

## **Pluralismo Legal y Derecho Indígena**

**Laura García Leal**

Sección de Metodología Jurídica Instituto de Filosofía del Derecho "Dr. J.M. Delgado Ocando" Facultad de Ciencias Jurídicas y Políticas Universidad del Zulia lauragar@cantv.net

### **Resumen**

El reconocimiento que han venido obteniendo los movimientos indígenas ha tenido como consecuencia la progresiva consolidación de formas de pluralismo jurídico que sancionan lo que venía siendo una situación de hecho: la pervivencia de los usos y costumbres en la autogestión de numerosas comunidades nativas. Por lo general, en América Latina los movimientos en favor de la justicia indígena están terciados por el deseo de sus pueblos de ejercer un mayor control sobre las disputas internas y por lo que perciben como una incompetencia del Estado en la resolución de los conflictos.

**Palabras clave:** Pluralismo legal, multiculturalidad, derecho indígena.

### **Legal Pluralism and Indigenous Law**

#### **Abstract**

The recognition that indigenous movements have received has produced consequences in the progressive consolidation of forms of judicial pluralism that sanctions what has been a situational reality: the coexistence of uses and customs in the self-development of numerous native indigenous communities. In general, in Latin America, movements in favour of indigenous justice are utilized due to the desire of each people to exercise greater control over internal disputes and due to what they perceive as the incompetence of the State in conflict resolution.

**Key words:** Legal pluralism, multi-cultural justice, indigenous rights.

Recibido: 08-03-2005 · Aceptado: 27-10-2005

### **1. Introducción**

El presente trabajo tiene por objeto determinar la manera como el derecho enfrenta el problema de la diversidad cultural propia de muchos Estado entre ellos Venezuela. Ello equivale a tratar las relaciones entre multiculturalidad y pluralismo jurídico.

Usualmente, el tema es abordado desde la relación tradición-modernidad: el pluralismo jurídico entendido como un reconocimiento legal de la multiculturalidad; es propuesto como una afirmación (o como el rescate o incluso como una reivindicación) de nuestra tradición (De Trazegnies, 1993: 73).

En esta reflexión se asumirá el problema desde un ángulo diferente, el de la relación modernidad-postmodernidad.

### **2. La multiculturalidad**

La primera aproximación debe realizarse planteando la multiculturalidad no como una simple reminiscencia del pasado, sino como un hecho actual. Las diferencias culturales no son espectros que hacen exigencias desde un tiempo remoto, sino por el contrario, son vivencias efectivas de diferentes sectores de nuestra población.

La mayoría de los países, sobre todo en Latinoamérica, son una mezcla de culturas, de valores, de creencias y de formas sociales. En algunos casos, todos estos elementos se han logrado integrar hasta formar nuevas naciones, culturas distintas y propias. En otros casos, esto no ha ocurrido y es fundamentalmente, en este caso

que se habla del multiculturalismo.

América Latina es por definición multicultural. En tiempos pre-hispánicos estos territorios estaban ocupados por pueblos que presentaban una importante diversidad cultural: diferentes lenguas, diferentes religiones, diferentes formas de organización social. Habían culturas andinas y culturas costeñas, pueblos de pescadores y pueblos de agricultores, pueblos que adoraban al Sol y pueblos que adoraban la Luna.

Algunos de esos pueblos intentaron una integración, afirmando políticamente su cultura sobre las otras a través de una conquista. El Imperio Incaico en el Perú o el Imperio Azteca en México, trataron de organizar como un solo Estado a diversos pueblos. No lo lograron completamente pues, al llegar los españoles y desafiar el poder aglutinador de esos Imperios, la debilidad de la integración se puso de manifiesto: las diferentes etnias que conformaban los Imperios aprovecharon para plantear sus reivindicaciones y muchas veces apoyaron a los españoles en contra de la autoridad imperial prehispánica, facilitando el triunfo de estos extranjeros porque consideraban también al Imperio como foráneo, en tanto que los habían sojuzgado para hacerlos formar parte de un mundo -quechua, azteca- con el cual no tenían una plena identidad cultural.

Durante el Virreinato, aun cuando de hecho se va a producir una cierta integración a través del mestizaje, el Derecho occidental y la concepción social europea contribuyen -a veces con la mejor de las intenciones- a marcar las diferencias, redistribuyendo la diversidad cultural en formas antes no conocidas. La preocupación oficial del gobierno español de proteger al indio lleva a la creación teórica de dos mundos coexistentes: la república de indios y la república de españoles, acentuando de esta manera la separación de estos dos grupos sociales. El evidente mayor poder de facto de la república de españoles lleva a no solo establecer una diferencia sino también a disponer una jerarquía: la república de indios quedará sometida a la república de españoles. Y, lo que es más grave, aquellos que podrían haber representado precisamente el éxito de la fusión entre las dos razas y las dos culturas, quedan sin sitio dentro de esa sociedad: el mestizo no es ni indio ni español y se siente un paria respecto de ambas repúblicas. Por ello no tendrá más remedio que mimetizarse con una o con otra, perdiendo su identidad propia; dada la predominancia de la república de españoles, ese mestizo intentará generalmente ser español a toda costa.

La República termina con la división jurídica entre estos dos grupos sociales y pretende, dentro de la línea del pensamiento liberal, tratar a todos los hombres por igual: no hay indios ni criollos sino simplemente ciudadanos a secas.

Sin embargo, el ciudadano a secas es una abstracción. En la realidad, siguen habiendo de un lado indios oprimidos, cuya opresión ahora se encuentra cubierta por un manto de aparente igualdad ante la ley, y de otro lado mestizos que han reemplazado a los españoles pero que quieren jugar el mismo juego que los españoles. Por otra parte, durante la República la diversidad cultural aumenta debido a los movimientos migratorios: los chinos, los italianos, los alemanes, los japoneses y otras emigraciones que recibe América Latina, serán otros tantos grupos culturales que se suman a ese mosaico que en cada nuevo Estado intenta dificultosamente adquirir una personalidad nacional.

De esta manera, muchos de los países latinoamericanos de hoy son extraordinariamente complejos: tienen efectivamente una realidad multicultural, en la medida que todos esas raíces culturales no se han logrado integrar totalmente y los diferentes grupos muestran todavía características propias.

Pero tampoco debe pensarse que se trata de conjunto de grupos perfectamente diferenciados, cuyos límites y cuya estructura cultural interna puede ser fácilmente establecida. En primer lugar, no existen subculturas puras sino que cada uno de los grupos nacionales de alguna manera incorpora elementos de los otros: las dosis

de los distintos componentes son distintas, es verdad, y ello es lo que permite distinguir a unas culturas de otras; pero todas participan en mayor o menor grado unas de otras. Aun el latinoamericano más occidentalizado es visto como un ser diferente por los europeos, es percibido con rasgos que lo distinguen de los españoles. Y el indígena más autóctono no deja de tener, dentro de su propia identidad indígena, un gran número de elementos occidentales: su religión, su lengua, su vestimenta, muchos de sus valores y hasta sus formas de organización social, han recibido marcadas influencias españolas.

En segundo lugar, hablar de un hombre latinoamericano occidental o de un hombre latinoamericano indígena sigue siendo una abstracción; porque debajo de esas categorías encontramos a su vez una gran diversidad.

### **3. El Problema de la diversidad cultural**

En el curso del debate contemporáneo sobre los derechos de los pueblos indígenas americanos se ha recordado que los procesos forzados de aculturación desarrollados desde el siglo XIX buscaron su legitimidad en los supuestos efectos benéficos que la pertenencia a una sociedad nacional y el disfrute de los derechos de ciudadanía habrían de reportarles a estas comunidades (Mallon, 1992: 42).

Bajo estos argumentos se han justificado actos de represión y de desposesión de tierras; así como, presiones para que asumiesen una nueva identidad y forma de vida "acordes" con las de un Estado moderno (1). Como es sabido, el resultado de ese proceso se saldó muchas veces con la desvertebración social de sus comunidades y experiencias de anomia cultural entre sus sujetos. Por otro lado, la vitalidad de los movimientos neindigenistas en la actualidad tiene poco que ver con el resurgir de identidades ancestrales y bastante más con los procesos etnogenéticos directa o colateralmente activados por los procesos de modernización.

Estas situaciones obligan a plantearnos por qué la relación entre sujetos y culturas no es contingente o aleatoria, sino que afecta de forma central al proceso ontogenético de la conciencia moral, a la autoestima y a la identidad de los individuos.

Una posible respuesta apunta precisamente al discernimiento moral que se desarrolla mediante el ejercicio competente de las capacidades sociales en el seno de unas redes de significados compartidos. Semejante competencia presupone una mínima familiaridad con los símbolos, valores y normas que definen culturalmente un perímetro de interacción social.

Ahora bien, si pensamos que el Derecho es una estructuración normativa que resulta de un complejo tejido de valores compartidos, de consensos y de prácticas sociales, entonces deberíamos concluir que a diferentes culturas les corresponden diferentes Derechos: la multiculturalidad exige el pluralismo jurídico.

Sin embargo, la modernidad, ya sea en su versión liberal, ya sea en su versión socialista, no compartió este unto de vista. Por el contrario, pretendió suprimir las diferencias culturales y crear un Derecho homogéneo con vocación de universalidad.

Es por ello que se asume la necesidad de un planteamiento de la relación modernidad/postmodernidad; ya que el postmodernismo pone especial atención a las diferencias de todo tipo: diferencias lógicas, diferencias de discurso, diferencia de valores estéticos, diferencia de visiones del mundo. Por ello, el postmodernismo nos ofrece una interesante línea de trabajo para abordar la realidad del pluralismo legal

### **4. Pluralismo legal y derecho indígena**

Uno de los rasgos que deben resaltarse de los movimientos indígenas contemporáneos en el continente americano ha sido la rapidez con que han

logrado organizarse y presentarse como actores legitimados en la escena política internacional.

Esa trayectoria puede compararse con la evolución de la normativa sobre derechos de los indígenas. El trecho recorrido desde el abstracto individualismo de la *Declaración Universal de Derechos Humanos* de 1948 hasta el reconocimiento de su derecho colectivo a la autodeterminación y a la supervivencia social y cultural en el *Proyecto de Declaración de las Naciones Unidas sobre los Derechos de los Pueblos Indígenas* de 1994 es notable<sup>17</sup>. En el terreno político, los movimientos indígenas han conseguido convertirse durante ese tiempo en interlocutores de reformas constitucionales (México), en negociadores de procesos de descentralización administrativa (Canadá) e incluso han logrado la caída de gobiernos nacionales (Bolivia).

El resultado más palpable de este nuevo activismo indígena se ha reflejado, no obstante, en el plano jurídico. En clara ruptura con su tradición constitucional, catorce países latinoamericanos, además de Canadá, reconocen en la actualidad la naturaleza pluriétnica y multicultural de sus sociedades (Van Cott, 2000).

Este reconocimiento ha tenido como consecuencia la progresiva consolidación de formas de pluralismo jurídico que sancionan lo que venía siendo una situación de hecho: la pervivencia de los usos y costumbres en la autogestión de numerosas comunidades nativas. Por lo general, en América Latina los movimientos en favor de la justicia indígena están terciados por el deseo de sus pueblos de ejercer un mayor control sobre las disputas internas y por lo que perciben como una incompetencia del Estado en la resolución de los conflictos. Muy distinto es el caso canadiense, donde lo que está en juego no son las capacidades estatales, sino la conciencia de la marginación socioeconómica de los indígenas y de su renovado papel político tras la reforma constitucional de 1982 (2).

La autonomía jurídica de los pueblos indígenas se encuentra recogida en el Convenio 169 de la Organización Internacional del Trabajo y, de forma más explícita, en el Artículo 33 del *Proyecto de Declaración sobre los Derechos de los Pueblos Indígenas* elaborado por las Naciones Unidas (3). En la mayoría de los casos, sin embargo, la conciliación entre el derecho positivo y el derecho consuetudinario indígena sigue estando por articular, y no sólo por razones políticas o administrativas. Uno de los asuntos más controvertidos atañe a la compatibilidad de la jurisdicción indígena con los derechos humanos e individuales recogidos en las distintas constituciones nacionales. De hecho, uno de los obstáculos para el avance del citado *Proyecto* en la Comisión de Derechos Humanos de las Naciones Unidas estriba en las objeciones de algunos gobiernos al principio de autodeterminación y su preocupación por que sus artículos sobre derechos colectivos abran una brecha en la normativa consolidada sobre derechos individuales.

Hay que hacer notar que un rasgo fundamental del derecho indígena es el estar constituido por un conjunto de costumbres comunitariamente reconocidas. Su aplicación suele ser de naturaleza arbitral y compete a las autoridades políticas de cada comunidad, frecuentemente en la forma de un cabildo y una asamblea comunal en el caso latinoamericano. Dadas sus formas orgánicas de vida, los sujetos y las repercusiones de sus actos no se conciben en términos estrictamente individuales, sino que implican a redes extensas de linaje familiar. Más importante aún, la costumbre jurídica de los pueblos indígenas no constituye una esfera formalmente diferenciada de su estructura social, sino que se encuentra inmersa en ella. Por lo general responde a un modelo de control social que se ha calificado de compensatorio o conciliatorio. Se trata, pues, de un derecho material que parte de supuestos sustantivos sobre la naturaleza de la comunidad y persigue fundamentalmente restablecer la armonía entre sus miembros. Lo importante no es tanto la *culpa* como el *daño* y su restauración. Sus procedimientos son eminentemente orales y en su desarrollo prima la rapidez y la ejemplaridad de la sanción, que suele consistir en multas pecuniarias o de trabajo obligatorio, en

castigos corporales y en diversas formas de ostracismo.

### **Conclusión**

Los problemas de encaje entre el derecho consuetudinario indígena y el derecho positivo de sus respectivos Estados son múltiples y serios. Particularmente relevante es la tensión entre ámbitos jurisdiccionales, sobre todo cuando los implicados en un delito no son indígenas o, siéndolo, sus actos tuvieron lugar fuera de la comunidad, ya que es apreciable una tendencia entre los pueblos indios a interpretar la jurisdicción indígena como un atributo personal ligado a la pertenencia étnica y no en términos estrictos de autogobierno comunitario.

### **Notas**

1. Resulta interesante comparar las similitudes y diferencias de ese proceso en el hemisferio norte y sur del continente. Véase, por ejemplo, William T. Hagan: *Taking Indian Lands. The Cherokee (Jerome) Commission 1889-1893*. Norman, University of Oklahoma Press, 2003 y John Kicza (ed.): *The Indian in Latin American history: resistance, resilience and acculturation*. Wilmington, SR Books, 2000. Para una visión de conjunto sobre la inserción de los pueblos indígenas en la estructura oligárquica, y posteriormente corporativa, del Estado nacional en Latinoamérica, cfr. Florencia E. Mallon: "Indian Communities, Political Cultures and the State in Latin America (1780-1990)", en *Journal of Latin American Studies*, Vol. 24 (1992), pp. 35-53.

2. Ambas dimensiones están claramente reflejadas en el voluminoso informe de 1996 de la Real Comisión sobre los Pueblos Indígenas. En conjunto, el informe recomendaba solemnemente el inicio de una "*nueva relación*" entre Canadá y sus pueblos indígenas basada en su reconocimiento como "*naciones autónomas con un lugar único en el país*". Canada. Royal Commission on Aboriginal Peoples: Report of the Royal Commission on Aboriginal Peoples (5 Vols.). Ottawa, The Commission, 1996.

3. El Artículo 8.2 del Convenio 169 de la O.I.T. proclama que "[Los pueblos indígenas] *deberán tener el derecho de conservar sus costumbres e instituciones propias, siempre que éstas no sean incompatibles con los derechos fundamentales definidos por el sistema jurídico nacional ni con los derechos humanos internacionalmente reconocidos. Siempre que sea necesario, deberán establecerse procedimientos para solucionar los conflictos que puedan surgir en la aplicación de este principio*". En esta misma línea, el Artículo 9.1 estipula que "*En la medida en que ello sea compatible con el sistema jurídico nacional y los derechos humanos internacionalmente reconocidos, deberán respetarse los métodos a los que los pueblos interesados recurren tradicionalmente para la represión de los delitos cometidos por sus miembros*". Por su parte, el Artículo 33 del Proyecto de Declaración sobre los Derechos de los Pueblos Indígenas añade la mención a los "*procedimientos y prácticas jurídicas características*" de estos pueblos.

### **Lista de Referencias**

1. DERECHOS INDIOS, DERECHOS HUMANOS. Washington (U.S.A) Indian Law Resource Center. 1990.
2. DE TRAZEGNIES GRANDA, Fernando. **Postmodernidad y Derecho**. Colección de Monografías Jurídicas. Editorial Temis, S.A., Colombia. 1993.
3. NACIONES UNIDAS. **Los Derechos de los Pueblos Indígenas**. Folleto No. 9.
4. VAN COTT, Donna Lee. **The friendly liquidation of the past: the politics of diversity in Latin America**. Pittsburgh, University of Pittsburgh Press. 2000.

Extraído de: Frónesis v.13 n.1 Caracas abr. 2006 en Scielo [http://www.scielo.org/ve/scielo.php?pid=S1315-62682006000100007&script=sci\\_arttext](http://www.scielo.org/ve/scielo.php?pid=S1315-62682006000100007&script=sci_arttext)

