

**LA PLURALIDAD CULTURAL EN LA CONSTITUCIÓN PERUANA DE 1993
FRENTE A LAS PERSPECTIVAS DE LA REFORMA JUDICIAL
Y AL DERECHO PENAL**

ENRIQUE BERNALES BALLESTEROS Y ANTONIO RUIZ BALLÓN

SUMARIO: I. Introducción. **II.** El panorama constitucional. **III.** En torno al concepto de pluralismo cultural. **IV.** Planteamiento de la cuestión.

I. INTRODUCCIÓN

La Constitución peruana de 1933, discutible en muchos aspectos y criticable por su origen antidemocrático, contiene algunos aciertos conformes a las tendencias más avanzadas del derecho internacional tanto en lo referente a los derechos humanos como en lo referente al origen, conformación, atribuciones y funciones del Estado. Por la materia específica de este comentario, nos interesan las disposiciones de dicha Constitución sobre la cuestión de la diversidad cultural y algunas proyecciones de su aplicación legislativa. Sostenemos, al respecto, que se trata de un texto avanzado, pues, en este ámbito, establece un programa abierto que busca la composición de un Estado integrador de diversas etnias, culturas y lenguas.¹

1 Al decir de Ballón, «[...] en el mundo actual la regla es que encontremos a varias culturas en el interior de un Estado. Lo excepcionalísimo son los pocos casos en los que se da una cultura única al interior de un Estado nacional. Las referencias constitucionales al Perú como un país multicultural y pluriétnico, y las protecciones que de esa situación se derivan, son aplicables a prácticamente todos los países del mundo [...]. El Estado-nación es, sobre todo, una realidad

Desde esta perspectiva, comentaremos la problemática de la reforma judicial en el Perú prestando atención a las propuestas planteadas por la Comisión Especial para la Reforma Integral del Sistema de Justicia (CERIAJUS) sobre la materia, que tienen especial incidencia en el ámbito penal.

Como suele ser frecuente en países cuyo proceso de conformación y consolidación democrática es lento, inarticulado y sin objetivos claros, el avance constitucional dista mucho del desarrollo jurídico del país y, más aún, de la realidad. La práctica de las relaciones sociales, incluido, en este sentido, el propio comportamiento de los funcionarios públicos, expresa el patrón de comportamiento de un Estado instalado sobre una contradicción consistente en el hecho de que, algunas veces, parecería estar basado en una realidad histórica y cultural tendencialmente homogénea, en la que la pluriculturalidad o la multiculturalidad se agotarían en la diversidad de lenguas.

Como veremos más adelante, de cara al Derecho en general y, en particular, al derecho penal las exigencias constitucionales son complejas y los desarrollos legislativos, incluidos los proyectos actuales, están aún lejos de ser pretensiones para transformar la realidad de manera coherente.

II. EL PANORAMA CONSTITUCIONAL

Los artículos 2, inciso 19; 17; 48; 89; 139, inciso 8; y 149 de la Constitución de 1993 tratan el tema de la diversidad cultural del Perú. Además, hay que considerar los demás artículos vinculados de cierta manera con el mismo tema. Obviamente, todos estos artículos requieren ser analizados desde una perspectiva de sistematización e integración normativa, pues se trata de normas que adquieren sentido por su ubicación en el conjunto constitucional y por la manera en que se interrelacionan.

- a. El artículo 2, inciso 19,² reconoce a cada persona (peruano o no) el derecho a su identidad étnica y cultural. Por consiguiente, en el Perú, esta identidad étnica y cultural pasa a ser un derecho humano fundamental. Ahora bien, la

política moderna bajo cuya apariencia o pretensión de homogeneidad suelen ocultarse profundos problemas de historias culturales fracturadas o artificialmente ensambladas. Pero también es un profundo factor de sincretismo y unidad que produce profundos efectos sobre la dinámica de la sociedad y en la cultura de los pueblos» (2004: 37).

2 «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».

Constitución va más allá y, como consecuencia de este reconocimiento universal, obliga al Estado a proteger y a reconocer que el ser de la propia nación peruana es étnica y culturalmente plural. De esta manera, aun cuando diversa, la identidad de cada peruano constituye un aporte para la formación en conjunto de la nación.

De esto, se deduce, a su vez, que el Estado peruano, como organización que conduce y determina el marco jurídico para el funcionamiento de la nación, cuando menos formalmente, lo hace a partir del reconocimiento expreso de que actúa sobre una realidad no unitaria ni cultural, ni lingüística, ni étnicamente.

- b. Si esto es así, el principio de igualdad y no-discriminación, prescrito en el artículo 2 de la Carta Fundamental,³ y que es, por demás, un principio superior, no puede realizarse en desmedro de la realidad pluricultural de la nación, razón por la cual nadie puede ser discriminado, como dice el texto de la Constitución, por motivo de origen, raza, sexo, condición económica o de cualquier otra índole.
- c. De conformidad con el razonamiento jurídico que reconoce la pluralidad cultural como una característica inherente de la nación peruana, el artículo 17 de la Constitución⁴ garantiza la protección de las diversas lenguas al referirse, en la última parte, a la educación bilingüe e intercultural según las características de cada zona, así como al establecer que el Estado preserva las diversas manifestaciones culturales y lingüísticas del país sin perjuicio de promover la integración nacional. Esto último equivale a admitir que la integración nacional es una tarea dinámica que debe hacerse con el reconocimiento expreso de las diversas manifestaciones culturales y lingüísticas del país. Naturalmente, este artículo encuentra plena coordinación con el artículo 48, en el que se reconoce como «[...] 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». Como veremos más adelante, este parece ser uno de los desafíos más complejos para el desarrollo normativo.
- d. Por otro lado, en su artículo 89,⁵ la Constitución reitera que el Estado respeta la identidad cultural de las comunidades campesinas y nativas. Además, les

3 «Artículo 2.- Toda persona tiene derecho: [...]

2) A la igualdad ante la ley. Nadie debe ser discriminado por motivo de origen, raza, sexo, idioma, religión, opinión, condición económica o de cualquier otra índole».

4 «Artículo 17.- [...] El Estado garantiza la erradicación del analfabetismo. Asimismo, fomenta la educación bilingüe e intercultural, según las características de cada zona. Preserva las diversas manifestaciones culturales y lingüísticas del país. Promueve la integración nacional».

5 «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.

reconoce su autonomía en diversos aspectos —organización, trabajo comunal, uso y libre disposición de sus tierras, economía y administración—, pero señala a la ley como marco de tal autonomía.

- e. Caso especial es el artículo 139, que se refiere a los principios y derechos de la función jurisdiccional. La lectura meramente exegética de los incisos que componen este artículo llevaría a la conclusión de que, siendo generales las disposiciones relativas a la función jurisdiccional y, por ende, al debido proceso, se han omitido las situaciones derivadas de la pluralidad cultural constitutiva del Perú. No obstante, más allá de la consideración de que el debido proceso es un derecho fundamental (*erga omnes*), una segunda lectura obliga a reparar en el inciso 8,⁶ que se refiere al principio de no dejar de administrar justicia por vacío o deficiencia de la ley y que señala que, en tales casos, se apliquen los principios generales del derecho o los del derecho consuetudinario. Se reconoce, así, que, en materia de justicia, el derecho oficial (estatal) puede interactuar, de manera suplementaria, con principios del derecho consuetudinario. Esto es así siempre y cuando tales principios no sean contrarios a los derechos fundamentales y a la preservación de la unidad del Estado y su soberanía.
- f. Finalmente, el artículo 149,⁷ en concordancia con el 139, inciso 8, si bien reconoce la validez y la práctica del derecho consuetudinario, e incluso prevé una forma de coordinación (integración) con las estructuras oficiales (Poder Judicial y Juzgados de Paz), señala, expresamente, la vulneración a los derechos fundamentales como límite a la práctica de esta tipología jurídica.

III. EN TORNO AL CONCEPTO DE PLURALISMO CULTURAL

Según el Diccionario de la Real Academia de la Lengua Española (DRAE),⁸ ‘pluralismo’ significa «Sistema por el cual se acepta o reconoce la pluralidad de doctrinas o posiciones». Quizá, por esto, desde la perspectiva de la democracia

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.

6 Artículo 139.- Son principios y derechos de la función jurisdiccional: [...]

8) El principio de no dejar de administrar justicia por vacío o deficiencia de la ley.

En tal caso, deben aplicarse los principios generales del derecho y el derecho consuetudinario.

7 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 <<http://www.rae.es>>

liberal con relación a la problemática de la coexistencia de diversas culturas bajo un mismo territorio, se prefiere el uso del término *pluriculturalidad* antes que el de *multiculturalidad*. Este es, más bien, reconocido por el DRAE como un adjetivo con el sentido de: «Caracterizado por la convivencia de diversas culturas». En ese sentido, se entiende que los términos *pluralismo cultural* o *pluriculturalidad* tienden a significar la tolerancia, la equidad y la asimilación entre grupos humanos culturalmente diversos, mientras que el multiculturalismo estaría referido a la mera coexistencia próxima pero compartimentada de diversos grupos humanos encerrados en sí mismos. Como señala María Guadalupe Millán Dena, apoyada en el pensamiento de Giovanni Sartori:

En la actualidad, el sistema político de la democracia liberal se basa en el disenso sobre la diversidad, es decir, en el consenso enriquecido y alimentado por el disenso, la discrepancia y la negociación que generan un ambiente de democracia. Sartori afirma: «para el pluralismo, la homogeneización es un mal y la asimilación es un bien. Además, el pluralismo, como es tolerante, no es agresivo, no es belicoso [...]. El pluralismo se manifiesta como una sociedad abierta muy enriquecida por pertenencias múltiples, mientras que el multiculturalismo significa el desmembramiento de la comunidad pluralista en subgrupos de comunidades cerradas y homogéneas».⁹

Ahora bien, un planteamiento central, desde una aproximación interdisciplinaria a la problemática peruana, puede perfectamente sostener que se trata de un país cuya realidad social está configurada por una convivencia asimétrica de sus elementos pluriétnicos pluriculturales y multiculturales.¹⁰ Intervienen, al mismo tiempo, como variables que atraviesan los tres elementos citados, un factor pluri-lingüe y otro multilingüe, a pesar del dominio que, desde el poder político, se ex-

9 <<http://reddereds.upn.mx/2areunion/lupemillan.htm>>

10 Recordemos con Ballón que «La Constitución Política establece en el artículo ochenta y nueve que las comunidades campesinas —andinas o costeñas— y la nativas —de la Amazonía— tienen existencia legal y son personas jurídicas. A contrapelo de esta disposición constitucional, las comunidades han sido atrapadas en una maraña de trámites para “registrarse”. Por ejemplo, las comunidades deben contar con un “reconocimiento oficial” (Código Civil, artículo 135; decreto legislativo 25891); en suma, una maraña de requisitos para gozar de “derechos” minúsculos. La tendencia dominante de la política normativa concibe —por ejemplo— a la propiedad como una cuestión estatal que revierte permanentemente. De manera que, para todo aquello que sea comprimir derechos, se acude a normas como las del Código Civil, (artículos 134 al 139), pero cuando se trata de disposiciones sobre la propiedad, ellas dejan de ser propietarias privadas y el Estado se cree en el derecho de disponer parcelaciones, delimitaciones, demarcaciones y titulaciones individuales de la propiedad comunal sin el menor rubor jurídico. Una legalidad alegal e ilegal que se amontona contra toda seguridad jurídica para quienes no tienen los recursos económicos ni políticos para defenderse» (2004: 58).

presa como preferencia por el monolingüismo. La producción del Derecho en el Perú no es ajena a esta realidad. Antes bien, sigue su suerte y configura espacios de juridicidad desiguales que se expresan en los diversos grados de integración débil y desigual entre las etnias y culturas que configuran la pluriculturalidad y la multiculturalidad peruanas.¹¹

Un ejemplo de lo que sostenemos es el que se expresa en los diversos proyectos o intentos de refundar la justicia en el Perú, el último de los cuales lo constituyen las propuestas que, en su día, alcanzó la CERIAJUS y que, como se sabe, no han merecido, hasta el momento, el respaldo del propio Poder Judicial ni han motivado un acuerdo entre los sectores políticos para aprobarlas plenamente.

IV. PLANTEAMIENTO DE LA CUESTIÓN

Según el plan de la CERIAJUS,¹² uno de los problemas de acceso a la justicia en el Perú está dado porque «[...] la carencia de uso de un intérprete es uno de los principales problemas afrontados por la población andina, amazónica y por los miembros de la población indígena con relación a la administración de justicia, debido a que no pueden hacer uso de la lengua materna, impidiéndose sostener un proceso judicial justo y objetivo por falta de comunicación e igualdad entre los actores involucrados».¹³ Señala el plan que el objetivo que se debe cumplir para solucionar este problema es que los indígenas involucrados en un proceso judicial o administrativo puedan conocer y comprender estos procesos y la ley aplicable, de manera que puedan presentar sus argumentos de defensa en su propio idioma. La propuesta de solución, siempre según el plan, es lograr la existencia de un intérprete conocedor de la lengua materna de la persona indígena en los diversos estados del proceso «[...] para que pueda expresarse en su propio idioma o lengua».¹⁴ Finalmente, entre las acciones necesarias para implementar esta propuesta, se señala que «El Estado debe efectuar los esfuerzos necesarios para que todas

11 «En el Perú —a diferencia de aquellas sociedades que enfrentan conflictos étnicos abiertos como los de Europa del Este, África o Asia— la identidad étnica presenta rasgos bastante complejos. Aunque en el territorio nacional coexisten más de 55 grupos étnicos, y alrededor de un quinto de la población habla un idioma indígena, todavía es débil la reivindicación explícita de las identidades étnicas originarias. Quienes hablan un idioma indígena, muchas veces, prefieren ocultar sus orígenes étnicos, los cuales resultan invisibilizados en el ámbito público» (Comisión de la Verdad y Reconciliación 2003: VIII, 101).

12 Cf. CERIAJUS 2004. Se puede también encontrar en <<http://www.congreso.gob.pe/comisiones/2004/ceriajus/presentacion.htm>>

13 CERIAJUS 2004: 124.

14 CERIAJUS 2004: 124.

las personas tengan acceso en su propio idioma o lengua a las normas legales vigentes, y en especial aquellas que regulan derechos y garantías».¹⁵

En el Perú, están registradas 108 lenguas, de las cuales 15 se consideran extintas y 93 son lenguas vivas.¹⁶ ¿Es posible y deseable traducir a 93 lenguas la categoría *dolo*, o la categoría *culpabilidad* o el Código Penal entero para que sea factible que los «indígenas» o extranjeros provenientes de contextos culturales ajenos que se vean involucrados en un proceso penal comprendan la ley y puedan ejercer correctamente su defensa? ¿Es esa la aspiración ideal de la propuesta de la CERIAJUS?

Es difícil creer que somos un país orientado a la homogeneidad cultural, en el que, a la manera de Europa, las diferencias son casi solo lingüísticas, pero en el que la cosmovisión general —manera de ver e interpretar el mundo según el DRAE—¹⁷ es prácticamente homogénea o en el que la búsqueda de la homogeneidad es la solución al «problema» de las aspiraciones constitucionales de pluralidad.

En el caso peruano, las diferencias culturales entre quienes habitamos este territorio pueden llegar a ser muy profundas. Podríamos decir que existe todo un abanico cultural que va desde espacios hispano-occidentales hasta espacios simplemente ajenos a las concepciones hispanas u occidentales en general, ocupadas por aquellos peruanos denominados «no contactados». Esta situación parece estar también reconocida por la CERIAJUS cuando se aboca al problema del «empleo del peritaje cultural». En este campo, el plan señala que el problema a ser afrontado es que «El escaso empleo de Peritajes Culturales por parte de las autoridades del Ministerio Público y los magistrados del Poder Judicial, como medio probatorio, no permite una mejor comprensión adecuada de los hechos de un proceso judicial, vulnerándose el derecho a la identidad étnica y cultural de los miembros de los pueblos indígenas y amazónicos».¹⁸ A continuación, señala el plan que, para solucionar este problema, se persigue el objetivo de que se empleen los peritajes culturales para que «[...] los administradores de justicia puedan conocer mejor las características culturales específicas de las personas

15 CERIAJUS 2004: 124.

16 Cf. Gordon 2005. La versión en línea se puede encontrar en <<http://www.ethnologue.com>>. Para el caso peruano, puede consultarse <http://www.ethnologue.com/show_country.asp?name=PE>. Según la Comisión de la Verdad y la Reconciliación, en el Perú, coexisten más de 55 grupos étnicos (2003: VIII, 101). También puede consultarse en línea en <www.cverdad.org.pe>.

17 <<http://www.rae.es>>

18 Extraña que solo se haya hecho referencia a la afectación a la identidad étnica y cultural y no a un derecho fundamental que subyace y nos parece elemental y quizás superior: el derecho a la defensa.

indígenas involucradas».¹⁹ Para lograr este fin, se propone que, en todo proceso judicial o administrativo, de solicitarlo la defensa o considerarlo necesario el juez o fiscal, deberá nombrarse peritos culturales. Las acciones concretas pasarían por implementar un registro de peritos bilingües, el diseño de un curso de pluralismo jurídico en la Academia de la Magistratura (AMAG) y adecuación de los cursos de la Academia a las exigencias de un país *multicultural*, entre otras. Habría que saber si el curso consistiría en un ensayo de algún grupo escogido de etnólogos, antropólogos o estudiosos del tema que tengan una visión sobre esta problemática judicial o respondería a una política de Estado mayor e integral, de manera que concuerde con los objetivos, si los hubiera, de la problemática educativa del país.

El plan de la CERIAJUS va más allá y propone que es deseable que se considere como un factor de evaluación para el ingreso a la carrera judicial el dominio del idioma o lengua indígena predominante en la zona donde se pretende vivir. En ese sentido, las acciones concretas pasarían, entre otras, por brindar capacitación a magistrados que trabajan en zonas donde se hablan «lenguas aborígenes», implementar un curso de pluralismo jurídico y la organización de un registro penitenciario de personas indígenas privadas de libertad.

No se dice nada sobre la necesidad de implementar un mecanismo de prevención de conductas penalmente relevantes en el ámbito intercultural, el diseño de una política penitenciaria especial —acorde con la cultura o la cosmovisión de quien es objeto de una sanción— o un tratamiento especial para aquellos casos en los que se recluyen en centros penitenciarios a personas con patrones culturales ajenos al occidental y que, por ende, en muchas ocasiones, son objeto de expolio en las cárceles.

En el plano normativo, propone un artículo para la futura Ley de Coordinación de los Órganos del Sistema de Justicia.²⁰ En este, se dice que las autoridades del Poder Judicial, del Ministerio Público y de la Policía Nacional están en la obligación de reconocer y respetar las decisiones de la justicia comunal, y deben prestar el apoyo que les sea solicitado para su adecuada ejecución.

Más adelante, propone modificar el artículo 138 del texto constitucional y prevé, en el tercer párrafo de la propuesta, lo siguiente:

Las autoridades de las comunidades campesinas y nativas, rondas campesinas y pueblos indígenas pueden resolver conflictos impartiendo justicia dentro de su

19 Al parecer, el plan no contempla la posibilidad de que los peritajes se puedan aplicar también sobre extranjeros. ¿O quizá están previstos para extranjeros pero siempre y cuando sean «indígenas»?

20 Esta deberá ser sometida a consulta de conformidad con el Convenio 169 de la Organización Internacional del Trabajo (OIT).

ámbito territorial. Las autoridades policiales, fiscales y judiciales, y en general toda autoridad estatal respetarán tales decisiones siempre que observen los derechos constitucionales y los derechos humanos internacionalmente reconocidos. La ley establecerá las formas de coordinación correspondientes entre la justicia comunal y la justicia ordinaria.

No se comprende con claridad a qué se refiere esta propuesta de ampliar la observancia, no ya solamente de los derechos fundamentales de la persona, como señala la Carta actual en el artículo 149 (véase nota al pie n.º 7), sino de «los derechos constitucionales». Esto podría significar un atentado flagrante a su afirmación con respecto a pueblos con cosmovisiones diversas y ajenos a la cosmovisión jurídica oficial. Tampoco se entiende la razón de ser de la eliminación de la referencia al derecho consuetudinario como base de esta forma de justicia, llamada, genéricamente, *jurisdicción especial* por la actual Carta y que, en la nueva propuesta, pasaría a ser *justicia comunal*.

¿Son las perspectivas de desarrollo jurídico planteadas por la CERIAJUS suficientes y coherentes para abordar, desde una perspectiva de democracia liberal, el problema jurídico que plantea la diversidad cultural peruana para la realización de la justicia? ¿Qué expectativas puede tener la práctica del derecho penal al respecto? Nos da la impresión de que no hay mucha claridad para abordar el problema y que no se ve cuál es el objetivo concreto que se espera lograr más allá de afrontar con cierta solvencia formal la validez de los procesos judiciales en los que se vean implicados los peruanos de cultura diferente a la oficial.

La ausencia del Estado no solo es material sino política en muchos espacios de la vida peruana. No existe una política lingüística ni cultural de alcance nacional que abarque lo educativo y lo judicial. Esta ausencia, ciertamente, puede llevar a los reformadores judiciales a convertirse en irresponsables lazarillos de un ciego que lo es porque ni siquiera quiere abrir los ojos para mirarse a sí mismo. Es cierto que la tarea no es fácil²¹ y que la solución puede ser compleja, pero la marginación y la indiferencia ya sabemos que son las peores vías.

21 Refiriéndose a la problemática lingüística italiana —que quizás podría aproximarse a una visión parcial de la problemática peruana—, Alessandro Pizzorusso señala: «[...] justamente porque la actuación del principio de tutela de las minorías lingüísticas constituye la especificación del principio más general de igualdad, es necesario que dicha tutela esté proporcionada con las exigencias concretas de la minoría, lo que resulta de todo un complejo de factores no solo lingüísticos, sino también económicos, políticos y culturales en cada caso» (2005: 248).