

71

Derechos indígenas en América Latina hacia el siglo XXI

Nueva Antropología

• Mayari Castillo Gallardo, Pueblos indígenas y derecho consuetudinario. Un debate sobre las teorías del multiculturalismo • Esther Sánchez Botero, La realización del pluralismo jurídico de tipo igualitario en Colombia • Akuavi Adonon Viveros, Estado, derecho y multiculturalismo. Un enfoque de antropología jurídica en México • Solveig Hueber, Dinámicas post-constitucionales: cambios en la administración de justicia indígena en Ecuador después de la reforma constitucional de 1998 • Emmanuelle Piccoli, Las Rondas campesinas y su reconocimiento estatal, dificultades y contradicciones de un encuentro: un enfoque antropológico sobre el caso de Cajamarca, Perú • Barbara Truffin, El papel de los derechos indígenas en la Amazonia ecuatoriana • Ellen Desmet, El impacto de procesos transnacionales en la organización de los airo paj (secoya) de la Amazonia peruana

VOL. XXII, NÚM. 71, JULIO-DICIEMBRE DE 2009 ISSN 0185-0636

PUEBLOS INDÍGENAS Y DERECHO CONSUETUDINARIO. UN DEBATE SOBRE LAS TEORÍAS DEL MULTICULTURALISMO

Mayarí Castillo Gallardo*

Resumen: El siguiente artículo busca discutir las diversas posiciones en torno al derecho consuetudinario y el tratamiento jurídico de los pueblos indígenas, en relación con los distintos enfoques teóricos que han dado respuesta a esta problemática. La hipótesis guía es que existe un nodo problemático que todavía no encuentra resolución al interior de los discursos multiculturales hegemónicos. Tal es la incorporación de la diversidad cultural como la incorporación de otro "real" que encarna un modo de vida sustentado en concepciones éticas y morales radicalmente distintas a las que han sido la base de la construcción de los Estados occidentales. Este punto no puede ser subsanado tampoco por un relativismo jurídico radical como el planteado por las corrientes teóricas más radicales de la antropología jurídica. El trabajo busca encontrar un punto medio entre ambos polos de reflexión teórica, de manera que pueda aportar a un debate sobre el tema.

Palabras clave: multiculturalismo, pueblos indígenas, derecho consuetudinario.

Abstract: This work aims to discuss the various approaches to common law and the legal treatment of indigenous peoples from the different theoretical perspectives that have given answers to these questions. The guiding hypothesis is that there is a problematic node which hasn't been resolved yet by hegemonic multicultural discourses. This node is the inclusion of cultural diversity as the inclusion of a "real other" who embodies a way of life based on radically different ethic and moral conceptions relative to those which provided the foundations for the construction of western States. This point can't be resolved neither by some radical legal relativism as stated by the most radical theories of legal anthropology. This work tries to find a common ground between both poles in the theoretical debate, aiming to further the discussion on the subject.

Key words: multiculturalism, indigenous peoples, common law.

INTRODUCCIÓN

La creciente visibilidad del problema étnico e indígena, catapultado por importantes movimientos y organizaciones articuladas en torno al tema, ha planteado innumerables desafíos para los estados occidentales. Ubicados en el corazón mismo de fenómenos tan discutidos como la inmigración, la discriminación y la generación de políticas afirmativas para las minorías étnicas y pueblos indígenas, estos desafíos se han mantenido por largo tiempo en la discusión pública, no encontrando siempre una adecuada solución. También han marcado de manera importante el desarrollo teórico

* Maestra en Ciencias Sociales, Facultad Latinoamericana de Ciencias Sociales (FLACSO) Sede México [mayari.castillo@gmail.com].

01.NuevaAntropologi´a71_(1-91).i13 13 9/24/09 4:22:08 PM

de las ciencias sociales, a través del uso y desarrollo del concepto de *multiculturalismo* y sus posteriores críticas.

Sin embargo, es notorio que los debates en torno a la convivencia de diversas culturas en un determinado Estado distan mucho de resolverse: la ya conocida discusión sobre el *velo* islámico es una muestra paradigmática de ello y junto con ésta, es posible encontrar una infinidad de ejemplos en América Latina sobre el tema. Dentro de estas discusiones, una de radical importancia para la construcción de los estados latinoamericanos que poseen una gran diversidad cultural es el *tratamiento jurídico de los pueblos indígenas,* tema que trataremos en el presente artículo.

La importancia de este debate radica en los siguientes puntos. En primer lugar, alude a la necesidad de resolver los conflictos derivados de la aplicación del derecho penal en contextos culturalmente diversos, tema ampliamente documentado por los estudiosos del derecho. Estos conflictos hacen referencia a la dificultad de aplicar ciertas leyes a pueblos que si bien disponen de conceptos como delito, castigo y responsabilidad individual, no coinciden con los utilizados en las democracias occidentales.

En segundo lugar, los conflictos anteriormente mencionados no sólo implican un problema operativo y administrativo en los sistemas judiciales para el tratamiento de dichos casos, también ponen en cuestión el núcleo a partir del que se han elaborado las leyes en determinado momento histórico: los conceptos de lo correcto, lo incorrecto, lo justo y lo injusto. Es evidente que, en un Estado que alberga una gran diversidad cultural, dichos conceptos no tendrán un solo sentido y un solo significado; en ese marco, ¿pueden los estados que plantean un respeto a la diversidad cultural imponer sus conceptos de lo bueno, lo malo, de lo justo y lo injusto, sin violar los derechos de los pueblos indígenas?

En tercer lugar, la discusión respecto al tratamiento jurídico de los pueblos indígenas nos permite entrar de lleno a los fundamentos y límites de las distintas corrientes académicas del multiculturalismo, principal objetivo de este artículo. Las distintas respuestas de las ciencias sociales frente a este fenómeno pueden ser medidas y pesadas a partir de su posición frente a este polémico tema. Dado que el análisis de todas las dimensiones relativas al derecho y su relación con el multiculturalismo puede ser un trabajo que sobrepasa la extensión de un artículo, *me centraré en esta ocasión en la relación entre distintas corrientes de pensamiento multicultural liberal y su posición frente al derecho consuetudinario.*

La hipótesis guía de este trabajo es que existe un nodo problemático que no encuentra resolución al interior de los desarrollos teóricos multiculturales de corte liberal. Tal es la incorporación de la diversidad cultural como la incorporación de otro *real* –en el sentido usando por Zizek–, y que con su sola existencia encarna un modo de vida sustentado en concepciones éticas y morales radicalmente distintas a las que han formado la base para construir los estados occidentales. Este punto, subrayado por pensadores contrarios al desarrollo liberal del multiculturalismo, tampoco puede ser subsanado por un relativis-

mo radical como el planteado en el "todo vale" de las corrientes más radicales de la antropología jurídica.

Es innegable que las preocupaciones sobre el tema propias de la antropología ganaron importante espacio en el debate de las ciencias sociales y de la filosofía política a partir de las reflexiones del multiculturalismo. Este pensamiento actuó como caja de resonancia –no siempre fiel– de importantes trabajos realizados desde la antropología jurídica, traspasando las fronteras disciplinarias y generando un *relativo* espacio de receptividad a las demandas impulsadas por los movimientos políticos y sociales en los estados latinoamericanos. Sin embargo, el efecto del rápido posicionamiento global de este enfoque ha llevado a un creciente cuestionamiento de la lógica universalista de concebir la ley y la justicia, considerada por todos los frentes como etnocentrismo. Si bien esta acusación da cuenta de hechos innegables frente a los cuales las ciencias sociales no pueden permanecer al margen, es preciso considerar con cuidado los efectos de mediano y largo plazo derivados de esta manera de concebir el tema jurídico. Examinar esta problemática con una perspectiva crítica implica, a mi parecer, evitar la tentación de reflexionar desde el *cliché* y, de ser necesario, aventurarse a emitir juicios a contracorriente.

En ese sentido, si bien es sabido que las posiciones de los desarrollos liberales del multiculturalismo parecen haber tenido magros efectos positivos sobre las comunidades indígenas, hay que ser cuidadosos en sentar las bases de los próximos avances en la materia en las corrientes académicas más radicales del relativismo cultural y jurídico. Como bien señala Garzón Valdés, muchas veces este relativismo académico radical lleva en su seno el etnocentrismo, construyendo y reproduciendo *ghettos* culturales que agudizan la marginación de los grupos culturalmente distintos (Garzón Valdés, 1998:157). Siguiendo a este autor, es preciso señalar que si bien estas corrientes han interpretado las reivindicaciones culturales de los movimientos indígenas como un objetivo de afirmación cultural en sí mismo, en muchas ocasiones éstas se constituyen más bien como herramientas políticas discursivas frente a un contexto de amenaza y exclusión de otro orden, que no puede ni debe ser problematizado a partir de la oposición universalismo/ pluralismo cultural sin caer en conclusiones falaces.

En ese marco, es preciso generar una reflexión sobre el tema que rescate los requerimientos de *universalismo y homogeneidad social* de un Estado, entendiendo éstos como una distribución homogénea de recursos y derechos que permitan a los sujetos culturalmente distintos superar condiciones de desigualdad y exclusión que, por cierto, no son privativas sólo de estos grupos (Garzón Valdés, 2004:31-56). Este enfoque resulta auspicioso en tanto permite entender la diversidad cultural de manera no restringida a lo étnico, y enfrentar la problemática de la diversidad en términos más generales.

Está claro que el problema de la exclusión en la construcción de la ley y en la utilización perjudicial de los principios abstractos del derecho no es patrimonio

exclusivo de los pueblos indígenas. De manera cotidiana, los pobres urbanos de América Latina son golpeados por este tipo de hechos, privados de todo y segregados dentro de sus mismas ciudades. Sin embargo, son pocos quienes saldrían a la defensa de los códigos normativos de algunos de los grupos nacidos en tales contextos, por ejemplo *los maras*. ¿Por qué? Es necesario plantear este tema en términos distintos. Ése es el objetivo de este artículo: establecer un esquivo pero necesario punto medio entre el discurso académico del multiculturalismo liberal y el relativismo radical en torno al tema normativo y al tratamiento jurídico de los pueblos indígenas.

Con este fin analizaré algunos aspectos del debate. En un primer momento abordaré una conceptualización inicial de derecho consuetudinario que me permitirá iluminar las posteriores discusiones teóricas. En un segundo momento reconstruiré brevemente el debate comunitarismo –liberalismo y los supuestos filosóficos que sustentan sus miradas acerca del tema jurídico– normativo y el derecho consuetudinario. En un tercer momento abordaré la posición del multiculturalismo liberal frente al derecho consuetudinario en sus distintas corrientes, para seguir con las dos principales críticas realizadas a este enfoque: la crítica de la diferencia y la crítica liberal. Al final presentaré algunas conclusiones sobre el tema.

EL DERECHO CONSUETUDINARIO: UNA BREVE DEFINICIÓN

El concepto de derecho consuetudinario parece tener variadas acepciones, tanto en términos estrictamente jurídicos como en términos del uso que se le ha dado en el seno de la antropología jurídica. Sin embargo, la mayor parte de los usos de este concepto remite a la noción de *costumbre* como fuente de construcción de normas en determinado contexto sociocultural (Stavenhagen, 1990: 26-27). En ese sentido, se dice que el derecho consuetudinario refiere a una estrecha relación entre lo que una sociedad considera correcto o *justo*: implica horizontes sociales de lo deseable y por ello tiene una directa relación con ciertos valores compartidos de manera relativa por los miembros de una sociedad en determinado momento histórico. A través de estas normas –implícitas o explícitas– los pueblos indígenas condensan formas de comportamiento y de resolución de conflictos que consideran adecuadas para un cierto contexto.

A este respecto, es de fundamental relevancia subrayar la contingencia histórica de las normas jurídicas emanadas de la *costumbre*, de lo contrario cerramos *a priori* la posibilidad de que los pueblos indígenas puedan adecuar su derecho consuetudinario a los nuevos escenarios sociales y necesidades; a su vez, esto alude directamente a su capacidad de sobrevivir a lo largo del tiempo como comunidades con sentido y significado para cada uno de sus miembros. Por ello intento mostrar una conceptualización de derecho consuetudinario que no encapsule a los pueblos indígenas en el tradicionalismo y permita imaginar nuevas formas de articular valores, costumbres y normas acordes con nuevos contextos socioculturales.

Por otro lado, si bien el derecho consuetudinario alude a una dimensión normativa más vinculada a la *costumbre* y a las formas *de hacer las cosas*, también refiere a nociones de responsabilidad, pena y castigo que operan en aquellos casos en que se viola una disposición o una norma establecida para el conjunto de la comunidad. Así, busco subrayar que si bien el derecho consuetudinario es más observable en los casos de sanción o castigo de algún infractor, eso no implica que no esté imbricado en el conjunto de la estructura social y la identidad de un pueblo, al normar y establecer los modos de relación general entre sus miembros. En ese sentido, es claro que la noción de socialización y control de los miembros de una sociedad forma parte sustantiva del derecho consuetudinario, aun cuando esta afirmación parezca inicialmente discutible. De esta forma, el derecho consuetudinario "cobra vida en los juicios locales, es decir, en una serie de usos y costumbres no codificados ni escritos, transmitidos oralmente y por la experiencia, a través de los cuales se ejerce el control social al interior de los pueblos" (Sierra, 1990: 232).

Este punto es interesante para la posterior discusión, pues permite introducir preguntas respecto a la relación entre derecho consuetudinario y disenso interno. Si bien creo haber establecido con claridad la necesidad de conceptualizar el derecho consuetudinario como un conjunto dinámico e histórico de disposiciones normativas, resulta claro que el proceso de cambio de estas disposiciones es un proceso plagado de conflictos. Toda comunidad inserta en nuevas condiciones histórico-sociales pasa por procesos dramáticos de transformación que determinarán su continuidad en el tiempo, siendo precisamente durante estos periodos cuando el derecho consuetudinario muestra un carácter ambivalente que le ha significado importantes críticas. Por un lado representa la posibilidad de una comunidad para elegir el ritmo y dirección de su propia transformación en pos de la permanencia en el tiempo; por otro lado, puede convertirse en una herramienta de control y represión del disenso interno, alimentando la producción y/o reproducción de desigualdades al interior de ella. Este tema ha sido extensamente abordado por las críticas provenientes de la teoría feminista, y lo revisaremos más adelante a la luz de la discusión planteada en este artículo.

Sin embargo, y considerando cuidadosamente estas críticas, es notorio que el derecho consuetudinario se encuentra imbricado en la estructura social y en la identidad de los pueblos indígenas, a través de la noción de costumbres y valores compartidos. Siguiendo a Stavenhagen (1990: 27), es posible decir que una característica del derecho consuetudinario es precisamente esta profunda relación entre estructura social, norma y cotidianeidad. Mientras el derecho positivo representa una esfera diferenciada de la sociedad moderna, el derecho consuetudinario se manifiesta en cada uno de los roles y expectativas que orientan a los sujetos en su accionar en la comunidad. Así también, la responsabilidad del cumplimiento y aplicación de la norma recae en la comunidad y sus representantes a diferen-

cia del derecho positivo, que deriva la responsabilidad en el Estado y sus representantes.

De esta manera, vemos que la discusión sobre el derecho consuetudinario, su validez y aceptación como norma jurídica válida, no es menor: "Cuando un pueblo ha perdido la vigencia de su derecho tradicional, ha perdido también una parte esencial de su identidad étnica, de su identidad como pueblo, aun cuando conserve otras características no menos importantes para su identidad. En América Latina, los pueblos indígenas de mayor vitalidad étnica son aquellos entre los cuales subsiste el derecho consuetudinario propio" (Stavenhagen, 1990: 28). Así, el debate multicultural sobre el respeto a la diversidad y los derechos de los pueblos indígenas no puede soslayar este punto fundamental.

Sin embargo, dar cabida al derecho consuetudinario de los grupos culturales implica no sólo un problema de aplicación práctica, sino también un problema ético de gran magnitud. Tal como esbozábamos antes, implica aceptar que concepciones diversas de lo bueno, lo justo y lo deseable coexistan en un mismo Estado, idea que desde el liberalismo –sustento ideológico de la creación de los estados nacionales– ha sido siempre cuestionada. Por tanto, aun cuando el pensamiento multicultural liberal apunta a una integración diferenciada y tolerante, plantea sus resquemores frente a una completa aceptación de este tipo de derecho. ¿Por qué? Dar respuesta a esta interrogante es uno de los objetivos de nuestro trabajo, y para ello debemos revisar el lugar específico que otorgan las distintas corrientes de pensamiento al derecho consuetudinario. Comenzaremos por el debate liberalismo-comunitarismo.

LIBERALES Y COMUNITARISTAS FRENTE AL DERECHO CONSUETUDINARIO

En esta parte revisaré los principales aspectos de la discusión académica entre ambos enfoques en torno a la problemática planteada.

Es bien sabido que el pensamiento liberal pone como piedra angular de su reflexión la primacía moral del individuo por sobre la comunidad: en ese sentido los individuos son agentes morales, mientras las comunidades no lo son. Se trata de evitar la reificación de las entidades colectivas como fenómenos metafísicos, poniendo como centro al individuo racional. Así, el derecho consuetudinario, caracterizado por ser una herramienta que antepone el bienestar de la comunidad por sobre el del individuo, es tajantemente rechazado.

Tomando como base el neocontractualismo de Rawls, el pensamiento liberal contemporáneo desarrolla un criterio de justicia procedimental basado en la obtención de normas o leyes a partir de un consenso racional de los individuos. De esta manera el derecho consuetudinario, al ser costumbre jurídica, no tiene cabida en este modelo de pensamiento, pues su legitimidad no descansa en un previo *pacto* o consenso racional, sino que se sustenta en la costumbre y el hábito. En este punto es

importante subrayar la oposición en el pensamiento liberal entre razón y *hábito*, oposición propia del siglo XVIII y que para este caso se estructura como derecho positivo/derecho consuetudinario, siendo el primero connotado positivamente y el segundo asociado al atraso, lo tradicional y conservador. Para los liberales hay valores que son transversales y universales para cualquier cultura, los valores *ilustrados*: la dignidad de la persona humana, la libertad y la igualdad,

Este pensamiento tiene una clara expresión política a través de la concepción liberal del Estado, de su relación con los individuos y con la pluralidad cultural. Así, se buscará consolidar estados erigidos con base en estos valores universales, y en la medida en que la libertad individual es uno de los valores más preciados, el Estado debe ser cultural y religiosamente *neutro*, puesto que es el individuo quien posee el derecho de decidir sobre estas creencias en el ámbito de lo privado. Es en ese sentido que se establece una norma de "pluralismo razonable" (Rawls, 1997) en términos normativos y morales, dado que las creencias y pertenencias culturales particulares son introducidas a un ámbito donde el Estado no puede intervenir. Sin embargo, cuando estos elementos particulares violan los preceptos básicos de los estados occidentales, no deben ser tolerados.

En oposición a esto encontramos una postura comunitarista, la cual ha sido muy bien desarrollada en los trabajos de Walzer y Sandel. Para estos autores la comunidad es un ente moral, y por ello no existen valores o normas transversales a las culturas, pues la moralidad encuentra significado cuando está inserta en un contexto cultural determinado. En ese sentido las normas jurídicas son un marco de significados compartidos, y por ello las normas sobre lo justo, lo injusto, lo malo y lo bueno son determinadas por una comunidad que comparte ciertas creencias sobre aquello: "imaginar una persona incapaz de vínculos constitutivos no significa concebir un agente idealmente libre y racional, sino imaginar una persona sin carácter, sin profundidad moral" (Sandel, 1982: 179). Así, para esta postura el derecho consuetudinario es el derecho *per se*, encontrando el derecho positivo su referencia directa en éste. Para estos autores la costumbre es fuente de derecho y constituye la base del derecho positivo en sociedades complejas.

En ese marco, la presencia de una diversidad de culturas en el seno de un mismo estado requiere de un tratamiento jurídico diferenciado. Así, vemos que la sociedad multicultural "Exige el pluralismo jurídico. Sin embargo, la modernidad, ya sea en su versión liberal, ya sea en su versión socialista, no compartió este punto de vista. Por el contrario, pretendió suprimir las diferencias culturales y crear un derecho homogéneo con vocación de universalidad" (García, 2006: 6). De este modo los comunitaristas establecieron un fuerte vínculo con algunas corrientes de la antropología jurídica, al sustentar la normatividad y la moral en el contexto cultural particular, postulando la *no* transitividad de los principios éticos y morales.

EL *CULTURALISMO LIBERAL* FRENTE AL DERECHO CONSUETUDINARIO

La discusión entre liberalismo y comunitarismo nos ha mostrado los elementos básicos que se articularon y profundizaron en un segundo momento de la discusión teórica. En esta etapa el debate estuvo signado por el surgimiento de voces críticas desde el mismo pensamiento liberal, que buscaban conjugar los principios normativos provenientes de esta tradición filosófica con la demanda cultural y política de reconocimiento de la diversidad cultural en el seno de los estados occidentales: tal es el *culturalismo liberal*.

Resulta indiscutible que el canadiense Will Kymlicka fue el autor clave para la comprensión de este debate, que todavía es de gran importancia en el contexto latinoamericano. Por esta razón utilizaremos su obra como eje troncal de la exposición, intentando extraer de su pensamiento ciertas consecuencias lógicas con respecto al derecho consuetudinario, su ejercicio y aceptación por parte del Estado. Dado que el *culturalismo liberal* fue un intento de conciliar los principios filosóficos liberales con las demandas de los derechos de las minorías, podemos distinguir dos premisas básicas que compartió con el liberalismo clásico y que nos permitirán dilucidar su posición frente al derecho consuetudinario: la primacía moral del individuo y la normas-leyes como construcción contractual racional de los individuos.

En el pensamiento de Kymlicka, la demanda de derechos de las minorías que implica el respeto al derecho consuetudinario –tales como la autodeterminación o el autogobierno– fue acogida como una forma de protección a las comunidades frente a las agresiones y desigualdades de un contexto cultural distinto. A través de ella se buscaba que las comunidades pudieran elegir los contenidos y la velocidad del cambio cultural a la que estuviesen expuestas.

Sin embargo, es notorio que el argumento del autor se organizó en función de la protección de los derechos individuales de los sujetos pertenecientes a una comunidad cultural diferente, considerando los derechos de las minorías como un complemento necesario para la igualdad de oportunidades necesaria en cualquier Estado occidental. En ese sentido el individuo siguió siendo moralmente anterior a la comunidad, y los derechos culturales fueron considerados formas de garantizar el cumplimiento de los derechos liberales clásicos. Así, no se consideró que la comunidad fuese un sujeto de derecho, sólo los individuos que la componían.

La primacía moral del individuo frente a la comunidad implicó varias cosas. Quizá la más importante –para efectos de este trabajo– es lo que Kymlicka denomina "prohibición de las restricciones internas": la comunidad no puede ejercer restricciones en torno a libertades consideradas básicas para el liberalismo. Esto puso un límite muy claro a la convivencia multicultural, ya que el Estado no podía proteger, fomentar ni respetar a comunidades que violasen los derechos fundamentales de sus miembros. En ese sentido, si bien la retórica multicultural defendió los dere-

chos –conceptual y jurídicamente vagos, por cierto– a conservar la propia cultura y al autogobierno/autodeterminación, también puso un claro límite establecido por los derechos liberales:

> Deberíamos ser precavidos al observar que los miembros de la elite de un grupo pretenden poder hablar autoritariamente sobre las tradiciones del grupo. Algunos individuos quizás pretendan hablar en nombre de la totalidad del grupo y decir que el grupo está unido en contra de la imposición de unas ideas de derechos humanos que les resultan ajenas. Pero en realidad, puede suceder que estas personas estén simplemente protegiendo su posición privilegiada frente a los retos internos que se ponen a su interpretación de la cultura y las tradiciones del grupo (Kymlicka, 2001: 117).

De estas nociones se deriva un límite a la conservación y el ejercicio del derecho consuetudinario –la forma que tienen las comunidades de sancionar y, en algunas ocasiones, de controlar a sus propios miembros–. Este tipo de derecho forma parte fundamental de la estructura social de las comunidades y representa también la concreción de aquello que es considerado moralmente relevante por la comunidad, formando parte sustancial de la cosmovisión de los pueblos. De esta manera Kymlicka defiende el derecho de las comunidades o pueblos a mantener su identidad y cosmovisión, pero retrocedió frente a uno de los aspectos fundamentales de dicha identidad, como es el derecho consuetudinario, dejando en claro uno de los supuestos básicos del *culturalismo liberal: la existencia de minorías moralmente compatibles con los principios filosóficos del liberalismo*.

Por otro lado, la tradición filosófica del *culturalismo liberal* le llevó a afirmar de manera indiscutible que las normas sociales –posteriormente institucionalizadas en leyes–, debían ser resultado de un proceso voluntario y racional de individuos libres e iguales. Con esta afirmación se desconoció la *costumbre* como fuente de derecho, base del derecho consuetudinario.

Sin embargo, esto ha tratado de hacerse compatible con la demanda de derechos de minorías en el *culturalismo liberal* –particularmente por sus seguidores en América Latina– a partir del siguiente argumento: los estados que son producto de procesos de colonización contienen grupos que han sido por completo excluidos de este contrato, en este caso los pueblos indígenas. En ese sentido, se parte de la base de que la legitimidad de una norma está dada por la voluntad concertada de los individuos que componen una sociedad, y de que existen sujetos que no han podido participar en esta construcción colectiva. Esto ha llevado a que las normas y leyes no recojan ninguno de los aspectos de su forma de ver el mundo, sus concepciones de delito, de culpabilidad y de castigo: "Los estados-nación no se originaron en un acuerdo semejante, sino que se establecieron por la imposición de un pueblo hegemónico sobre otros. Su transformación en un Estado plural implicaría el reconocimiento de que su legitimidad no se funda en esta imposición, sino en la libre decisión

de todos los pueblos que viven en su territorio" (Villoro, 2002: 2 26). Es en ese marco que los culturalistas liberales han defendido el derecho de las comunidades indígenas o culturalmente minoritarias a un *tratamiento jurídico y penal diferenciado*, en el contexto de la garantía de los derechos individuales propios de cualquier ciudadano frente al Estado.

CRÍTICA Y RESPUESTA AL *CULTURALISMO LIBERAL*

A partir del explosivo éxito de las formulaciones teóricas del *culturalismo liberal*, surgió una serie de críticas que han puesto en evidencia debilidades de esta teoría. Es claro que dentro de dichas críticas podemos encontrar un sinnúmero de autores, con tendencias y énfasis distintos. Es por ello que hemos tratado de agrupar los principales argumentos en dos ejes, denominados *crítica de la diferencia* y *crítica liberal clásica*. A partir de una breve exposición de sus argumentos, mostraremos las consecuencias para la conservación, ejercicio o rechazo del derecho consuetudinario.

La crítica de la diferencia

En este eje agrupamos los desarrollos teóricos que, a partir de una crítica del *culturalismo liberal*, reivindican la diferencia cultural radical y su respeto (Young, 1990). Este enfoque tiene mayor cercanía con los argumentos comunitaristas expuestos en la primera parte de la discusión, y comparte con ellos dos elementos clave: *1)* La primacía moral de la comunidad; y *2)* las normas y leyes como encarnación de una moralidad que sólo pueden encontrar sentido en un universo cultural significante.

En torno al primer punto esta postura ha criticado los postulados del *culturalismo liberal*, en tanto éstos justifican los derechos de las minorías como complemento de los derechos individuales inherentes a cada sujeto miembro de la comunidad cultural. A través del concepto de protecciones externas y restricciones internas el *culturalismo liberal* no contempló la necesidad de las comunidades de protegerse de las agresiones de la sociedad mayor, a través de restricciones internas. En ese sentido, se ha señalado que esta prohibición de restricciones internas es propia de una filosofía occidental basada en la exaltación del individuo, concepción que no es compartida por la mayoría de comunidades culturales minoritarias. Para muchas culturas –se argumenta desde esta posición– la comunidad es moralmente anterior a cualquier individuo, y es su salud la que debe ser prioritaria. La prohibición de aplicar restricciones internas en un contexto de amenaza representa una afrenta a la cosmovisión de ese pueblo, y va contra la retórica del respeto al otro propiciada por el *culturalismo liberal*. En el fondo esta crítica busca evidenciar lo que subrayábamos en el apartado anterior: que el *culturalismo liberal* supone minorías moralmente compatibles con los principios liberales basados en una lógica individual:

> El autor [Kymlicka] no puede ocultar que lo que se llama restricciones internas no son más que decisiones que

> podrían adoptar los miembros del grupo a partir de sus propias normas identitarias y que podrían ser distintas o contrarias a los patrones liberales. […] Así que las minorías podrán mantener, desde luego bajo ciertas condiciones estrechamente vigiladas por el Estado neutral, algunos vistosos rasgos culturales, costumbres, lenguas, etc., y todas esas diferencias serán aceptables, pudiendo mantenerse incluso "como sociedades diferenciadas" siempre que asuman los principios liberales básicos (en lo político, en lo social y en lo económico, se entiende) y no planteen ningún género de desafío a esa filosofía y ese modo de vida; es decir, a condición de que se avengan a ser "liberalizados" (o "civilizadas", como se decía antes) (Díaz Polanco, 2006: 175).

La defensa de esta diferencia radical rechazó la noción liberal de derechos universales, y con ello también tornó relativa la validez de la aplicación de los derechos humanos en cualquier contexto cultural. Para esta posición no hubo cabida a la transitividad cultural de normas y valores, pues éstos se enraizan en conceptos morales que encuentran significado en el universo cultural particular. Así, nociones propias de los derechos humanos como dignidad, respeto, libertad e igualdad no podían ser aplicadas a cualquier cultura, sin violar preceptos fundamentales de su organización social, cultural y jurídica.

Esta mirada no ha sido desarrollada a profundidad en el plano de la filosofía política, por lo menos no al nivel que ha sido desarrollada la postura del *culturalismo liberal*. Por ello esta exposición intenta una reconstrucción argumental a partir de una serie de aplicaciones prácticas en los estados pluriculturales sobre el tratamiento de la diferencia, así como de algunos artículos y textos teóricos (Díaz-Polanco, 2006; Sierra, 1990; Yrigoyen, 1999; Solares, 2000; Wolkmer, 1993; Palacio, 1993). En consecuencia, muchos elementos pueden quedar sin resolverse en la exposición, aun cuando trataremos de mostrar sus principales implicaciones para el derecho consuetudinario.

Esta mirada consideró la comunidad cultural como sujeto y fuente legítima de derecho y/o autoridad. Es por ello que ha sido la más decidida defensora de que las comunidades indígenas puedan utilizar su derecho consuetudinario para resolver conflictos que les atañen directamente. De la misma forma ha esgrimido la diferencia cultural como objeción frente a la aplicación de un sistema penal y jurídico basado en nociones de bueno, malo, culpabilidad, delito y castigo que no concuerdan con las formas de organización que una comunidad acepta como legítimas.

En ese sentido, tal postura ha abrazado un relativismo moral que choca con la tradición kantiana propia del liberalismo culturalista: asume que los conceptos de bueno, malo, dignidad, libertad, etcétera son constructos históricos y culturales que sólo encuentran sentido en el marco de un universo simbólico y cultural específico. Es por ello que aboga por un pluralismo jurídico,[1]

[1] Es relevante señalar que el concepto de pluralismo jurídico es utilizado de otra manera por otros enfoques de la antropología jurídica,

entendiendo que éste "supone aceptar más de un ente productor de normas de convivencia social y de resolución de conflictos en el interior de un mismo Estado, sin considerar a esas otras normas como delitos o meras costumbres, sino que les da también el estatuto de normas jurídicas o derecho" (Yrigoyen, 1999: 45). Vemos así que la comunidad es considerada como productora de normas, y a los líderes de ésta se les atribuye el poder de hacer cumplir dichas leyes.

Otro de los argumentos de esta postura a favor del derecho consuetudinario es la existencia de una soberanía previa y, por ende, de un derecho previo a la inclusión forzosa en una sociedad mayor. Se ha dicho que los pueblos indígenas y colonizados tenían sus formas de organización, su derecho ancestral y sus autoridades, elementos inalienables de una soberanía arrebatada. En ese marco, el reconocimiento de su derecho consuetudinario forma parte de una reparación frente a una injusticia histórica, representando además un intento de dar reconocimiento formal a una práctica que no ha desaparecido durante los años de colonialismo.

Una de las principales debilidades de este enfoque es que conlleva un relativismo moral que no permite establecer, en función de argumentos filosóficos y éticos, un límite a la tolerancia. Y en algunos países de América Latina esto ha provocado serios problemas para la aplicación de la justicia y el derecho penal, sobre todo cuando las penas aflictivas o sanciones son aplicadas por una comunidad culturalmente distinta a un ciudadano externo que no comparte esa identidad cultural. En ese sentido parece pertinente recordar la exaltada discusión generada por el caso del pueblo boliviano Ayo Ayo, comunidad indígena aymara que decidió linchar y luego quemar a su alcalde –no indígena, por cierto–, acción que justificaron mediante alusiones a la aplicación de "justicia comunitaria":

> Campesinos y comunarios aymaras de Ayo Ayo, en el altiplano boliviano, justificaron el linchamiento de su alcalde, al que prendieron fuego y asesinaron por supuestos actos de corrupción y robo de los escasos recursos de esa población, una de las más pobres de la región. Según los pobladores de Ayo Ayo, el linchado, Benjamín Altamirano, habría infringido la ley moral de los indígenas aymaras y quechuas que ordena "no robar", "no mentir" y "no ser holgazán" (*ama sua*, *ama llulla*, *ama kella*) (*Econoticias*, La Paz, 16 de junio de 2004).

Luego de este hecho se alzaron diversas voces, tanto a favor como en contra de la comunidad en cuestión. Fuera del desenlace de este caso particular, y frente a los argumentos de los defensores del derecho consuetudinario, es preciso ponderar dos elementos considerados problemáticos en la aceptación del derecho consuetudinario *sin límites*: por un lado implica la vulnerabilidad y violación de los derechos de individuos que no comparten una identidad

aludiendo más a contextos de inter-normatividad o coexistencia de distintos tipos de legalidad en un determinado contexto.

cultural con quienes le aplican una pena determinada, establecida en un derecho ancestral que no conoce y del cual no forma parte. Por otro lado, torna invisibles prácticas de control y represión del disenso al interior de las comunidades indígenas que han podido afectar a miembros de un determinado pueblo, tema subrayado de manera enfática por las corrientes feministas (Okin,1999).

En ese marco, la aceptación del derecho consuetudinario representa un problema ético de gran magnitud, ya que implica la reproducción y/o producción de desigualdades al interior de los pueblos indígenas, el mantener normas que violan los derechos de sus miembros y, en algunos casos, la legitimación de abusos por parte de los líderes. De esta manera es posible ver que una de las principales críticas a este enfoque es la de considerar que el derecho consuetudinario funciona como una herramienta positiva para las comunidades, en tanto presupone *la existencia de comunidades armoniosas, sin conflicto ni disenso, en las cuales no existe ni poder ni dominación entre individuos*.

La crítica liberal

Para finalizar, analizamos la respuesta de los teóricos liberales a los desarrollos del *culturalismo liberal*, así como algunas críticas a las posiciones sustentadas por quienes defienden la diferencia cultural radical. Para ello tenemos como punto de partida las aportaciones de dos autores clave: Brian Barry y Garzón Valdés.

La respuesta de ambos autores tiende a rescatar el pensamiento liberal clásico en el marco de la discusión actual sobre diversidad cultural. Para ello consideran como punto de partida tres premisas básicas: *1)* la primacía moral del individuo, *2)* la existencia de valores y derechos universales, y *3)* la necesidad de homogeneidad social en los estados nación.

Esta mirada busca rescatar la primacía del individuo y sus derechos por sobre los de la comunidad, en el marco de un Estado multicultural. Es en función de ello que conciben los valores y las normas éticas como sustentadas en el seno de una comunidad que les otorga significado, pero que a su vez tienen sentido universal y trascendente. En ese marco, el sujeto moral y de derechos se identifica con el individuo, no con la comunidad. Basándose en la tradición filosófica de Kant y Rawls, dichos autores no sólo defienden la transitividad moral y de valores, sino que la consideran uno de los supuestos básicos que debieran normar la relación entre los individuos y sus sociedades. El relativismo moral, otra corriente de pensamiento, es el escudo tras del cual se han escondido las elites para violar derechos fundamentales de los individuos en posición de desventaja.

Con respecto a la homogeneidad social, ésta ha sido considerada por los autores como un requisito fundamental para la constitución de estados (Garzón Valdés, 1998; 2001). Sin embargo, el concepto de homogeneidad no se refiere a la coexistencia de grupos culturales diferenciados, sino alude a que un Estado debe garantizar los mismos derechos fundamentales a todos sus ciudadanos para concretar cada proyec-

to individual de "vida buena". En ese sentido se ha subrayado que se busca no tanto determinar las metas individuales de los sujetos como garantizar los medios básicos para que éstos puedan desarrollar su proyecto de vida en igualdad de condiciones.

En ese marco ambos autores han mostrado un profundo rechazo por las políticas derivadas del multiculturalismo. En primer lugar enfatizan que muchas de las demandas de los grupos culturalmente diferenciados se articulan por carencias en estos medios básicos para la concreción de proyectos de "vida buena", es decir, son una respuesta a la pobreza y la marginación, más que a la necesidad de políticas diferenciadas.

En segundo lugar, y reconociendo la posición desventajosa que poseen algunos grupos culturales comunitarios, las políticas deben orientarse a la homogeneización social en el sentido antes descrito, y no a la instauración de estatus diferenciados de manera permanente. Por ello se consideran aceptables las políticas de corte afirmativo cuyo objetivo consista –a lo largo del tiempo– en subsanar diferencias que pueden constituirse en desventajas. Sin embargo, en la medida en que éstas desaparecen gradualmente las políticas también deben hacerlo, pues el Estado no puede albergar en su seno estatus diferenciados, sino que ante todo debe mantener la igualdad de los ciudadanos. De lo contrario, en vez de subsanar estas desventajas de los grupos culturales minoritarios, lo que se hace es reproducir y fomentar la desigualdad, la consolidación de *ghettos* culturales y de "comunidades museo" (Garzón Valdés, 1998: 165).

Está de más decir que la posición de ambos autores frente al derecho consuetudinario ha sido tajante. En primer lugar se ha establecido un fuerte rechazo al relativismo y a la transitividad moral, para subrayar la existencia de derechos que son universales y aplicables a cualquier contexto cultural, como son los derechos humanos. El rechazo a estos principios básicos por parte de las comunidades es inaceptable, pues ha sido considerado como abrir la puerta a abusos y violaciones de derechos al interior de las mismas. Por ello dichos autores critican a quienes defienden la comunidad como sujetos de derecho en tanto ello no permite ver que en toda comunidad hay conflictos, relaciones de poder y dominación, y donde las elites pueden utilizar el discurso del "bien comunitario" para suprimir el disenso o para someter a ciertos grupos en su interior, por ejemplo a las mujeres (Okin, 1999).

De la misma manera, al interior de los estados establecen el recurso del "coto vedado": principios básicos e inviolables que establece una sociedad en respeto a los derechos considerados fundamentales por el liberalismo. Las minorías que no sean capaces de aceptar y acoplarse a dichos principios básicos, no deberían ser respetadas por el Estado. Así, las normas, valores y costumbres de las comunidades que no estén acordes con ello, como es el caso del derecho consuetudinario –que se basa en nociones distintas a la moralidad occidental–, deben ser enfáticamente rechazadas.

Desde tal perspectiva, otro argumento contra la aceptación del derecho con-

suetudinario es que los derechos de las minorías no deben incluir nunca el fomento e institucionalización de estructuras diferentes a las de la sociedad mayor. Aun cuando en un primer momento puede establecerse un estatus jurídico diferenciado para garantizar los derechos fundamentales de las minorías –políticas jurídicas afirmativas–, esto debe desaparecer de manera paulatina, el Estado jamás puede establecer de manera permanente "ciudadanías diferenciadas":

> Al abogar por la reintroducción de un conjunto especial de posiciones sociales legales, en lugar de la posición única de la ciudadanía uniforme que fue el logro de la Ilustración, los multiculturalistas parecen mostrarse sorprendentemente indiferentes respecto de los abusos y desigualdades del *ancien régime* que provocaron los ataques de los enciclopedistas y sus aliados en contra de este último. No se trata tanto de un caso de reinvención de la rueda cuanto del olvido de por qué se inventó la rueda, y la recomendación de que se reintroduzca el trineo (Barry, 2001: 49).

Esta postura argumenta que el discurso multicultural busca la creación de comunidades "museo": protegidas del cambio cultural, del disenso interno y del conflicto. De la misma manera intenta politizar las identidades para ocultar aspectos fundamentales de distribución ineficiente en los estados occidentales. A partir de un discurso de la diferencia, la tolerancia y el respeto a las formas de vida distintas, los teóricos multiculturales adornan la pobreza y exclusión de las comunidades culturalmente distintas. Es más, buscan protegerlas como parte de un "modo de vida respetable", sin hacerse cargo de las profundas injusticias que hay detrás de ello:

> La proliferación de intereses especiales fomentada por el multiculturalismo lleva a una política de "divide y gobierna" que sólo puede beneficiar a quienes más se aprovechan del *statu quo*. No existe mejor manera de cortarle el paso a la pesadilla de la acción política unificada de los desfavorecidos económicamente, la cual podría derivar en demandas comunes, que el enfrentar a los diferentes grupos de desfavorecidos unos contra otros. El distraer la atención de las desventajas compartidas, como el desempleo, la pobreza, la baja calidad de la vivienda y los servicios públicos inadecuados, es un obvio objetivo anti-igualitario a largo plazo (Barry, 2001: 50).

La principal crítica a este enfoque es que disuelve la diferencia cultural y moral, asumiendo que principios como los derechos humanos son universales, trascendentes y aplicables a todo contexto cultural; y esto le impide ver un aspecto fundamental del debate: que *los derechos humanos son constructos históricos occidentales, y que no necesariamente recogen la normatividad y moral de los pueblos no occidentales*.

ALGUNAS CONCLUSIONES

La discusión sobre el tratamiento jurídico de las minorías es un tema que seguramente seguirá vigente en los pró-

ximos años, dado que resultará cada vez más urgente dar respuesta a los conflictos generados por la convivencia multicultural.

En ese sentido me gustaría rescatar algunos puntos del debate, para su posterior consideración. En primer lugar, considero que el derecho consuetudinario debe ser respetado en tanto representa una parte sustantiva de la identidad de los pueblos. Sin embargo, se debe tener en consideración que muchas de sus normas y valores van en contra de ciertos elementos constitutivos de la sociedad occidental.

En ese marco valoro la postura de Garzón Valdés, en torno al establecimiento de un "coto vedado" que marque los límites a la convivencia multicultural. Marcar dichos límites es propio de cualquier sociedad por pequeña que sea, pues implica normas de convivencia social mínimas que deben ser respetadas. Aquí es pertinente recordar las investigaciones de la antropología jurídica que han logrado mostrar la existencia de tabúes –delitos considerados inaceptables– en las sociedades indígenas (Krotz, 2002).

Sin embargo, este "coto vedado" no puede construirse a espaldas de los pueblos indígenas, y en eso no quisiera limitar el alcance de esta afirmación a las comunidades culturalmente diferenciadas, sino incluir también a los otros sectores marginados de la sociedad: en América Latina, la construcción del Estado, de la ley y de las normas sociales ha sido realizada al margen de una mayor parte de la población. Es por ello que si bien los pueblos indígenas pueden aludir desconocimiento, no participación y disenso, ese argumento también puede ser esgrimido por quienes viven en condiciones de pobreza urbana y marginación desde los albores del siglo XX. Cuando se alude a que dicha construcción nacional y jurídica no recoge los intereses y particularidades de los pueblos indígenas, tal afirmación puede ser extendida a la pobreza rural no indígena y a las comunidades sexualmente diversas.

En resumen, me gustaría enfatizar que el establecimiento de límites a la convivencia multicultural no es un problema en sí mismo, y de ahí la necesidad de desplazar el foco de la discusión hacia otro lugar. El problema real se produce cuando el contenido y forma de esos límites son definidos en relación con la postura privilegiada de ciertos grupos en una sociedad, realizándose en beneficio de ellos. En consecuencia, es imprescindible que la discusión en torno a estos temas considere como eje esencial los fenómenos derivados de estructuras de poder y desigualdad en la base jurídica de las sociedades. De lo contrario el debate no podrá estar completo.

BIBLIOGRAFÍA

BARRY, Brian (2001), *Culture & Equality*, Cambridge, Harvard University Press.

CARNEVALLI, Raúl (2007), "El multiculturalismo: un desafío para el derecho penal moderno", *Política Criminal,* núm. 3, pp. 1-28.

DÍAZ-POLANCO, Héctor (2006), *Elogio de la diversidad: globalización, multiculturalismo y etnofagia,* México, Siglo XXI.

García, Laura (2006), "Pluralismo legal y derecho indígena", *Frónesis*, vol. 13, núm. 1, pp. 70-80.

Garzón Valdés, Ernesto (2004), "El problema ético de las minorías étnicas", en León Olivé (comp.), *Ética y diversidad cultural*, México, fce.

_____ (1998), "El consenso democrático: fundamento y límite del papel de las minorías", *Cuadernos Electrónicos de Filosofía del Derecho*, núm. 0, año I [http://www.uv.es/cefd].

Krotz, Esteban (ed.) (2002), *Antropología jurídica: perspectivas socioculturales en el estudio del derecho*, México, Anthropos-uam Iztapalapa.

Kymlicka, Will (2001), *Politics in the Vernacular*, Oxford, Oxford University Press.

Okin, Susan (1999), "Is Multiculturalism Bad for Women?", en Susan Okin (comp.), *Is Mulcitulturalism Bad for Women?*, Princeton, Princeton University Press.

Palacio, Germán (1993), *Pluralismo jurídico*, Bogotá, idea/Universidad Nacional.

Rawls, John (1997), *Teoría de la justicia,* México, fce.

Sandel, Michael (1982), *Liberalism and the Limits of Justice*, Cambridge, Cambridge University Press.

Sierra, María Teresa (1990), "Lenguaje, prácticas jurídicas y derecho consuetudinario indígena", en Rodolfo Stavenhagen (comp.), *Entre la ley y la costumbre*, México, Instituto Indigenista Interamericano/Instituto Interamericano de Derechos Humanos.

Solares, Jorge (2000), *Pluralidad jurídica en el umbral del siglo*, Guatemala, flacso.

Stavenhagen, Rodolfo (1990), *Entre la ley y la costumbre*, México, Instituto Indigenista Interamericano/Instituto Interamericano de Derechos Humanos.

Young, Iris M. (1990), *Justice and the Politics of Difference*, Princeton, Princeton University Press.

Yrigoyen Fajardo, Raquel (1999), *Pautas de coordinación entre el derecho indígena y el derecho estatal*, Guatemala, Fundación Myrna Mack.

Villoro, Luis (2002), "Multiculturalismo y derecho", en Esteban Krotz (ed.), *Antropología jurídica: perspectivas socioculturales en el estudio del derecho*, México Anthropos-uam Iztapalapa.

Walzer, Michael (1993), *Las esferas de la justicia*, México, fce.

Wolkmer, Antonio Carlos (1993), "El pluralismo jurídico: elementos para un ordenamiento alternativo", *Crítica Jurídica,* núm. 13.

Zizek, Slavov y Fredric Jameson (1998), *Estudios culturales. Reflexiones sobre el multiculturalismo*, Buenos Aires, Paidós.