

VI Jornadas de Sociología de la UNLP. Universidad Nacional de La Plata. Facultad de Humanidades y Ciencias de la Educación. Departamento de Sociología, La Plata, 2010.

Derecho positivo y consuetudinario en Latinoamérica: la jurisdicción sobre la subalternidad en el Bicentenario de la Independencia.

Piña, Juan Ignacio.

Cita:

Piña, Juan Ignacio (2010). *Derecho positivo y consuetudinario en Latinoamérica: la jurisdicción sobre la subalternidad en el Bicentenario de la Independencia*. VI Jornadas de Sociología de la UNLP. Universidad Nacional de La Plata. Facultad de Humanidades y Ciencias de la Educación. Departamento de Sociología, La Plata.

Dirección estable: <https://www.aacademica.org/000-027/439>

ARK: <https://n2t.net/ark:/13683/eORb/QAe>



Esta obra está bajo una licencia de Creative Commons.
Para ver una copia de esta licencia, visite
<https://creativecommons.org/licenses/by-nc-sa/2.5/ar>.

Acta Académica es un proyecto académico sin fines de lucro enmarcado en la iniciativa de acceso abierto. *Acta Académica* fue creado para facilitar a investigadores de todo el mundo el compartir su producción académica. Para crear un perfil gratuitamente o acceder a otros trabajos visite: <https://www.aacademica.org>.

Juan Ignacio Piña; Universidad de Buenos Aires, Facultad de Ciencias Sociales;
juani.pina@hotmail.com.

Derecho positivo y consuetudinario en Latinoamérica: la jurisdicción sobre la subalternidad en el Bicentenario de la Independencia.

Resumen.

El trabajo se aproximará a la problemática del pluralismo jurídico abordando la misma desde una perspectiva sociológica, con el fin de plantear una mirada transversal de las normativas vigentes en la República de Colombia, tomando a este como un caso emblemático en Latinoamérica, así como también de las bases filosóficas que dan un fundamento a esta práctica jurídica.

La construcción de una nueva forma del derecho positivo en la región, a partir de la integración de las jurisdicciones especiales indígenas a la Constitución Política de los diversos países y su coordinación con los sistemas judiciales nacionales, es un objeto digno de atención en tanto, de su correcta aplicación y permanente observación, depende la integración de diversos grupos subalternos a la estructura de la sociedad mayoritaria en el subcontinente.

El análisis de la experiencia Colombiana y la jurisprudencia vigente en este país, puede guiar y pautar la puesta en práctica de esta forma de pluralismo en el resto de la región, la cual es impulsada, en primer lugar, por los propios representantes del derecho positivo que intenta modificarse a partir de la misma.

Introducción

A lo largo del siguiente trabajo, se propone abordar la problemática del pluralismo jurídico a partir de la jurisprudencia emitida por la corte suprema de la República de Colombia y la normativa vigente en este país. Desde la perspectiva de la sociología jurídica, el análisis se extiende a la relación entre diferentes culturas que conviven en el territorio latinoamericano desde las épocas de la conquista española: la heredera de la cultura occidental y las múltiples culturas (y cosmovisiones) indígenas.

Teniendo en cuenta que las distintas formas de derecho se construyen sobre bases filosóficas y culturales particulares se intentará dar cuenta de los diversos límites que se presentan al pluralismo jurídico desde las sociedades mayoritarias latinoamericanas - identificadas con occidente en tanto herederas de su concepción positiva del derecho - siendo ellas las promotoras de esta nueva forma de administración de justicia y convivencia cultural en su territorio. En este sentido, se considera al pluralismo jurídico principalmente como fruto del desarrollo de la sociedad occidental, antes que el resultado de un conflicto entre ésta y los grupos indígenas (aunque éste no puede negarse, principalmente en campos como el territorial).

Esta consideración acarrea importantes consecuencias a la hora de pensar en la construcción de un *diálogo real y efectivo* entre los sistemas jurídicos ‘ordinarios’ y las jurisdicciones ‘especiales’ indígenas.

Las normativas referentes a la convivencia de sistemas jurídicos en Latinoamérica permiten entrever los fundamentos filosóficos y culturales que las sostienen, exponiendo a su vez los límites que, por este mismo origen, se presentan a la construcción del diálogo intercultural. Las sociedades mayoritarias, en tanto primeras impulsoras de estas políticas, reconocen límites claros al ‘derecho a la diferencia’ en la figura de ‘mínimos jurídicos’ expresados en los derechos humanos fundamentales internacionalmente reconocidos.

Esto plantea la obligación de reflexionar nuevamente alrededor del concepto de *subalternidad* propuesto por G. Spivak, al examinar la posibilidad de que esta condición no este definida únicamente por la inexistencia de un lugar de enunciación reconocido sino también por la inexistencia de las herramientas necesarias para poner en práctica dicha capacidad de enunciación; es esta segunda situación en la que consideramos que se encuentran los grupos indígenas de Latinoamérica frente al pluralismo jurídico propuesto por los estados nacionales.

La cultura Occidental y las ‘culturas-otras’

La colonización en América Latina presentó particularidades en relación a este mismo proceso tal y como se desarrolló en otros lugares del mundo. Estas particularidades (entre las cuales se destaca el exterminio étnico y cultural), han dejado su impronta en la relación entre las culturas originarias y la cultura de la *sociedad mayoritaria* (heredera, principalmente, de la tradición europea). El diálogo entre estas culturas ha cambiado con el paso del tiempo lo cual

influyó en la relación que los sistemas jurídicos establecían entre sí, junto con las leyes que regulaban esta coexistencia.

Se pueden distinguir de este modo, tres momentos históricos a través de los cuales se han establecido distintas relaciones entre ambas sociedades coexistentes en América Latina y, por lo tanto, entre sus sistemas jurídicos.

Período Colonial: El ‘otro-inferior’.

Durante el período de colonización de la región, los pueblos originarios aparecieron al conquistador como pueblos inferiores, pero perfectibles. La comprensión del otro como alguien distinto e inferior justificaba el *tutelaje*, es decir, la observación permanente con el fin de facilitar el proceso de conversión (y dominación). En el marco de esta concepción sobre el ‘otro’ surge la figura de los *resguardos*, una institución que resulta de particular interés para comprender la supervivencia del sistema jurídico indígena en un período en que el exterminio signaba las relaciones culturales.

El resguardo era expresión de la tensión entre los intereses de la Corona y sus representantes en América, lo cual derivó en numerosas confrontaciones entre indígenas y colonizadores (Sánchez, 2001; 15). La particularidad que tuvo el resguardo frente a la mita o la encomienda, es que las tierras eran administradas por los indígenas, y eran sus autoridades quienes mantenían el vínculo con la Corona Española colaborando en la organización del trabajo y el pago de tributos. Por tal motivo, estas autoridades mantenían la capacidad para administrar la justicia en sus territorios pero únicamente en casos menores, quedando en manos de los juzgados coloniales los casos de mayor importancia (como los penales) (Cao Leiva, 2005; 231).

De este modo, vemos que el otro era reconocido como tal durante el período colonial, pero no como un igual. Esto impuso límites a la autonomía de los indígenas americanos que eran asimilados por la cultura occidental o bien exterminados en los casos en que la ‘evangelización’ fracasaba.

Jóvenes Estados-Nación: El ‘otro-negado’.

Tras el fin del período colonial y junto con los nuevos Estados-Nación, surgen en la región movimientos inspirados en el romanticismo europeo, los cuales se entregaron a la tarea de dar homogeneidad a la identidad cultural de las jóvenes naciones latinoamericanas basados

en el ‘principio de las nacionalidades’ (Ceriani Cernadas, 2001; 5). Esta identidad, sin embargo, estaría referida a las raíces occidentales y europeas de las nuevas elites locales.

La idea de propiedad privada individual traída con las ideas de la Ilustración que alimentaron las revoluciones independentistas, llevó a la disolución de la propiedad colectiva sobre la que se asentaban los resguardos y la necesidad de imponer la homogeneidad cultural impulsó nuevamente la idea de *tutela* sobre los pueblos originarios, los cuales eran integrados a la sociedad mayoritaria a través de la educación positiva impulsada desde el Estado (Sánchez, 2001; 14). Estos dos procesos fueron los causantes principales de la desaparición de numerosos grupos indígenas, la disolución de su identidad y, de este modo, los protagonistas en la imposición del monismo jurídico en las naciones latinoamericanas al desaparecer, junto a sus culturas, los sistemas jurídicos indígenas. Las tribus que lograron sobrevivir a este proceso (debido principalmente a su ubicación geográfica, alejada de la sociedad occidental), fueron simplemente negados en pos de la nueva identidad nacional que operaba como fundamento a la dominación política de las nuevas elites.

Por lo tanto, durante este período se estableció el monopolio del Estado para la creación de leyes y la administración de justicia legítima. Esto se mantendría así hasta fines de la década de 1990, cuando numerosas Constituciones de la región serían modificadas y comenzarían a reconocer el carácter multiétnico y pluricultural de los Estados Latinoamericanos.

Posmodernidad occidental: El ‘otro-¿igual?’.

Para comprender los pasos dados por los sectores ‘mayoritarios’ o de herencia occidental de la sociedad latinoamericana hacia el pluralismo jurídico, debemos comprender los cambios experimentados en estas sociedades en las últimas décadas. Para ello, retomamos los planteos hechos por S. Lash (1997) en relación al posmodernismo como nuevo paradigma cultural de occidente. Según este autor, el cuestionamiento que este paradigma hace sobre la realidad (en oposición al modernismo que cuestiona su representación), genera lo que denomina como: “una posición abierta del sujeto y *eo ipso* la tolerancia hacia otras diversas posiciones del sujeto” (Lash, 1997; 60). Desde esta posición, el posmodernismo ‘de oposición’ construye identidades colectivas a partir del principio de la *diferencia*.

Esto ha abierto la posibilidad para que la sociedad occidental, cuestione el monismo jurídico sostenido por ella durante los últimos 200 años al reconocer el derecho a la identidad y la diferencia cultural de los pueblos indígenas. Esto se refleja en el hecho de que el primer

documento exhaustivo emitido en esta línea haya sido elaborado en forma espontánea por un organismo de las Naciones Unidas (la OIT), en el que los representantes de los pueblos indígenas participaron en el proceso de revisión del mismo en carácter de consultor externo para las medidas adoptadas por las partes integrantes de la Organización (gobiernos nacionales y organizaciones de empleadores y trabajadores)¹.

El convenio 169 de la OIT se enmarca, en primer lugar, en el esfuerzo de dicho organismo por la mejora de las condiciones laborales de la población general, e identifica el origen indígena de los trabajadores como causa de su precarización laboral. Tal convenio no podría haber sido elaborado fuera del marco ya enunciado del ‘posmodernismo de oposición’.

Los límites del pluralismo jurídico: La filosofía del derecho occidental.

Los mínimos jurídicos.

Ahora bien, el hecho de que la sociedad occidental se encuentre hoy en condiciones de reconocer al otro cultural como un igual, no implica que esta igualdad sea efectiva. La cultura mayoritaria ha podido reconocer a las sociedades indígenas como capaces de administrar su justicia en forma eficiente y conveniente de acuerdo a sus prácticas culturales, pero se han impuesto ciertos límites a esta capacidad *otorgada*. El límite reconocido se encuentra en la figura de los ‘mínimos jurídicos’ los cuales se identifican con los derechos humanos fundamentales internacionalmente reconocidos. Como señala B. De Sousa Santos (2003), el discurso emancipatorio contemporáneo se construye alrededor de estos derechos los cuales pueden variar entre sociedades y sectores sociales. De modo que encontramos aquí uno de los primeros límites al pluralismo jurídico.

Los sectores de la sociedad occidental que defienden el derecho a la diferencia y, por tanto, a la autonomía de los grupos indígenas, son los mismos que defienden otros derechos que pueden, en muchos casos, entrar en contradicción con el primero. Este es, por ejemplo, el caso del derecho a la vida en los casos de infanticidio estudiados por R. Segato (2007). Lo que entra en contradicción en este caso es el derecho individual a la vida frente al derecho colectivo a la diferencia, en donde el primero es considerado de un orden superior.

En este punto cabe preguntarse, ¿Qué concepción del Derecho subyace a esta jerarquización de los derechos?

¹ Así se enuncia en la versión en Español del Convenio, publicada por la OIT.
http://www.oit.org.pe/WDMS/bib/publ/libros/convenio_169_07.pdf.

Teoría de la Pirámide.

De acuerdo a la teoría enunciada por el jurista austriaco H. Kelsen (1979), el derecho occidental se encuentra organizado en una estructura piramidal, en cuya punta se encuentra la Constitución Política de una Nación. Esta representa la *Grundnorm* (norma fundante básica), que da validez a todas aquellas que se encuentran por debajo de esta. Cabe señalar, no obstante, que las normas enunciadas en las Constituciones tienen su origen en valores y principios reconocidos como básicos por una cultura en particular.

El pluralismo jurídico planteado en constituciones tales como la colombiana (caso que tomaremos como ejemplo por los avances que ha logrado en este campo y el gran número de fallos ejecutados por la corte suprema) encuentra en esta estructura piramidal otro límite a su profundización y aplicación efectiva, convirtiéndose entonces, en un límite también a la efectiva igualdad entre distintas culturas que conviven en un mismo territorio.

La coexistencia de sistemas jurídicos en los estados latinoamericanos no ha logrado desarmar la estructura piramidal y verticalista en la que se basa el derecho occidental, sino simplemente agregar a la misma un nuevo peldaño. Las Constituciones que reconocen la pluralidad de sistemas jurídicos pasan a un segundo lugar, y reconocen por sobre ellas, derechos básicos de los sujetos individuales. En la nueva pirámide en la que se estructura el Derecho occidental, el derecho colectivo a la diversidad cultural rige como una norma constitucional y por lo tanto queda por debajo de los derechos individuales básicos.

El hecho de que estos ‘derechos fundamentales’ sean aquellos reconocidos por occidente como tales, lejos de generar igualdad entre culturas y sistemas jurídicos, lleva nuevamente a la cultura occidental a una posición de supuesta superioridad frente a la cultura indígena. Este hecho se refleja dentro de la ley colombiana en la reaparición de la figura del *tutela*.

Aquellos que han sido juzgados por un tribunal indígena, pueden apelar al tutelaje del sistema jurídico nacional, el cual puede revocar o ratificar el fallo. En este sentido, la tutela no solo representa la superioridad jerárquica del derecho y las normas occidentales por sobre las indígenas, sino también la superioridad de sus magistrados, en tanto los jueces nacionales son aquellos considerados con la capacidad de analizar los fallos de sus contrapartes indígenas, y no viceversa. A través de esta práctica queda expresada la continuidad de las relaciones de poder entre las culturas que conviven en América Latina.

Todo lo enunciado, a su vez, habilita a la falta de diálogo entre las culturas y, por lo tanto, a la imposibilidad de comprensión mutua. La superioridad de los valores occidentales

establecida *a priori*, permite que por medio del mecanismo de tutelaje, los fallos de los líderes indígenas sean revocados por el sistema jurídico nacional haciendo omisión de la cosmovisión que fundamenta tales fallos.

El ‘otro-incomprendido’.

Que la pluralidad jurídica sea impulsada y reivindicada por la sociedad occidental y, en consecuencia, construida desde su concepción del derecho, hace de tal pluralidad algo externo a la cultura y el derecho indígena. Retomamos las reflexiones de E. Said quien, al referirse al orientalismo, afirma que: “el producto principal de esta exterioridad es, por supuesto, la representación” (Said, 2004; 45). El derecho indígena con los límites impuestos al mismo por el derecho positivo deja de ser algo lejano y distinto a éste, para volver y representarse ante él en figuras y conceptos familiares.

En este sentido, el pluralismo jurídico propuesto, por ejemplo, en la Constitución Política Colombiana, no reivindica al derecho indígena ‘en sí’ (es decir, como resultado de una cosmovisión y una cultura particular, distinta de la occidental) sino a la representación que la sociedad mayoritaria construye de aquél a partir de los límites que le impone. Así como el Orientalismo es una forma de relación y dominación entre Oriente y Occidente, el pluralismo jurídico en tanto crea una *representación* del derecho indígena de acuerdo a la concepción positiva de lo legal, forma parte de la relación de dominación de los estados nacionales sobre los grupos indígenas.

Para dar un ejemplo de cómo la cosmovisión cultural indígena puede ser ignorada en el proceso de tutelaje realizado por parte de la justicia regular, tomaremos el caso del fallo de la corte colombiana T-254/94:

Ananías Narvárez un indígena colombiano fue expulsado, junto a su familia, de la comunidad en la que habitaba debido a la supuesta comisión del delito de hurto. Al ser condenado de esta forma, Ananías era privado de ciertas mejoras que el había realizado sobre su parcela (otorgada por la comunidad). Por este motivo, el indígena apela al tutelaje de la justicia ordinaria con dos propósitos: que se declare la inconstitucionalidad de la pena de destierro y de la confiscación de sus bienes. Tras largas deliberaciones y pasos por numerosas cortes, la Corte Constitucional declara que: la pena de destierro impuesta no vulnera la constitución o los tratados internacionales, al ser expulsión de la comunidad y no del país; declara que efectivamente, tal pena implica la confiscación de los bienes del indígena y; en tercer lugar, se establece que no se respetó la Convención Americana de Derechos Humanos,

en la cual se declara que las penas no pueden trascender la persona del delincuente, por lo que la familia del acusado no puede ser expulsada de la comunidad.

En este caso, la cosmovisión cultural y jurídica indígena fue vulnerada e ignorada en múltiples aspectos. Por un lado, se considera que el castigo de destierro no viola ninguna ‘norma superior’ al no ser destierro del Estado Nación. De este modo, se menoscaba el significado que esta sanción produce sobre los sujetos que la sufren ya que la expulsión de la comunidad es aquello realmente relevante al indígena (más que la expulsión del territorio estatal).

Por otra parte, debe tenerse en cuenta que para ciertas tribus el castigo por una trasgresión *debe* extenderse al grupo familiar del acusado. Las concepciones de familia varían entre culturas y en este caso debió ser tenido en cuenta que para esta tribu, ser miembros de un mismo grupo familiar implica conocer lo que el otro hace y, por tanto, los hace a todos responsables por la falta de uno. El castigo impuesto al acusado es *edificante* para todo el grupo familiar (Solano López, 2002; 161). Esto último, también es ignorado por el derecho ordinario. Para la mayoría de las tribus indígenas, las penas no implican un castigo sino que son consideradas vías para restituir un equilibrio cosmológico. Si los miembros del grupo familiar son responsables por las acciones de los otros, entonces la única forma de restituir este equilibrio, es penar a todo el grupo familiar. De no hacerlo este equilibrio puede permanecer vulnerado, lo que en muchos casos se cree que puede generar desgracias mayores (Sánchez Botero, 2001; 185).

Respecto de la confiscación de los bienes, único punto en que ambos sistemas culturales coinciden, no deja de ser llamativa la expresión utilizada en el fallo. Dice el mismo:

“Si bien la propiedad de la cual puede ser titular una comunidad indígena tiene carácter colectivo, no escapa a esta Corte que en la medida en que sus usos y costumbres permitan el reconocimiento de mejoras efectuadas por sus miembros, la sanción consistente en la expulsión de uno de sus integrantes que, al mismo tiempo, signifique la pérdida absoluta de aquellas, equivale a la pena de confiscación constitucionalmente proscripta”².

Como señalábamos antes en relación a las reflexiones de E. Said, a partir de este fallo empezamos a comprender la imposibilidad de traducir las figuras jurídicas de un sistema de derecho a otro. Estos no solo encierran conceptos, sino también cosmovisiones y formas de comprender las relaciones sociales. La imposibilidad de comprender la cultura-otra en forma

² El fallo se encuentra publicado en <http://www.oit.or.cr/mdtsanjo/indig/t254-94.htm>.

compleja, lleva a la construcción por parte de occidente, de una representación familiar de la misma.

Llegados a este punto, cabe preguntarse: si es la falta de comprensión de la otredad cultural la que lleva al derecho occidental a mantener su estructura piramidal y posicionarse, al imponerle límites a su ejercicio, por encima del derecho indígena, ¿cuáles son las consecuencias que esta incompreensión puede tener y como debe actuar occidente en pos de construir un verdadero diálogo intercultural?

La criminalización de las prácticas culturales.

Así como las diferentes concepciones culturales pueden expresarse en diferencias en los fallos dictados por uno u otro sistema jurídico, la falta de comprensión de las otredades culturales, ha llevado en ciertos casos a la criminalización de las prácticas indígenas. La antropóloga brasileña R. Segato, ha defendido en 2007 frente a la cámara de diputados de su país, las prácticas de infanticidio llevadas adelante por diversas tribus del Amazonas, las cuales se pretendía penar a través de una ley propuesta por el Frente Parlamentario Evangélico.

Esta ley, plantea la autora, criminaliza las prácticas culturales de los aborígenes brasileños, a través de la figura del ‘enemigo’ tal y como es entendida por el jurista argentino E. Zaffaroni (2006). En relación a este caso, se observa como los ‘mínimos jurídicos’ actúan como el criterio capaz de demarcar que es externo y por tanto, enemigo del derecho positivo. Para comprender esto también resulta útil el concepto de ‘estatismo’ planteado por R. Guha (2002). Según el autor, una ideología estatista es aquella que autoriza a los valores dominantes del Estado (los valores de la sociedad que fundó ese Estado en primer lugar) a determinar el criterio de lo que es o no es legal.

La falta de un diálogo intercultural sostenida por esta ideología es llevada a la práctica en la Constitución Colombiana al determinarse en el artículo 246 que “la ley (elaborada por los órganos correspondientes del Estado occidental) establecerá las formas de coordinación de esta jurisdicción (indígena) con el sistema judicial nacional”. Esto implica que es el mismo sistema jurídico que ratifica o revoca en última instancia los fallos, el que puede solicitar un diálogo con su contraparte. De esta forma, el Estado se reserva el monopolio para determinar que prácticas culturales pueden ser toleradas y cuales deben ser criminalizadas y, por tanto, castigadas.

Pluralismo jurídico y subalternidad: Posibilidades del diálogo intercultural.

A través del pluralismo jurídico, sectores de la sociedad occidental (tales como los nuevos movimientos sociales de izquierda o las organizaciones y movimientos internacionales) han intentado dar una voz a los pueblos indígenas frente al estatismo que se sostiene desde la creación de los Estados-Nación en Latinoamérica. Sin embargo, como señala G. Spivak (1985), la representación (como *vertreten*) no es posible; a través de ésta, en forma intencionada o no, se mantiene a los representados en la subalternidad. La única forma de salir de aquella situación es tener una voz *propia*, es decir, que el derecho indígena pueda defenderse por sí mismo ante los magistrados occidentales.

La ideología estatista, sumerge a las voces indígenas y sus posibilidades reales de representación. No establece un diálogo ya que si estas voces fueran escuchadas, los límites no serían impuestos únicamente a la jurisdicción indígena. Si las culturas subalternas fueran escuchadas y comprendidas, si se silenciara la voz del estatismo, y se entrara en un diálogo *real*, el derecho positivo también tendría que ser reescrito. Este es el principio de la hermenéutica diatópica, propuesta por B. De Sousa Santos (2003).

La pregunta que queda entonces por responder es, ¿cómo puede construirse un verdadero diálogo intercultural?

El motor de la historia.

Para establecer un diálogo intercultural debe entenderse en primer lugar, que las leyes y las tradiciones no cambian únicamente a través del contacto con otras culturas. Retomando los desarrollos de R. Segato, quien apropiadamente describe al sistema de derecho de un pueblo como parte de su cultura, describe a esta última no como un conjunto de costumbres cristalizadas y a-históricas, sino como una cultura formada dinámicamente: “Cada pueblo contiene esa verdadera usina de la historia que es el disenso en su interior, de forma que *costumbres son cambiadas en el curso constante de la deliberación* que no es otra cosa que el diálogo fluente y constante entre sus miembros” (Segato, 2007; 14).

En tanto exista debate al interior de una sociedad, la cultura y por lo tanto, el sistema jurídico, es plausible de modificarse. Cuando el conjunto de la sociedad se ve en condiciones de debatir respecto de las leyes (al ser ella la base de su legitimidad), su capacidad de cambio

en el tiempo es, sin duda, mayor que en la ley occidental, ya que una mayor cantidad de voces y ópticas son puestas en juego.

Este es el caso del derecho indígena, que en oposición al derecho ‘ordinario’, es un derecho del tipo consuetudinario, compuesto de normas basadas en los “usos y costumbres”, que no están formalizadas ni escritas en una ‘legislación oficial’. Esta característica, da al derecho indígena la particularidad de ser altamente *flexible*.

En primer lugar, no es un derecho *equitativo*, no todos los hombres son iguales ante estas normas. En este sentido, podríamos decir que es un derecho ‘contextualista’ que estudia a las personas y actos implicados, en oposición a un derecho ‘textualista’ como el positivo, el cual debe atenerse a la ley tal y como ésta es dictada. También es contextualista en el sentido que este derecho: “hace parte de una vivencia que se entreteje en un todo. Para estas sociedades la norma social no está separada de la norma jurídica” (Sánchez, 2001; 73).

Esto influye también en la flexibilidad en el tiempo que caracteriza al derecho consuetudinario, en lo cual influyen tres factores. En primer lugar el hecho de no ser un derecho escrito propicia su capacidad de cambio; en segundo lugar, al no existir una división de poderes entre quienes dictan y quienes aplican la ley, el proceso de creación y modificación de la misma se hace más dinámico. En tercer lugar, en esto también influye el hecho de que la autoridad final en estos sistemas, como ya señalamos, es la comunidad entera en la cual se aplica (Albó, 2000; 5).

Esta flexibilidad en la declaración de fallos de los sistemas jurídicos consuetudinarios puede también tener sus efectos en la capacidad de diálogo entre el derecho ordinario y el indígena. Para esto tomaremos el caso del fallo T-349/96:

Ovidio González Warsona es acusado por el homicidio de otro miembro de su tribu, delito por el que es encarcelado en el calabozo de la comunidad. Éste escapa con el fin de apelar a la justicia ordinaria para que revoque tal sentencia. La justicia ordinaria, en esta oportunidad, entra en diálogo con las autoridades indígenas y en forma conjunta deciden condenar a Ovidio a ocho años de prisión. Luego de este dictamen, la comunidad indígena reunida nuevamente ante sus autoridades con las familias de los involucrados, decidió extender esta condena a veinte años con el objetivo de evitar posibles conflictos entre los miembros de los grupos familiares.

Según las tradiciones de la tribu, la presencia de la familia del acusado hacía que el proceso fuera ‘debido’ ya que constituía un sucedáneo del derecho de defensa. Sin embargo, la justicia ordinaria determinó que el castigo de 20 años no era acorde a los usos y costumbres de la tribu (el delito de homicidio se penaba normalmente con 3 años de trabajo forzado y

cepo). Cabe hacer dos observaciones en relación a esta decisión de la justicia nacional: por un lado, no se tuvo en cuenta la característica contextualista del derecho indígena. A pesar de que el castigo habitual para el delito de homicidio era menor, el caso requería una medida de fuerza mayor debido a la posibilidad de conflicto entre las familias litigantes, circunstancia excepcional que el derecho indígena, por sus características, puede considerar a la hora de dictaminar una sentencia.

En segundo lugar, aunque la pena usual es menor a veinte años, también lo es a ocho, que fue la pena consensuada entre las autoridades indígenas y las nacionales en una primera instancia. Este argumento, no había sido esgrimido por la justicia ordinaria cuando la imposición de la pena se encontraba parcialmente en sus manos.

Intercambio y conflicto: Formas de interacción cultural.

Como ya enunciamos anteriormente, el cambio en las sociedades no se genera únicamente en el disenso interno (el cual debe desarrollarse libremente en cada cultura), sino también en el diálogo constante con otros pueblos y creencias. No obstante, existen dos formas en que las culturas pueden relacionarse: puede existir un diálogo activo de ambas partes o puede existir lo que llamaremos una ‘irrupción autoritaria’ siguiendo los planteos de R. Segato. Esta última altera el normal desarrollo de las sociedades.

Para abordar la diferencia entre estas formas de ‘interacción’ interculturales, consideramos valioso el concepto de agencia propuesto por S. Mahmood, quien interpreta tal capacidad no sólo como una forma de resistencia a las normas dominantes sino también de incorporación de las mismas. Según la autora, tal capacidad debe “desprenderse de un análisis de los conceptos específicos que propician modos de ser concretos (...) (la) autonomía política no podrá ser definida sin analizar críticamente la forma específica tomada por (las) acciones (de los sujetos)” (Mahmood, 2006; 166-169).

Esto quiere decir, que no todas las normativas que los indígenas toman del derecho positivo pueden ser vistas como actos de ‘sumisión a’ o de ‘opresión de’ la cultura occidental. Estos pueden ser también interpretados como actos de agencia de los indígenas quienes incorporan estas normas y preceptos de manera *activa* y de acuerdo a su cultura y cosmovisión. Cuando existe tal acto de agencia y los aprendizajes son cruzados podemos hablar entonces de un diálogo cultural.

Sin embargo, también existen sujetos que adoptan la totalidad de la normativa de las otras culturas dejando a un lado el diálogo, hecho que conlleva el debilitamiento identitario y

las posibilidades de supervivencia del grupo como tal. Esta es precisamente la ‘irrupción autoritaria’ planteada por R. Segato, que genera un desequilibrio al interior de las comunidades que la sufren. En nuestro caso, esta irrupción se determina por la debilidad de las sociedades indígenas frente al poderío no solo jurídico, sino también cultural de la sociedad mayoritaria, hecho que deriva en la cooptación de los integrantes de las primeras.

Así ocurre en el caso de los indios Páez que adoptan la religión y la cultura evangelista. En estos sujetos en vez de prácticas de agenciamiento, puede observarse la alienación intelectual descrita por F. Fanon (1970) en los negros que asimilaban durante el período de esclavitud las categorías de los blancos, estos: “se pone(n) como ser(es) alienado(s) en tanto concibe(n) la cultura europea como medio de desprenderse de su raza” (Fanon, 1970; 19-20). Tal cooptación por parte del evangelismo ha puesto en riesgo la supervivencia de la tribu, en tanto esta depende de una frágil economía solidaria entre los miembros del grupo, regulada por medio de mandatos de índole religiosa (Sánchez Botero, 2001; 172).

La conversión cultural de los indígenas, limita y pone en juego la posibilidad de que estos mantengan su cultura y, por lo tanto, sus tradiciones jurídicas a lo largo del tiempo. Por este motivo, las políticas de diálogo entre sistemas jurídicos deben extenderse a todos los aspectos de la interacción entre diferentes culturas. En tanto occidente siga imponiendo una supuesta superioridad moral en relación a las creencias y tradiciones indígenas, no solo los sistemas jurídicos de estos sino toda su cultura se encontrará en peligro.

El diálogo intercultural como realidad

B. De Sousa Santos (2003), plantea que la política de derechos humanos que se impone a nivel global actualmente es, a pesar de su expansión, una política cultural, esto es, que no es de hecho universal, como esta se plantea sino que tiene una clara raíz en una determinada cultura. Es en esta misma política de derechos humanos en la que se basa el derecho ordinario para imponer límites a la jurisdicción especial indígena. No obstante, como ya señalamos, compartimos la idea del autor según la cual estos derechos derivan de la cosmovisión en la que se fundamenta la cultura occidental.

Tanto este autor como M. Cao Leiva (2005), plantean que en tanto se sostengan estos ‘mínimos jurídicos’ como universales y el pluralismo jurídico posea un carácter paternalista y tutelar, no logrará romperse la judicatura monista construida desde la independencia. Ambos

teóricos plantean como respuesta a la política actual de los derechos humanos, un diálogo multicultural que logre reconstruir a estos últimos desde una perspectiva *cosmopolita*.

Sin embargo, consideramos a esta propuesta como una solución parcial del problema ya que ignora las relaciones de poder propias, no solo de cualquier conflicto, sino también de cualquier diálogo. Como se observa a través del análisis del fallo T-349, mientras los magistrados del sistema jurídico nacional mantengan la potestad de aprobar o rechazar los veredictos de las autoridades indígenas, independientemente de que traben relaciones y entablen un 'diálogo' con estas, se mantendrán en una posición que los habilita para imponer creencias culturales particulares como verdades universales.

Esto, como vimos, mantiene vigente la estructura piramidal del derecho occidental clásico, impidiendo introducir grandes cambios en éste y limitando la posibilidad de desarrollo de un pluralismo jurídico real. Por este motivo consideramos el mero diálogo multicultural como una herramienta insuficiente para atenuar las diferencias de poder construidas históricamente por los Estados-Nación occidentales en relación a las minorías que fueron sometidas durante los procesos de su construcción. Esto se ve a su vez reforzado si es la misma sociedad heredera de la cultura occidental aquella que abre este diálogo.

Frente a esta postura, consideramos que las culturas indígenas únicamente podrán trabar relaciones en forma equitativa con occidente, si este último reconoce los valores culturales indígenas como iguales en su *diferencia radical*. Para ello, creemos que es necesaria la disolución de la acción de tutelaje como tal, con la consecuente equiparación de los magistrados indígenas a los magistrados del sistema de justicia nacional, en tanto las leyes ejercidas por ambos se encuentran fundamentadas en visiones culturales distintas pero igual de válidas y por tanto, sus veredictos no pueden ser revocados por uno u otro, fundamentándose en un paradigma cultural distinto.

Tampoco consideramos que la preparación de los magistrados nacionales sea suficiente para que estos puedan entablar un diálogo equitativo con las autoridades indígenas, ni que estas últimas puedan ser representadas por los magistrados o por especialistas occidentales en la materia (tales como antropólogos o etnolingüistas) ya que, a pesar de su conocimiento sobre las culturas aborígenes, el abordaje que estos podrían llevar adelante sería siempre un abordaje desde la perspectiva occidental. En este plano, consideramos que sus conocimientos pueden dar apoyo en los diálogos desarrollados entre ambos sistemas jurídicos, pero nunca aspirar a la representación de la cultura indígena.

Como planteamos anteriormente, consideramos que la representación sólo mantiene en pie una situación de subalternidad, y en esta línea sostenemos que son únicamente los

indígenas - quienes viven, piensan y juzgan dentro de su cultura - aquellos habilitados para defenderla y representarla ante los poderes judiciales nacionales, en tanto y en cuanto ellos cuenten con una posición jerárquica semejante a la de sus contrapartes occidentales dentro del sistema jurídico nacional.

Bibliografía

- Albó, Xavier (2000): “Derecho consuetudinario: posibilidades y límites” en el *XII Congreso Internacional de Derecho consuetudinario y Pluralismo legal: Desafíos en el tercer milenio*, Universidad de Chile y Universidad de Tarapacá.
- Cao Leiva, María V. (2005): “El ‘derecho otro’ y sus posibilidades actuales de rescate” en *Revista de Antropología*, UNMSM, Escuela de Perú, año 3, N°3.
- Ceriani Cernadas, Pablo (2001): “La relación entre la justicia indígena y estatal: Una aproximación desde la colonia hasta la actualidad” en *Revista de Ciencias Jurídicas “¿Más Derecho?”* Nro. 2, Ed. Di Plácido, Buenos Aires.
- De Sousa Santos, Boaventura (2003): “Hacia una concepción multicultural de los Derechos Humanos” en *Reconocer para liberar. Los caminos del cosmopolitismo multicultural*, Rio de Janeiro, Ed. Civilização Brasileira.
- Fanon, Frantz (1970): “Prefacio” e “Introducción” en *¡Escucha, blanco!*, Barcelona, Ed. Nova Terra.
- Guha, Ranajit (2002): “Las voces de la historia” en *Las voces de la historia y otros estudios subalternos*, Barcelona, Ed. Crítica.
- Kelsen, Hans (1979): “Capítulo 5: Dinámica jurídica” en *Teoría pura del derecho*, México, Universidad Nacional autónoma de México.
- Lash, Scott (1997): “Introducción”, “Capítulo 1: Posmodernismo: hacia una exposición sociológica” y “Capítulo 7: ¿Discurso o figura? El posmodernismo como ‘régimen de significación’” en *Sociología del postmodernismo*, Buenos Aires, Amorrortu.
- Mahmood, Saba (2006): “Teoría feminista, agencia y sujeto libertario: algunas reflexiones sobre el revivalismo islámico en Egipto” en *Revista Etnográfica*, Vol. X.
- Said, Edward (2004): “Introducción” en *Orientalismo*, Barcelona, Ed. Sudamericana.
- Sánchez, Beatriz E. (2001): “El reto del multiculturalismo jurídico. La justicia de la sociedad mayor y la justicia indígena” en *El Caleidoscopio de las Justicias en Colombia*, comp. Boaventura de Sousa Santos, Bogotá, Ed. Siglo del Hombre.
- Sánchez Botero, Esther (2001): “Aproximación desde la antropología jurídica a la justicia de los pueblos indígenas” en *El Caleidoscopio de las Justicias en Colombia*, comp. Boaventura de Sousa Santos, Bogotá, Ed. Siglo del Hombre.

- Segato, Rita (2007): *Que cada pueblo teja los hilos de su historia: El pluralismo jurídico en diálogo didáctico con legisladores*, Audiencia del 5 de Septiembre de 2007 para la comisión de DDHH de la cámara de diputados brasilera.
- Solano González, Edgar (2002): “La jurisdicción especial indígena ante la corte Constitucional Colombiana” en *La construcción del Estado Nacional*, comp. José E. Ordóñez, México, Universidad Nacional autónoma de México.
- Spivak, Gayatri (1985): “Nuevas ropas del esclavo” en *Revista Ñ*, Buenos Aires, 8 de Abril.
- Zaffaroni, Eugenio Raúl (2006): *El enemigo en el derecho penal*, Dykinson, Buenos Aires.