el Convenio 169 sobre los Pueblos Indígenas y Tribales de la OIT el que se encarga de remarcarlas cuando establece el respeto al derecho consuetudinario, indicando a la vez que no debe ser incompatible con los derechos humanos fundamentales reconocidos en los marcos jurídicos nacionales, ni con los derechos internacionalmente reconocidos<sup>4</sup>. El Convenio 169 en su artículo 8 «*reconoce el derecho de los pueblos indígenas a conservar sus costumbres e instituciones propias y establece el deber de tomar en cuenta el derecho consuetudinario al aplicar la legislación nacional*»; y, en su artículo 9 establece el deber de «*respetar los métodos tradicionalmente utilizados por los pueblos indígenas en la represión de delitos cometidos por sus miembros y tener en cuenta*

*las costumbres de estos pueblos cuando los tribunales y autoridades competentes, se pronuncien sobre cuestiones penales».*

### **3. Pluralismo jurídico e interculturalidad**

Se manifiesta el pluralismo legal en un «campo social» cuando hay presencia «*de más de un orden legal*» (Griffiths, citado por Sieder, 1996:32), o cuando hay «*un sistema múltiple de obligación legal [...] dentro de los límites del Estado*» (Hooker, citado por Sieder, 1996:32).

Raquel Irigoyen (2001 b:1) encuentra que en el Perú, a partir de la Constitución de 1993, se han abierto posibilidades para «*superar el modelo etnocéntrico y monista sustentado por las constituciones republicanas, y construir un modelo constitucional pluralista*», con un tácito reconocimiento de la diversidad cultural y el carácter multiétnico de la sociedad nacional, donde se deje atrás el proyecto homogeneizador que se propugna desde la Independencia. Sin embargo, los nuevos preceptos constitucionales, dados en este sentido, no encuentran todavía una normatividad que tienda a plasmar dicho modelo con la fuerza y la firmeza necesaria para que los sectores económicamente más pobres logren superar la exclusión social y las restricciones en cuanto al ejercicio de sus derechos. Para la aplicación del artículo 149 han sido expuestos pronunciamientos, como los emitidos por las organizaciones campesinas, y propuestas, como la ley elaborada por las Rondas Campesinas. Por su parte, el Congreso, el Poder Judicial y la Defensoría del Pueblo han cumplido también con presentar sus proyectos; pero éstos, según Irigoyen, no propician el desarrollo del derecho consuetudinario, sino que al contrario, hasta crean restricciones no contempladas en la Constitución. Tampoco buscan mecanismos de coordinación con otros organismos estatales, más allá de la subordinación o el control, lo que nos llevaría a pensar que persiste aquella ideología sobre la incapacidad del indígena y el miedo porque el reconocimiento de esta jurisdicción especial afecte la unidad nacional. Esto último, en el fondo, no vendría a ser otra cosa que una nueva versión de ese temor que el imaginario colonial construyó acerca de la sublevación de la masa indígena y sobre el carácter perturbador de las manifestaciones culturales campesinas y nativas.

En pos de un pluralismo legal, Yrigoyen (2001, b:18) cuestiona el carácter paternalista o tutelar que en el modelo político actual sigue teniendo una vigencia casi total, «*al tratar a los pueblos y comunidades indígenas/campesinas como objetos de políticas antes que como sujetos autónomos y a su vez partícipes en la vida nacional*», y propone, por tanto, como reto la implementación efectiva del derecho de consulta y participación.

Desde hace más de dos décadas se escuchan en el contexto latinoamericano voces en apoyo del reconocimiento de las identidades diferenciadas, la diversidad lingüística y el pluralismo legal. A través de sus respectivas constituciones, como ya ha sido señalado, Colombia, Perú, Bolivia y Ecuador han reconocido el

carácter pluricultural y el derecho consuetudinario de los pueblos indígenas y las comunidades campesinas. En el Perú, el avance dado en esa dirección a través del artículo 149 de la Constitución Política de 1993 es todavía incipiente; mientras no existan normas que tiendan a materializar el referido dispositivo legal y no se establezcan a partir de él, coordinaciones entre las diferentes instancias del Poder Judicial, no pasa de ser una muy buena intención; mientras tanto, se estaría manteniendo esa figura conocida como «la constitución pluralista con judicatura monista».

Al entender el pluralismo jurídico como la coexistencia de varios sistemas jurídicos o formas de administrar justicia en un país a partir del respeto a la multiculturalidad, lo que se está poniendo sobre el tapete es el carácter universal de los derechos. Wilfredo Ardito (2001:75) se pregunta si los derechos humanos constituyen un concepto universal, si son válidos en una sociedad multicultural como la peruana y, si por derivar de la cultura occidental, carecen de la posibilidad de beneficiar a los integrantes de otras culturas. Esta última inquietud constituye un aspecto en el que es necesario reflexionar detenidamente, mucho más si la meta es alcanzar un pluralismo legal consistente. Preocupaciones como la de Ardito pueden atemorizar a quienes, equivocándose en la percepción, puedan tener la sensación de que pudiera estar recuperándose y validándose el discurso etnocentrista y evolucionista del siglo XIX, que en determinado momento de la historia sirvió para la instauración del imperialismo cultural actualmente existente. Y es, en cierta medida, comprensible que este tipo de sensaciones sea frecuente.

En el discurso imperialista contemporáneo subyace, paradójicamente, un remozado culturalismo, en el que todo es permitido a partir de la etiqueta de «lo cultural»; pero, en este revitalizado relativismo cultural la comprensión de las otras culturas es sólo aparente, no es real, tampoco es efectivo. La mirada que los «relativistas» proyectan hacia las otras culturas es indiferente y tibia, como reducida es la de los «esencialistas» o «andinistas» (para el caso peruano); y, hay una cualidad que une a ambas posiciones: el conservadurismo. Los «relativistas», desde una ubicación que está más allá del bien y del mal, simplemente las toleran preocupados por conservar egoístamente las cosas como están; y, por su parte, los «esencialistas» o «andinistas» alucinan con congelarlas en el tiempo, idealizándolas. Teresa San Román (1996) llama «impostores» a quienes se sirven del relativismo cultural de la antropología para justificar su propio integrismo.

Así como el concepto de interculturalidad es importante en relación al pluralismo jurídico, lo es también el de multiculturalidad. Sobre la multiculturalidad se debe señalar que es una noción fuertemente impregnada por la tolerancia, y desde el reconocimiento del derecho a la diferencia. La posibilidad de que la tolerancia y el respeto entre culturas diferentes sea posible y tenga efectividad pasa por políticas de igualación de las oportunidades sociales; por esto es que el tratamiento político de la multiculturalidad hace que ésta sea un tránsito hacia la

interculturalidad, una situación que, más allá de la tolerancia y el respeto, propugna la comunicación, el diálogo y la compatibilización. Se argumenta que la compatibilización entre culturas diferentes ocurre a partir del reconocimiento mutuo de capacidades creativas y que se hace efectiva cuando los aportes acontecen en uno y otro sentido, como dando cumplimiento a la premisa de la transferibilidad cultural. Se argumenta también que en ninguna de sus manifestaciones se agota las posibilidades del ser humano. Pero, los intentos de compatibilización cultural no se están materializando a través de relaciones simétricas, sino a través de relaciones jerarquizadas y asimétricas, y corresponde a la política cultural de los países acortar las desigualdades inherentes a tales relaciones.

#### 4. El caso Huayanay como memoria y reparación

No es nuestra intención hacer apología del crimen, ni escarnio del derecho positivo; ni tampoco dar a este derecho una conceptualización reducida, que nos lleve a tipificarlo de «malo», y al derecho consuetudinario –en cambio– de «bueno». Nada, ni el temor de ser acusados de alterofobia, nos puede conducir a sostener que los «otros», llámense campesinos, indígenas o extranjeros, son –hagan lo que hagan– siempre inocentes.<sup>5</sup> Por otro lado, no todos los dramáticos sucesos ocurridos últimamente en el país deben ser considerados como un afloramiento traumático del derecho consuetudinario.

Basándonos en el conocimiento que nos brinda la antropología y –¿por qué no?– en lo más profundo de nuestra propia convicción, nos formulamos nuevamente la pregunta a cuya respuesta apunta lo expuesto en este trabajo: ¿el caso Huayanay, fue un crimen o una aplicación del derecho consuetudinario?

Según Trazegnies (1997:73), se trataría de *un caso con características aberrantes*, al tipificarlo como un homicidio producto de la explosión popular o como un caso de venganza pública o colectiva. No sin sarcasmo, consigna en su trabajo que la liberación de los campesinos implicados en el caso, representa una muestra de lo que es el Nuevo Derecho y una auténtica forma de ejercer la justicia popular, aludiendo al gobierno de Velasco Alvarado. Como Trazegnies, Luis Alberto Sánchez calificó el caso como un típico «delito de multitud», cometido bajo el influjo del «verde loco», una sustancia intoxicante –mezcla de kerosene y ron de quemar– que acostumbran beber los campesinos en sus fiestas. Según Sánchez, ajusticiamiento de Escobar no pasaba de ser una versión de la famosa «Ley de Linch»<sup>6</sup>. Opiniones como las que en esta parte del trabajo tomamos en cuenta nos inducen a retomar en seguida aspectos de conocimiento general, aparentemente simples, y que en relación al caso adquieren un enorme valor conceptual.

La administración de justicia durante el Incanato era ejercida por los curacas, los *tukuyrikuquna* (los que todo lo ven). Los preceptos fundamentales de la moral inca, y expresados hasta en el «saludo cotidiano» (Ama Sua, Ama Lulla, Ama Kella), tenían como objetivo orientar «la conducta de los hatun runas hacia

*la honradez y la honestidad, al fomento de la actividad productiva constante y a la laboriosidad y a la preservación de la verdad como norma»* (Robles, 2002: 31). Los delitos graves eran castigados con la pena de muerte y este mismo castigo era aplicado también en casos de reincidencia, así no se tratara de delitos graves. El ladrón era sancionado con la devolución del bien sustraído y con prestaciones de servicios a favor de la víctima, como compensación del daño ocasionado. Sólo en casos extremos, cuando el infractor demostraba ser contumaz y un riesgo para la seguridad colectiva, los castigos derivaban en prisión preventiva o aislamiento total, en establecimientos llamados *sanqay wasi* (el hoyo como casa), para los grandes infractores (*hatun quchayuy*), y los *piña watay wasi* (casa donde se amarra los hombres lisos), para los pequeños infractores (*uchuy quchayuy*).

Dentro de la estructura conceptual andina, lo justo es aquello que guarda armonía con el orden natural, con el cosmos (*pacha*). Lo injusto es, por oposición, todo aquello que se aleja o contradice el orden natural, propiciando el caos y la anarquía. Los castigos son, en consecuencia, acciones encaminadas a restablecer la armonía quebrantada y volver a reincorporar en el equilibrio del cosmos al propiciador del caos y la anarquía. En la cosmovisión andina, cuando un individuo es expulsado de su comunidad o de su *ayllu* es como si dejara de existir, porque una persona aislada, no relacionada, y sin una red de intercambios es un *wakcha*, cuya traducción literal al castellano es –sin más– huérfano. El verdadero sujeto ético equivale a *ñuqayku* (nosotros), colectivo y comunitario, y no a *ñuqa* (yo), autónomo e individual (Estermann, 1998).

En el caso Huayanay, a mi entender, es ese *nuqayku*, «nosotros» –colectivo y comunitario– el que guió a un grupo de seres humanos a tomar la justicia por sus propias manos, cuando se convencen de la ineficacia de los jueces de la ciudad. No debe olvidarse que los preceptos de la justicia andina, a diferencia de la occidental, no son «ciegas», ni tratan indiscriminadamente a las personas; por el contrario, toman en cuenta el lugar específico que ocupan en relación a los demás. La identidad humana no se da como «mismidad» (ser uno mismo), sino como inserción en algo mayor, en la identidad colectiva. Por lo tanto, la justicia no se mide en términos personales e individuales, sino colectivos. En la actualidad, prevalecen todavía en las comunidades andinas muchas formas ancestrales de administrar justicia, y, obviamente, con cambios en relación al pasado. Persiste, por ejemplo, aquellas denuncias de faltas y delitos menores ante la asamblea comunal, ente corporativo que, con conocimiento directo de los hechos, y en presencia de los agresores y las víctimas, impone sanciones que son acatadas sin reserva por los comuneros.

En Huayanay, las transgresiones de las normas tradicionales eran resueltas apelando a sus propios mecanismos de sanción. No desconocían, como no desconocen hoy, la ley del Estado, pero frustrados por su ineficacia e imposibilitados de pagar los costos judiciales, por la grave situación de pobreza en que viven, es

que optan por aplicar sus propias sanciones, socialmente aceptadas y legitimadas. El comportamiento de Matías Escobar había llegado al límite de la tolerancia codificada por la costumbre. Los comuneros, mediante un acuerdo de asamblea que consta en acta, decidieron aplicarle el *usa qampi*, y se responsabilizaron colectivamente de su ajusticiamiento ante las autoridades, totalmente convencidos de haber hecho justicia. De no ser así, ¿a qué lógica responden, entonces, el que todos se hayan presentado en el puesto policial de Acobamba, y con el cadáver?

En la sentencia del Juez de la Corte Superior de Huancavelica, archivando el proceso y liberando a los prisioneros, se utilizó como figura jurídica la irresponsabilidad de los acusados, por considerar: que los actos obedecieron a una situación de estado de necesidad; que Matías Escobar no fue muerto por uno o varios hombres, sino por la multitud; y que se ignoraba la ley, un criterio al que sí se había apelado en otras oportunidades. En esa sentencia subyace sutilmente la convicción de la incapacidad jurídica y humana de los inculpados. Faltó en ella el reconocimiento tácito de la existencia de valores sociales diferentes, que merecen respeto aún en su incompatibilidad con el sistema legal oficial, cuya hegemonía y eficacia –dicho sea de paso– no está totalmente afirmada en el territorio nacional.

Extraído de la memoria de los peruanos, casos como el de Huayanay, al ser confrontados con la actual situación de los campesinos y nativos en el territorio nacional, llevan a que se asuma con mucha cautela el artículo 149 de la Constitución de 1993 y lo que para el pluralismo jurídico y el derecho consuetudinario significa. Y en esta actitud nos parece muy coherente compartir este punto de vista: «*Los tímidos reconocimientos del derecho consuetudinario expresados, por ejemplo, en el artículo 149 de la actual Constitución sobre la jurisdicción restringida y subordinada de las autoridades comunales (campesinas y nativas) [...] resulta una excepción [...] al discurso jurídico oficial que sigue aferrado al ideal de crear un mundo regulado y regulable por un solo agente productor de normas: el estado*» (Guevara, 2001:12).

## Notas

1. Durante la época de la colonia fue muy importante la explotación de las minas de plata en Potosí (Bolivia) y las minas de azogue en Santa Bárbara o Descubridora (Huancavelica). El azogue, actualmente conocido como mercurio, fue en su momento indispensable para la separación de la plata.
2. ASIES es una entidad de servicio, cultural y no lucrativa, de carácter privado que surge en Guatemala en el año 1979. Según sus estatutos está integrada por personas inspiradas en principios de respeto a la dignidad humana y la participación social.
3. Según Nugent, en América Latina, la representación no ha tenido un carácter ciudadano, es decir la representación de un ciudadano por otro ciudadano, sino que ha seguido el modelo tutelar, esto es, la representación del incapacitado.

4. El Convenio 169 adoptado en el año 1989 por la Conferencia General de la Organización Internacional de Trabajo, fue ratificado por el Perú en 1994, cuando ya lo había hecho México, Noruega, Colombia, Bolivia y Costa Rica. Se debe destacar que el enfoque paternalista y la política asimilacionista del Convenio 107 del año 1957 fue de alguna manera superado en el Convenio 169, el cual podría constituirse en la base de un nuevo derecho consuetudinario a nivel internacional, si se lograra superar la restrictividad que de alguna manera en él subyace (James Anaya, 2005).
5. "Tenemos que hacer inocente al 'otro' en cada caso concreto, en cada situación, en cada individuo, porque nos hemos comprometido con nosotros mismos a respetar, tolerar, elogiar incluso solidarizarnos en la igualdad de derechos de todos los hombres; en la igualdad de su dignidad, pero también de sus derechos. Y el 'otro' no puede salirme con que no es inocente, con que es indigno de sus derechos. Pero este es un grave error de planteamiento, más exactamente es una falta de convicción en nuestros propios postulados» (San Román, 1996: 98).
6. Charles Linch, con cuyo apellido se identifica esta ley, fue un agricultor del Estado de Virginia que durante la Revolución Americana presidió un tribunal informal constituido para castigar a los pro-británicos.

## Bibliografía

- Anaya, S. James (2005). *Los pueblos indígenas en el derecho internacional*. Madrid: Editorial Trotta.
- Ardito Vega, Wilfredo (2001). «¿Son los derechos humanos un concepto universal?». En: HEISE, María (comp), *Interculturalidad - Creación de un concepto y desarrollo de una actitud*. Lima: Programa FORTE-PE.
- Austin Millán, Tomás (s/f). *Crimen y costumbre en la sociedad salvaje de Bronislaw Malinowski*. [ww.geocities.com/tomaustin\\_cl/ant/antjur.htm](http://ww.geocities.com/tomaustin_cl/ant/antjur.htm)
- El Comercio*. Ejemplares de octubre y noviembre de 1975. Lima.
- Estermann, Josef (1999). *Filosofía andina - Estudio intercultural de la sabiduría autóctona andina*. Quito, Abya-Yala.
- Favre, Henri (1985). «El mundo Andino en tiempos de Bolívar: Los Asto entre 1780 y 1830". En: *Revista del Museo Nacional*, Tomo XLVII. Lima.
- Guevara Gil, Armando (2001). «Las causas estructurales de la pluralidad en el Perú». En: *Antropología y Derecho, Rutas de Encuentro y Reflexión – I Conferencia de la Red Latinoamericana de Antropología Jurídica – Sección Perú*.
- Kymlika, Hill (1996). *Ciudadanía multicultural. Una teoría liberal de los derechos de las minorías*. Barcelona: Paidós.
- Maine, Henry (1980). *El derecho antiguo*. México: Editorial extemporáneos.
- Nugent, Guillermo (2001). *El orden tutelar*. Lima. (copia fotostática de un trabajo sin publicar).
- Robles Mendoza, Román (2002). *Legislación peruana sobre comunidades campesinas*. Lima: UNMSM.
- San Román, Teresa (1996). *Los muros de la separación. Ensayo sobre alterofobia y filantropía*. Madrid: Tecnos.

- Starn, Orin (1992). «Antropología andina: “Andinismo” y Sendero Luminoso». En: *Allpanchis*. Año XXII- N° 39. Cusco: IPA.
- Stavenhagen, Rodolfo y Diego Iturralde (compiladores) (1990). *Entre la ley y la costumbre. El derecho consuetudinario en América Latina*. México, Instituto Indigenista Interamericano.
- Sieder, Raquel (1996). *Derecho consuetudinario y transición democrática en Guatemala*. Guatemala, FLACSO.
- Trazegnies G., Fernando de (1977). «El caso Huayanay. El Derecho en situación-límite». En: *Cuadernos Agrarios*, N° 1. Lima.
- Yrigoyen Fajardo, Raquel (2001a). «Retos para construir una juridicidad pluricultural». En: I Encuentro de la Red Latinoamericana de Antropología Jurídica-Sección Perú. alertanet@derechoysociedad.org
- \_\_\_\_\_ (2001b). El carácter pluricultural del Estado y la Nación peruana y la justicia indígena/campesina. [http://www.comunidadandina.org./document/declar/machu\\_picchu.htm](http://www.comunidadandina.org./document/declar/machu_picchu.htm)