

El interculturalismo frente a los desafíos del pluralismo jurídico .-

Fidel Tubino Arias-Schreiber

1. Frente a la necesidad de responder a la ancestral exclusión de los pueblos indígenas del continente de la vida política de las naciones, en la década de los setenta surgió en América Latina un nuevo discurso y una nueva praxis : el discurso y la praxis de la interculturalidad. Ligada estrechamente en sus orígenes a la educación bilingüe , la interculturalidad se ha convertido con el devenir del tiempo en una oferta que supera los límites de la pedagogía. La interculturalidad es hoy en América Latina más que un nuevo enfoque en la educación de los pueblos indígenas; es sobre todo una opción societal . Representa, al interior del espectro político, la opción por la interculturalización de los monoculturales Estados nacionales y por la visibilización y reconocimiento de las diferencias tanto dentro como fuera del ámbito escolar.

La interculturalidad es, antes que un concepto de la academia, un movimiento social no articulado que agrupa a activistas, académicos, intelectuales, dirigente políticos, indígenas y no indígenas, que apuestan por una democracia políticamente radical y culturalmente inclusiva de las diferencias.

2. Sin embargo, entre los académicos y los políticos, entre los discursos especializados y los discursos de los movimientos sociales no hay vasos comunicantes. Son discursos paralelos que no se relacionan entre sí, a pesar de que muchas veces abordan los mismos asuntos, las mismas temáticas, pero desde marcos de referencia y motivaciones distintas. Los discursos de los movimientos indígenas son discursos programáticos con intencionalidad política explícita, los discursos académicos son discursos teóricos con intencionalidad cognitiva. Los discursos académicos suelen encontrarse desvinculados de las propuestas programáticas de los movimientos sociales y los discursos programáticos suelen a su vez ser discursos cerrados y desconectados de los discursos académicos .

Esta brecha se evidencia de manera alarmante el ámbito de la interculturalidad . Entre los estudios sobre la interculturalidad de hecho y los discursos de los movimientos indígenas latinoamericanos sobre la interculturalidad como proyecto político no hay vasos comunicantes. La tarea de crearlos es sin embargo difícil y compleja pues no hay ni experiencia ni hábitos para hacerlo.

3. El interculturalismo latinoamericano es básicamente un movimiento social y una oferta ético-político que busca erradicar – mediante el manejo no violento de los conflictos - las causas estructurales de las ancestrales injusticias socio-culturales que atraviesan las sociedades post-coloniales latinoamericanas. Entre la indolencia y el menosprecio de los sectores hegemónicos y los radicalismos étnicos que dicho menosprecio genera, la interculturalidad representa la opción por la concertación y el diálogo sostenido en la vida pública y por la búsqueda de consensos inclusivos de las diferencias, como forma de manejar los inevitables conflictos político-culturales que nos aquejan y de atacar las causas estructurales de los mismos .

4. En la agenda de los movimientos indígenas la interculturalidad como opción societal se expresa en :

a. La crítica al modelo de Estado- nación monocultural vigente por su incapacidad para generar mejores niveles de justicia cultural y por excluir en la práctica a los pueblos indígenas de los espacios públicos por razones lingüísticas y culturales y

b. La crítica al modelo económico neo- liberal de mercado vigente por generar cada vez más distancia entre ricos y pobres , lo que es consecuencia inevitable de la lógica de acumulación del capital propia del mercado. Esto se evidencia por ejemplo en el rechazo programático a los TLCs con Estados Unidos.

- En la primera parte presentaré un análisis de lo que es el interculturalismo como proyecto ético-político en el contexto latinoamericano y trataré de precisar de qué manera se diferencia y nutre de la interculturalidad como realidad de hecho investigada por las ciencias sociales . Interculturalismo e interculturalidad son dos conceptos que es conveniente diferenciar para evitar malentendidos e innecesarias confusiones .

En un segundo momento presentaremos los principales desafíos que plantea el pluralismo jurídico al interculturalismo latinoamericano . Los desafíos básicos que nos plantea son dos : primero, nos obliga a revisar la teoría clásica de los derechos humanos desde una perspectiva dialógica y segundo, nos coloca frente a la necesidad de concebir y construir Estados multiculturales y ciudadanías interculturales que hagan viable el ejercicio de los derechos humanos concebidos ampliamente.

En un tercer momento me propongo identificar los límites y problemas que nos plantea la concepción clásica de los derechos humanos. La sistematización hoy vigente de los derechos humanos en generaciones sucesivas creo que ha introducido de manera soterrada jerarquías entre los mismos que es preciso primero evidenciar para luego poder superar mediante un auténtico diálogo intercultural entre las diferentes maneras de entender y practicar la ciudadanía y las responsabilidades públicas en las diferentes culturas y sociedades. Así, por ejemplo, en las concepciones amerindias de los derechos humanos los derechos colectivos no son derechos de segunda generación, son derechos fundamentales. Por otro lado se privilegian los derechos colectivos sobre los derechos individuales mientras que en la doctrina clásica – más de corte Occidental e ilustrada- se privilegian los derechos individuales sobre los derechos colectivos. Hay pues una colisión sobre asuntos básicos que nos obliga a reconstruir la teoría clásica de los derechos humanos desde el paradigma de la interculturalidad para hacer de ellos referentes transculturales válidos que garaticen formas de convivencia razonables entre los diferentes.

La hermenéutica diatópica y la concepción intercultural de los derechos humanos ínsita en la noción de ciudadanía diferenciada propia del interculturalismo latinoamericano creo que nos ofrecen marcos de referencia estables y teóricamente sustentables para iniciar sobre bases confiables dicha reconstrucción.

1.- Interculturalidad e interculturalismo.-

Cuando en América Latina hablamos de interculturalidad nos referimos a dos fenómenos diferentes : una cosa es la interculturalidad como realidad de hecho y otra cosa es la interculturalidad como propuesta normativa.

a. La interculturalidad como realidad de hecho :

Se trata de la constatación de la existencia no sólo de una pluralidad de culturas en un contexto histórico-geográfico determinado, sino sobre todo de la existencia de una compleja diversidad de interrelaciones entre la diversidad cultural que existen de hecho. Las culturas no existen, coexisten ; son realidades dinámicas, híbridas, que tienden a relacionarse entre sí y por lo mismo a ser modificarse incesantemente. Las culturas son procesos interculturales, no son entidades sincrónicas aisladas unas de otras. Son procesos diacrónicos que tienden al intercambio desigual, la diglosia, la asimilación de una por otra, el sincretismo y/o la simbiosis. La interculturalidad de hecho es el objeto de estudio de la antropología.

b. El interculturalismo como proyecto normativo :

Cuando los dirigentes indígenas reclaman interculturalidad no se refieren a la interculturalidad como una realidad de hecho sino como un proyecto a futuro, un deber-ser. La interculturalidad está presente como reclamo en la agenda de las organizaciones indígenas. Para los indígenas interculturalidad suele ser sinónimo de fortalecimiento de la propia identidad cultural. Y la valorización de la identidad pasa necesariamente por la defensa del territorio. Y esto porque desde las cosmovisiones indígenas las identidades no son entidades abstractas desterritorializadas sino entidades territorializadas que dan vida a aquellos que la comparten. Defender la interculturalidad es pues, desde la concepción indígena de la vida, defender lo propio; y no hay nada más propio para un indígena que el territorio. Desde el punto de vista del interculturalismo el derecho al territorio es un derecho colectivo fundamental , una tarea política imposterizable , un proyecto de vida compartido. Es un deber-ser ético-político.

Para la educación intercultural bilingüe , lo intercultural no es el punto de partida sino el punto de llegada del proceso educativo. Es una utopía que orienta la praxis pedagógica. Pero no es un proyecto político , es un proyecto pedagógico, un eje transversal de la estructura curricular de la educación básica, un ideal normativo muchas veces descontextualizado que no se sabe como “ aterrizar” en el aula. Es pues, un concepto normativo, no político.

Para los indígenas la interculturalidad es fundamentalmente un proyecto político que involucra no solo la reforma del Estado-nación actual sino su radical transformación. Implica :

- a. poner en evidencia el carácter etnocentrista y estructuralmente excluyente de los Estados nacionales,
- b) transformar los Estados nacionales en Estados plurinacionales o multiculturales inclusivos de la diversidad.

2.- Multiculturalidad y multiculturalismo .-

a.- La multiculturalidad como hecho .-

Cuando se afirma que somos un país multicultural lo que se está diciendo es que somos una nación que agrupa una diversidad de nacionalidades , o, en otras palabras, que somos una sociedad básicamente pluricultural. Hablar de multiculturalidad es evidenciar la existencia de una pluralidad de culturas en un contexto histórico-geográfico determinado. A diferencia de la interculturalidad de hecho que hace referencia a la complejidad de las interrelaciones recíprocas entre las culturas , hablar de la multiculturalidad como un hecho es simplemente afirmar la existencia de muchas culturas, es visibilizar la diversidad cultural .

b. El multiculturalismo como propuesta normativa .-

El multiculturalismo como propuesta normativa surgió en USA en los años setenta, como respuesta al fracaso del modelo integrador del **melting-pot**. Este fue duramente cuestionado por soslayar la discriminación de las minorías mediante una homogeneización cultural que reproducía las instituciones, las políticas y los “ esquemas de pensamiento “ de la tradición liberal anglosajona. En USA, por acción de la lucha por la ciudadanía de los movimientos antirracistas y antidiscriminatorios, las demandas sociales de reconocimiento de las diferencias culturales de las minorías se han ido incorporando al estado de derecho a través de las políticas de reconocimiento de las diferencias basadas en los principios de la discriminación positiva.

Las políticas de reconocimiento del multiculturalismo anglosajón son políticas de acción afirmativa mediante las cuales se busca disminuir a corto plazo las grandes asimetrías de oportunidades existentes para permitirle a los grupos vulnerables mejores niveles de igualdad en el acceso al mundo laboral, las representaciones políticas y la educación superior. Las políticas de acción afirmativa funcionan generalmente mediante el establecimiento de cuotas, son políticas teóricamente temporales pero prácticamente crónicas porque no atacan las causas de los problemas que buscan remediar. Se supone que con el tiempo se irán haciendo prescindibles y por lo mismo innecesarias . Pero , como decíamos, el problema es que las acciones afirmativas no atacan las causas de la discriminación y la exclusión sino sólo sus consecuencias. Por otro lado ,las políticas multiculturales , si bien generan mejores niveles de equidad de oportunidades no generan mejores niveles de interrelación y de integración de los grupos vulnerables. Suelen generar por el contrario islas étnicas, o – como dice Will Kymlicka - sociedades paralelas o fragmentadas, guethos culturales y lingüísticos. Este es su límite. ¹

3. Diferencias entre el multiculturalismo anglosajón y el interculturalismo latinoamericano .-

No creo que se deba optar necesariamente o por uno o por otro, pues bien entendidos pueden ser sabiamente complementarios en la práctica.

- La primera diferencia entre el multiculturalismo anglosajón y el interculturalismo latinoamericano es que mientras el primero promueve acciones afirmativas que atacan a corto plazo los síntomas de la discriminación y la exclusión sistemática de los vulnerables, el interculturalismo promueve acciones transformativas que a largo plazo buscan ir a las causas de la discriminación y de la exclusión sistemática. El interculturalismo por ello cuestiona el marco de referencia, la estructura, mientras que el multiculturalismo busca remediar las consecuencias de las injusticias estructurales sin cuestionarla o pretender cambiar el marco de referencia que las produce.

- La segunda gran diferencia entre el multiculturalismo anglosajón y el interculturalismo latinoamericano es que mientras que el primero promueve políticas de equidad de oportunidades mediante cuotas cuantitativamente establecidas, el interculturalismo promueve sobre todo políticas de convivencia simétrica entre los diferentes. Las políticas de convivencia son necesariamente políticas de interculturalidad de doble vía porque la discriminación es una relación de a dos, por ello, debe ser atacada desde los dos lados. La interculturalidad debe por ello desarrollar estrategias de intervención de doble vía; por ello, el interculturalismo se ve forzado a implementar planes de acción no sólo con los discriminados de la sociedad, sino también con los sectores discriminadores de la misma. Lamentablemente en América Latina se sigue implementando políticas interculturales de una sola vía; la tendencia es aún a mantenernos dentro del sesgo ruralizante e indigenista de la EBI clásica.

- La tercera gran diferencia es que el multiculturalismo anglosajón formula y busca remediar el problema de la injusticia cultural como si fuera un problema aislado y aislable. Por ello promueve la sustitución de las políticas asimilacionistas de los Estados nacionales monoculturales por políticas de reconocimiento de las identidades, sin cuestionar el modelo económico vigente. Por el contrario, el interculturalismo latinoamericano se plantea el problema de la injusticia como un problema ligado al problema de la pobreza y la exclusión social. La injusticia cultural, sostenemos, no es sino la otra cara de la injusticia económica. Por lo tanto, si la exclusión económica y la discriminación cultural son dos fenómenos estrechamente interconectados, entonces las políticas de reconocimiento deben estar forzosamente acompañadas de políticas redistributivas. Desde el interculturalismo se ve la necesidad de complementar las políticas de identidad con políticas de redistribución de ingresos que permitan mejorar de manera paralela y simultánea los niveles de justicia cultural y justicia distributiva de las poblaciones y grupos humanos concernidos. Llevado este razonamiento a sus últimas consecuencias se termina por cuestionar el modelo económico vigente que, dirigido por la lógica de la acumulación del capital, genera inevitablemente mayores niveles de pobreza y desigualdad en el continente.
- Por otro lado, tanto el multiculturalismo como el interculturalismo asumen el pluralismo jurídico existente de hecho como un asunto que debe ser normativamente manejado estableciendo niveles de autonomía jurídica que no menoscaben la integración de los sistemas normativos al interior de Estados nacionales auténticamente multiculturales. En otras palabras, los Estados nacionales deben reconocer la diversidad cultural que albergan, mediante el otorgamiento de derechos culturales colectivos a las sociedades tradicionales que les aseguren la posibilidad de manejar sus conflictos de acuerdo a sus códigos normativos y sistemas jurídicos legitimados socialmente.

Sin embargo, mal haríamos si estableciéramos entre ambos una relación disyuntiva . No hay que elegir entre uno u otro. Multiculturalismo e interculturalismo son perfectamente complementarios pues las políticas de acción afirmativa pueden constituirse – si son adecuadamente concebidas y ejecutadas – en una buena plataforma para, desde allí, buscar generar mejores niveles de reconocimiento de las diferencias e integración simétrica de los injusta y secularmente discriminados por la sociedad nacional envolvente.

2.- Los retos del pluralismo jurídico al interculturalismo latinoamericano.-

Hablar de “ pluralismo jurídico “ es hablar de una diversidad de sistemas normativos que actúan como mecanismos de control social y de resolución de conflictos que poseen legitimidad social y que coexisten entre sí ya sea mezclados , separados o colisionando entre sí, al interior de un espacio geo-cultural específico. Un sistema jurídico- normativo es más que un conjunto de costumbres arraigadas por la tradición en una comunidad valorativa determinada. Los sistema jurídicos comprenden, además de un conjunto de normas o leyes (escritas o ágrafas) conocidas y compartidas por los miembros una comunidad ética, una tipificación de delitos, un conjunto de operadores de justicia legitimados socialmente, procedimientos específicos de administración de justicia y una determinada concepción de la justicia. El derecho consuetudinario o las costumbres, sin estos cuatro elementos claves, no llegan a constituirse en sistemas jurídicos diferenciados.

En los estudios jurídicos es común aún referirse al derecho “originario “vigente en las sociedades ágrafas de tradición oral como “derecho consuetudinario “o derecho de costumbres. Incluso en la legislación nacional, el reconocimiento de la diversidad cultural del país se hacía mediante el reconocimiento del “derecho consuetudinario “. Este derecho sin embargo era siempre concebido como un derecho “menor “en relación al derecho estatal moderno republicano vigente. Si entraban en colisión ambos derechos, se decía que el conflicto se resolvía haciendo prevalecer el derecho estatal sobre el derecho consuetudinario. De otro modo se sostenía que se propiciaba la atomización del país y ponía en riesgo la unidad nacional.

El pluralismo jurídico alude pues a la co-existencia de una diversidad de sistemas jurídico-normativos en contacto. Estos pueden ser de diversos tipos , desde los casos de complementariedad de los sistemas tradicionales con los sistemas modernos de administración de justicia hasta los casos de colisión entre sistemas normativos de justicia tradicionales y sistemas oficiales estatales. En este sentido , el pluralismo jurídico es pues un fenómeno de interculturalidad de hecho.

Desde un punto de vista normativo, hablar de “ pluralismo jurídico” implica no establecer a priori una jerarquía entre el derecho estatal y el derecho de costumbres de manera que cuando entran en colisión , la contradicción se resuelve aplicando el derecho estatal por encima del derecho consuetudinario. De esta manera se soluciona el problema del prevaricato, pero no el problema de la justicia.

La doctrina del pluralismo jurídico alude por ello a la necesidad de normar las relaciones entre los sistemas jurídicos existentes , no desde el derecho estatal, sino desde la teoría de los derechos

humanos . Pero para que los derechos humanos se constituyan en el referente normativo último del pluralismo jurídico precisan permeabilizarse a otras maneras de entenderlos; requieren , en una palabra, tornarse inclusivos de la diversidad.

Pero el pluralismo jurídico es ante todo un hecho muy complejo que es preciso entender bien para proponer normativas adecuadas a los problemas que suscita. Para entender mejor lo que está en juego en esta forma sui generis de interculturalidad de hecho y de interculturalidad normativa procederé a presentar y analizar dos casos paradigmáticos extremos : el primero es un caso de complementariedad y el segundo un caso de colisión entre sistemas normativos tradicionales y no- tradicionales de justicia. .

a. Un caso de complementariedad de sistemas jurídicos .-

En esta parte me basaré en la investigación que realizara la antropóloga Nancy Ocha entre los chayahuítas o kanpo piyapi. ¹ Estos constituyen un grupo étnico con una población de cerca de 12000 habitantes agrupados en alrededor de 60 “ comunidades” entre los ríos Cahuapanas, Parana puras, Sillay y Shanusi en la provincia loretana del Alto Amazonas

Entre los chayahuítas la administración tradicional de justicia es una de las múltiples funciones asignadas al puenoto o chamán de la comunidad. “... El actúa como una persona que tiene el poder de ver en sus visiones al culpable durante las sesiones con ayahuasca que organiza y dirige a solicitud de la familia del agraviado... en caso de una muerte supuestamente a causa de “ brujería”, la familia del agraviado consulta a un puenoto y después de varias reuniones ve en sus alucinaciones si la víctima murió a causa de una enfermedad de Dios (natural) o le hicieron “ daño”.Luego, junto con la familia beben otra vez ayahuasca y llaman al espíritu del supuesto agresor, éste aparece, instaurándose un diálogo con la familia de la víctima, el espíritu les explica las causas de su agresión. Entonces, para confirmar sus visiones reinician las sesiones, una vez corroborada la sospecha solicitan al chamán para que lo mate... Este comportamiento es considerado moralmente válido “.²

En este contexto, la muerte no natural de una persona es una agresión al clan al que pertenecía la víctima y se repara mediante la muerte no natural del agresor, o en su defecto, de un miembro de la familia del mismo. No hay responsabilidad individual sino familiar en la comisión de un delito de esta naturaleza. La familia agredida hace justicia por la mediación del chamán, que identifica al agresor en el trance chamánico y ejecuta el designio de la familia , utilizando para ello los poderes mágicos de su alta investidura . Esta es la forma civilizada como “ para la familia del agresor se acaba una cadena de malos augurios o situaciones que los afectan. ³

En este contexto, la justicia interrumpe la cadena de muertes y agresiones que de otra manera se desencadenaría . Pero la justicia no parece ser otra cosa sino la venganza ritualizada y

¹ Véase , Ochoa Nancy, “ Apuntes sobre la noción de justicia entre los chayahuítas “. En: Comunidades campesinas y nativas. Lima, Caaap-Ser, 1993. : p.191- 217.

² Ibid.p.202.

³ ibid.

socialmente legitimada. Obliga la mayor parte de las veces a que la familia del agresor se auto destierre pues “... aunque generalmente el “agresor” se “fuga” para evitar la continuidad, es decir, se aleja definitivamente de su lugar pero, si el culpable y la familia del perjudicado permanecen en el mismo territorio, los rencores, las sospechas y la hostilidad permanente persistirán y se transmitirán a través de las generaciones “. ⁴ Parecería pues que la sanción suele ser el autodestierro forzado de la familia antes que la muerte del agresor. Pero en algunos casos la evasión del agresor es un hecho que a los ojos de la familia agredida permite restablecer la “paz” y el orden socialmente interrumpido. Es difícil por ello desentrañar una lógica que regula la consecución de los hechos.

En este contexto parecería que no hay diferencias sustanciales entre justicia y venganza . Entre los yanomami “ el espíritu de venganza es inculcado desde la más temprana edad al niño como un valor totalmente positivo y primordial... expresa su sentido de justicia... una vez entabladas las hostilidades... (sin embargo) la compensación obtenida por la venganza no permite jamás de reparar totalmente la ofensa “. ⁵

Hannah Arendt nos ha enseñado sin embargo que propiamente hablando la justicia es más que la sublimación de la venganza , es su interrupción. El deseo de venganza es una reacción natural , inmediata, “ ... es – nos dice – la reacción natural y automática a la transgresión “ , ⁶ reacción que de no interrumpirse, desencadena un curso incontenible de reacciones inesperadas que envuelven a los sujetos y que no les permite convivir de nuevo. La actuación de la justicia interrumpe este proceso e inaugura la posibilidad de nuevas formas de convivencia agresores y agredidos. El deseo de justicia surge de la sublimación del deseo de venganza pero, lo supera? La justicia es un acto racional que consiste en aplicar , no la sanción que nos hace (venganza), sino la sanción que corresponde proporcionalmente al daño causado (y que la mayor parte de las veces no satisface el deseo de venganza). Tiene como finalidad interrumpir la cadena infinita de daños que origina la venganza y regenerar la paz social interrumpida.

Me pregunto : cuando los chayahuitas administran justicia , qué es lo que está regulando sus actos ? El deseo de venganza sublimado y ritualizado o un principio racional desligado completamente del deseo natural de venganza ? No lo sé. O tal vez no existe nunca una discontinuidad total entre los sentimientos naturales que ocasiona un agresión injustificada y la aplicación de la sanción justa. Por momentos parecería que los operadores tradicionales de justicia no hacen sino viabilizar el deseo de venganza que reclama naturalmente la familia de la persona agredida, y por momentos parecería que el chamán aplica justicia pues hace posible la ruptura de la cadena infinita de males que normalmente desencadenaría la lógica de la venganza. El problema como se puede ver es complejo.

Mientras más tradicional es una comunidad y menos presencia tiene el Estado nacional en ella, más vigencia tienen los sistemas jurídicos ancestrales. Así ,los agraviados en el sistema tradicional de justicia chayahuita acuden en familia al chamán para solicitar justicia. El chamán investiga y determina quién es el culpable. La sanción sin embargo se establece sin la mediación de un

⁴ Ibid.

⁵ Ales C. Violence et ordre social dans une société amazonienne. Les yanomami de Venezuela ». En Etudes Rural. Paris. 1984, p. 89-114.

⁶ Arendt H. La condición humana. P.260

procedimiento legalmente regulado. Al acusado no le asiste en este contexto el derecho al debido proceso como sucede en las sociedades modernizadas. La investigación chamánica es considerado un proceso asistido por fuerzas sobrenaturales y por ello goza socialmente de innegable credibilidad. La administración de justicia no es pues un procedimiento profano; en ella lo sagrado y lo profano se mezclan inextricablemente.

Con la irrupción de la modernidad, y con ella, de las normatividad de la sociedad nacional , el sistema tradicional de justicia no ha sido trastocado sino relocalizado. La gente suele acudir primero al jefe de la comunidad o al teniente gobernador para solicitar justicia, y en segunda instancia acuden al chamán o puenoto. Sin embargo, la concepción de justicia como reparación de un orden natural vulnerado persiste a pesar de que el chamán o puenoto ha sido en muchos casos sustituido por operadores de justicia que representan en la comunidad a la sociedad envolvente. Pero cuando no funcionan estos operadores de justicia entonces recurren al chamán, que es el operador de justicia tradicional que finalmente hará justicia. Hay pues complementariedad- y no sustitución o colisión – entre los sistemas de justicia mencionados.

En el campo de la administración de justicia sucede algo inverso en relación a la que sucede en el campo de la salud. Mientras que en el primer caso la gente recurre primero al operador no tradicional de justicia y luego , en algunos casos, al chamán de la comunidad, en el ámbito de la salud primero se tiende a recurrir al operador de la medicina tradicional, y sólo en caso de que los resultados esperados no acontecen se recurre como última instancia al operador de la medicina occidental. Pero en ambos casos hay complementariedad, conjunción, mezcla, no exclusión o colisión. Se trata pues de dos casos claros de interculturalidad de hecho.

Muchos de los actuales conflictos “ se resuelven también a través de la mediación de las personas elegidas para administrar la comunidad tales como el apu. El teniente gobernador (que es el representante del Ministerio del Interior en la localidad y es nombrado desde fuera) , el profesor,etc. “ Se hace de la siguiente manera: en caso de un conflicto, uno de los representantes convoca a la parte agraviada y a los supuestos culpables, después que cada uno haya expuesto sus motivos, los mediadores deciden el castigo , evitándose así acusaciones mutuas. Sin embargo, en la mayoría de los casos el supuesto ofensor no se presenta o se fuga de la comunidad, esta actitud es considerada como negativa y es una de las razones para sostener su culpabilidad. Pero si el encargado no ha logrado su objetivo el agraviado reclama venganza y para ello recurre a la justicia tradicional”.⁷

Como puede verse el caso presentado no hace referencia solamente a un conjunto de costumbres dispersas sino a un sistema normativo de resolución de conflictos. Entre los chayahuitas hay operadores tradicionales de justicia – chamanes - que alternan con los operadores modernos u autoridades comunitarias, administran una determinada manera de entender la justicia más próxima al deseo natural de venganza que a la proporcionalidad racional propia de la concepción occidental de justicia. Finalmente , disponen de una tipificación de delitos con sus sanciones correspondientes (siendo los más frecuentes los llamados delitos sexuales – incesto y adulterio masculino y femenino – y los delitos civiles como el robo o la incitación al suicidio.”⁸

⁷ 203

⁸ ibid. 208.

La colisión sin embargo aparece en el momento de la aplicación de la sanción. En los sistemas tradicionales de justicia entre las sanciones previstas suelen considerarse sanciones que desde nuestra concepción de los derechos humanos son censurables, tales como la pena de muerte - como puede observarse en el caso presentado - o el azote - que es una práctica propia de la justicia tradicional en los Andes -. En estos casos, la contradicción entre los sistemas tradicionales de justicia y el sistema oficial es ineludible. Cómo resolverla? Subsumiendo el sistema tradicional al sistema estatal? Generando autonomías jurídicas entre ambos sistemas? O propiciando la transformación de ciertas costumbres sin poner en riesgo la continuidad cultural? En lo personal, me inclino por la tercera opción.

b. Un caso de colisión de sistemas jurídicos .-

Se trata de un caso de antología reseñado por Fernando de Trazegnies a partir de un expediente judicial, según el cual dos jóvenes menores de edad se unen en servinacuy⁹ en una comunidad campesina de los Andes y “viven así un tiempo como pareja e incluso ella sale embarazada dos veces; pero pierde estos niños, tiene dos abortos involuntarios. Pasa el tiempo y el muchacho se inquieta con su porvenir; luego de cinco años de vivir juntos deciden venirse a Lima porque, según sus declaraciones en autos, Lima les ofrecía perspectivas que no estaban abiertas para ellos en la comunidad”¹⁰.

Al llegar a Lima se instalan en la casa de una tía de la joven que vivía hacía veinte años en Lima. Una noche el joven regresa a la casa en estado etílico y le pega a la joven. La tía lleva a la chica a la comisaría para denunciarlo por los golpes pero “en el interrogatorio policial que se le hace al momento de presentar su queja, aparece que ella tiene 16 años, que hace cuatro años mantiene relaciones con él y que ha perdido dos niños. Para la Policía, conforme al Derecho oficial en el Perú es un caso de violación; porquela relación sexual con una menor es delito objetivamente, es decir, aunque exista consentimiento de la agraviada. Inmediatamente se capturó al muchacho y la situación cambió por completo”.¹¹ Por más que en ese momento la chica trató de retirar la denuncia, el asunto procedió de oficio. La violación es un delito penal, es una ofensa contra la sociedad. “... Si el joven del servinacuy no hubiera venido nunca a Lima, posiblemente no hubiera tenido ninguna dificultad con la ley. No habría habido el contacto entre su situación de derecho consuetudinario y la ley oficial. El derecho oficial y el derecho consuetudinario a veces no se conocen, otras veces hacen como si no se conocieran por conveniencia mutua”¹². En este caso, el desencuentro entre ambos derechos es inevitable; la colisión es un hecho. El joven estuvo preso 18 meses en la cárcel hasta que el juez correspondiente vió el caso. El presidente del Tribunal declaró luego que en ese momento no sabían qué hacer ante el conflicto de derechos. “... veíamos en el propio expediente que se trataba de un servinacuy perfectamente en regla, había pruebas suficientes de ello en autos. Pero al mismo tiempo, la edad es un límite que no podemos evitar: había violación, legalmente hablando había indefectiblemente violación. No reconocerla habría sido

⁹ El “servinacuy” es el tradicional matrimonio de prueba ritualizado en los Andes en el que participan las familias de ambos futuros cónyuges dando su consentimiento.

¹⁰ Trazegnies Fernando de. Pluralismo jurídico : posibilidades y límites. En : Comunidades campesinas y nativas. Lima, Caaap, 1993. P.17.

¹¹ *ibid.*p.18.

¹² *ibid.* P. 19.

prevaricar. Entonces, tuvimos que recurrir al artículo 45¹³: lo consideramos indígena semicivilizado, redujimos la pena a 18 meses – que era el tiempo que había estado preso el pobre hombre hasta ese momento- y le compurgamos la carcelería sufrida”.¹⁴

En este caso, el juez es claramente conciente que la aplicación tal cual de la ley consagraría una injusticia pues estaría penalizando en la conducta del adolescente una costumbre cultural. Y las costumbres, si bien pueden ser censurables éticamente – como por ejemplo el caso del infanticidio o la cliterectomía – ello no autoriza a penalizarlas judicialmente.

c. Moraleja .-

Hemos presentado dos casos extremos, uno de complementariedad y otro de colisión evidente entre derecho consuetudinario y derecho estatal; pero entre ambos casos típicos hay una amplia gama de casos mixtos en los que por momentos la colisión parece ser convertida en complementariedad y viceversa. “...Una reflexión más global sobre el pluralismo jurídico, la interculturalidad y los significados y retos del mismo, ponen en el centro de la reflexión la realidad de la “pluralidad normativa” frente al “monismo normativo” del derecho estatal. Es decir, (sobre)el hecho de la coexistencia de varios sistemas jurídicos, frente al planteamiento del monopolio estatal de la producción jurídica y su arbitraje por el Estado” (Irigoyen: 1995)¹⁵ En los casos de colisión de derechos, la doctrina del pluralismo jurídico como respuesta normativa a una situación de hecho, no se limita simplemente a “salvarla” mediante la afirmación del predominio del derecho estatal sobre el derecho tradicional. Lo que se busca en los estudios y las propuestas normativas sobre pluralismo jurídico es desabsolutizar el derecho estatal para tornarlo permeable a las diferencias valorativas y normativas ínsitas al derecho de costumbres.

La jerarquización a priori entre el derecho estatal y el derecho de costumbres no genera nuevas formas de convivencia digna. Ambos son derechos positivos y expresan perspectivas morales de valoración distintas. No se trata sin embargo de una apología irresponsable del “todo vale” del relativismo cultural. La jerarquía hay que replantearla y localizarla más bien en primer lugar entre ambos derechos positivos y la doctrina de los derechos humanos. Pero hay que abrir la doctrina de los derechos hacia otras formas de entender la dignidad humana más allá de nuestras conceptualizaciones y taxonomías básicas. A nosotros nos parece natural por ejemplo dividir los derechos humanos en tres generaciones de derechos, o entre derechos individuales básicos y derechos colectivos. Estas taxonomías esconden posturas filosóficas que no son ni necesariamente verdaderas – como no lo es ninguna posición teórica que se reclame filosófica, es decir, autoreflexiva- ni por otro lado englobante. Hay que empezar pues por permeabilizar la doctrina clásica de los derechos fundamentales – que posee un sesgo

¹³ El artículo 45 del Código Penal dice : “ Tratándose de delitos perpetrados por indígenas semi-civilizados o degradados por la servidumbre y el alcoholismo, los jueces tendrán en cuenta su desarrollo mental, su grado de cultura y sus costumbres, y procederán a reprimirlos prudencialmente conforme a la regla del artículo 90”. El nuevo código penal peruano elimina del texto los calificativos ofensivos pero mantiene el mismo punto de vista etnocéntrico de apreciación del derecho de costumbres.

¹⁴ Ibid. P. 21.

¹⁵ Irigoyen, Raquel. Estado de la cuestión de las investigaciones en Derecho: el “Derecho” puesto en cuestión. Lima, CEDYS, 1995, p330.

individualista bastante fuerte - hacia otras formas culturalmente válidas de entenderlos. La concepción ilustrada de los derechos humanos es poco auto reflexiva y por lo mismo puede ser profundamente alterofóbica. La alterofobia consiste en visualizar siempre las violaciones a los derechos humanos que se comenten fuera de la cultura de uno y no ver al mismo tiempo cómo se violan los derechos humanos dentro de la propia cultura . Como si La barbarie estuviera siempre en los otros. La ceguera de los estados occidentales en relación a las violaciones de los derechos humanos que se cometen en sus propios territorios y en los que invaden en nombre de los derechos humanos es un caso emblemático de “ alterofobia”¹⁶ . Esta no puede ser el punto de partida de una concepción transcultural y por lo mismo universalizante de los derechos humanos . La alterofobia es la cara oculta del etnocentrismo y no conduce a nada deseable.

Creo que que no hay razón válida para presuponer de entrada que la idea de derechos humanos es exclusiva de la tradición ilustrada. O tal vez, como sostiene Boaventura de Sousa Santos, “ todas las culturas poseen concepciones de la dignidad humana, pero no todas las conciben en términos de derechos humanos. Por eso, es importante identificar preocupaciones isomórficas entre las diferentes culturas. Designaciones, conceptos y Welanschaungen diferentes pueden transmitir preocupaciones o aspiraciones semejantes o mutuamente inteligibles”¹⁷ Además, conviene tener presente que “ ... todas las culturas son incompletas y problemáticas en sus concepciones de la dignidad humana. La idea de completud está en el origen de un exceso de sentido del que parecen sufrir todas las culturas y es por eso que la incompletud es más fácilmente perceptible desde el exterior, a partir de la perspectiva de otra cultura. Aumentar la conciencia de la incompletud cultural es una de las tareas previas para la construcción de una concepción multicultural de los derechos humanos “.

La ética ciudadana auténtica es profundamente “ alterofilica “ , abierta a dejarse fecundar por otras éticas culturales , por otras formas de convivencia y de entender el sentido de la vida y de la muerte . En nombre de los derechos humanos debemos – por coherencia- ética – abrirnos a esas otras formas de entenderlos más allá de nuestras categorías y paradigmas .

3.- Hacia una concepción etnodescentrada y dialógica de los derechos humanos .-

La actual doctrina de los derechos humanos no es ni dogmática ni estática. Es una doctrina abierta a las nuevas sensibilidades y a los aportes de los movimientos sociales . Es por ello que actualmente ,en los derechos llamados de cuarta generación, se incluyen los derechos de la mujer, los derechos de los niños, de los discapacitados, los derechos de los pueblos. Es una teoría abierta a la evolución y el cambio. Pero, a pesar de esta loable apertura, se mantienen ciertos sesgos etnocéntricos de los orígenes que es conveniente evidenciar para poder superar.

¹⁶ La expresión es de María Cristina Alvarez Degregori. En : sobre la mutilación genital femenina y otros demonios. Barcelona: Publicaciones de Antropología Cultural. Universitat Autònoma de Barcelona. 2001.

¹⁷ Boaventura de Sousa Santos. Por una concepción multicultural de los derechos humanos. En : Reconhecer para libertar. Rio de Janeiro. Ed. Civilizacao brasileira, 2003. P.442.

1. Así por ejemplo, desde la concepción de los derechos humanos vigente hoy en día parece natural diferenciar los derechos humanos en individuales y colectivos como si fuera evidente la línea de demarcación entre lo individual y lo colectivo. En realidad, esta clasificatoria presupone la aceptación de la dicotomía binaria entre lo individual y lo social, dicotomía altamente cuestionable hoy en día pues sabemos que las individualidades no constituyen entidades independientes de los procesos de socialización que se realizan en los colectivos que las individualidades recorren en su devenir histórico. Además, en las sociedades de tradición comunitarista, donde no es vigente el pensamiento binario dicotómico, no es concebible la existencia de individualidades exentas de lazos comunitarios fundantes. Lo colectivo es fundante de lo individual, no es una realidad distinta. Se trata pues de sociedades donde prima sobre todo un pensamiento holista, donde las dicotomías binarias de la racionalidad analítica Occidental no son ni evidentes ni vigentes. No creo que la aceptación de los derechos humanos como normatividad última de las relaciones humanas presuponga la aceptación de las categorías binarias de la modernidad Occidental. Más aún, ahora que dentro de la misma filosofía Occidental, dichas dicotomías se encuentran en proceso de deconstrucción.

2. Por otro lado los derechos humanos se suelen clasificar en tres generaciones de derechos: en derechos civiles y políticos o de primera generación, derechos económicos, sociales y culturales o derechos de segunda generación y derechos colectivos de grupos vulnerables (y otros) o derechos de tercera generación.

Los derechos civiles y políticos son conceptualizados como derechos individuales y son axiológicamente colocados como fundamentales. Desde esta categorización, los derechos colectivos de segunda y tercera generación no son fundamentales, sino complementarios; lo cuál tampoco es ni obvio ni evidente. Sobre todo, cuando nos colocamos en la perspectiva de aquellas sociedades y culturas para las que lo comunitario es fundante de la subjetividad.

Por ello esta categorización de los derechos contrasta con las concepciones amerindias de la dignidad humana. Desde las concepciones amerindias estas taxonomías y valoraciones previas no son ni compartidas ni obvias. No creo que compartir el punto de vista de los derechos humanos presuponga compartir taxonomías culturalmente determinadas. Creo por el contrario que tenemos que “desmitologizar” los derechos humanos; es decir, separar lo que es su envoltura cultural de lo que es lo esencial de su propuesta ética.

3. Creo que para que los derechos humanos adquieran legitimidad moral en horizontes culturales distintos al que le dieron origen es importante deconstruirlos teóricamente para luego reconstruirlos dialógicamente. Asimismo, creo que es importante sistematizar conceptualmente aquellas concepciones de los derechos que se encuentran ínsitas en otros horizontes culturales. En esta línea de trabajo creo que es importante buscar y tematizar las semejanzas entre las concepciones de la dignidad humana y su relación con la naturaleza entre las diversas culturas amerindias.

Un isomorfismo que salta a la vista cuando uno se introduce en el estudio de las concepciones amerindias de los derechos es la importancia que le otorgan al derecho a la tierra. Y es porque para los indígenas los derechos humanos no son merecimientos naturales desterritorializados. Presuponen locus, espacio, tierra. Pero la tierra es más que un conjunto de recursos naturales explotables. La tierra – el territorio – posee connotaciones simbólicas altamente significativas y primordiales que no las tiene para una mentalidad liberal ilustrada. La tierra es parte del ethos de las personas: es el locus del éthos. Es el hábitat en el que transcurre

la vida y la historia y en el que se juega la dignidad de las personas . No hay derechos sin tierra. El derecho a la tierra es pues un derecho fundamental. Pero el derecho a la tierra no es equivalente al derecho individual a la propiedad privada de la doctrina liberal de la ciudadanía. Es otra concepción de “ lo fundamental” que no pasa por nuestras clásicas taxonomías .

Un segundo isomorfismo que salta a la vista es que no se hace una diferenciación entre derechos individuales y derechos colectivos porque lo individual acontece en lo colectivo y no al margen de él. Parecería que las concepciones amerindias de los derechos parten de una concepción comunitarista, no liberal- individualista , de la persona. No ha llegado ya el momento de destacar la teoría de los derechos humanos - con sus taxonomías y valoraciones - de la filosofía individualista liberal moderna para que adquiere la capacidad de generar “ consensos trasladados “ (a lo Rawls) entre la pluralidad de culturas y doctrinas que habitan las conciencias de las ciudadanas y ciudadanos de las sociedades pluriculturales modernas?

Esto permitiría iniciar la re-construcción dialógica de los derechos humanos para hacer de ellos principios morales legitimados inter-culturalmente y por lo mismo universalizables y rectores de la convivencia entre los pueblos. Esto nos podrá conducir “ eventualmente a una concepción mestiza de los derechos humanos , una concepción que , en vez de recorrer a filos universalismos, se organiza como una constelación de sentidos locales, mutuamente inteligibles,y que se constituye en red de referencias normativas capacitantes”.¹⁸

¹⁸ Ibid. P 443.