



Tesina de la carrera de Derecho de la Universidad de Valparaíso

JURISDICCION MULTICULTURAL: JUSTIFICACION, DESAFIOS Y  
LIMITES PARA SU IMPLEMENTACION

Soledad Fernández Bernal

Profesor Guía: Luis Villavicencio

Diciembre de 2017

## ÍNDICE

INTRODUCCIÓN .....	4
I. Justificación de un reconocimiento multicultural.....	9
1. Divergencia de dos discursos: no existe un solo Derecho.....	9
2. Lo hegemónico, lo absoluto. Una relación simbiótica entre Estado y Derecho.....	10
2.1. El Estado moderno: el Estado-nación.....	10
2.2. Soberanía estatal: la tensión entre la unidad y la diversidad cultural..	13
2.3. Sistemas jurídicos hegemónicos y hegemonizados: ¿quiénes son quiénes? La mujer indígena en este relato.....	14
3. Nuevo paradigma: repensando el Derecho como instrumento de consenso.....	15
3.1. Nuevo escenario global: la globalización.....	15
3.2. Nueva crisis de legitimidad y soberanía. Democracia y movimientos sociales.....	16
3.3. Nuevo Derecho: el pluralismo jurídico y nuevas formas de producción normativa.....	17
4. El reconocimiento como una necesidad.....	18
II. El reconocimiento: jurisdicción multicultural y propuestas deliberativas, ¿cómo plasmarlas en el Estado nación?.....	20
1. Moldeando una política integral de reconocimiento.....	20
2. La jurisdicción multicultural.....	22
2.1. Monismo estatal.....	22
2.2. Pluralismo jurídico tenue o simbólico.....	27
2.2.1. Derecho estatal aplicado por autoridades indígenas.....	28
2.2.2. Derecho indígena por autoridades estatales.....	30
2.3. Pluralismo jurídico pleno.....	33
3. Competencias de la jurisdicción indígena.....	33
III. Límites a la jurisdicción multicultural.....	34
CONCLUSIONES.....	40
BIBLIOGRAFÍA.....	42

## RESUMEN.

En el presente estudio se aborda el problema del reconocimiento de los derechos indígena, en el marco del pluralismo jurídico del contexto latinoamericano. Se sistematizan las respuestas al conflicto cultural de la jurisdicción multicultural y las propuestas deliberativas, que permiten moldear un modelo integral de reconocimiento al conflicto cultural que se suscita entre el Estado-nación y los derechos indígenas. Desde una visión pluralista, se entrega una respuesta fundamentadora de la jurisdicción multicultural, situada en los procesos globales de cuestionamiento del derecho, crisis paradigmática y la emergencia de nuevos conflictos sociales. A su vez, se conceptualizan diversas pautas de acción que permitan una adecuada implementación de la jurisdicción multicultural, la interrelación con el derecho oficial y los límites a determinar para el ejercicio de la jurisdicción indígena, consistentes en los derechos humanos sustentados en un discurso y diálogo intercultural, basados en la reciprocidad como intercambio trascendental.

PALABRAS CLAVES: Crisis paradigmática, jurisdicción multicultural, propuestas deliberativas, pluralismo jurídico, derechos humanos.

## INTRODUCCIÓN

Las luchas –tales como el feminismo y el reconocimiento indígena- mal llamadas secundarias, han intentado ser una voz en alza frente a la denominada lucha principal, esto es, aquella con un carácter de clase que busca derrocar mediante políticas de redistribución, una cierta posición que detentan los sujetos, en virtud de su capacidad económica. Muchas veces ignoramos que nuestro rol en la sociedad no sólo pasa por una determinada jerarquía económica, sino que también por una jerarquía social basada en circunstancias sociales que van más allá del ámbito económico, de los modos de producción o de la acumulación de riqueza.

Así, ser mujer o pertenecer a un pueblo originario, aún cuando se posea los suficientes recursos que garanticen una óptima calidad de vida, es sustancial y cualitativamente muy distinto a ser hombre o de un origen étnico-racial dominante. De esta manera, el género y nuestra pertenencia a un pueblo originario son condiciones relevantes que van a definir este rol social, junto con otras condiciones como nuestra orientación sexual, nuestro color de piel, nuestras capacidades físicas o el lenguaje que hablemos.

Estas categorías pueden ir también superponiéndose, por lo que en un cierto caso concreto, podemos ir constatando una a una cada condición, para concluir que nuestro mayor o menor estatus en la sociedad es un elemento variable y gradual que influirá directamente en un mayor o menor reconocimiento por parte de quienes ejercen una posición dominante en la sociedad. Es la mayoría hegemónica quien concede y visibiliza las demandas de quienes conforman los múltiples subgrupos o subminorías oprimidas en base al ejercicio de un poder fáctico –quien impone su cultura, lengua, religión, quien norma nuestras conductas, en definitiva, quien crea Derecho-.

Sin ir más lejos, nuestro propio Estado-nación Chile, está constituido por una mayoría que comparte ciertas características dominantes, a saber: ser hombre, de origen mestizo “chileno”, heterosexual, adulto, capitalino, preferentemente de clase media-alta. La adecuación a este perfil social va configurando el perfil también del éxito, del emprendimiento social.

El problema que se suscita a raíz de esta quizás amplia vuelta que hemos hecho, es que la ciudadanía –y con ello la obtención de derechos y reconocimiento-, se perfila en tal modelo mayoritario de habitante de un Estado. Así, el ciudadano es aquel modelo ya descrito en estos

cánones imperantes. Es él quien escribe la historia, quien crea el Derecho, quien gobierna, quien somete. Quien está fuera de este estándar -y mientras más se aleje de él-, queda fuera de los derechos universalmente reconocidos “al hombre y al ciudadano”, pero ello no obsta a que se le exijan todos sus deberes y obligaciones; en otras palabras, puede que a las mujeres se nos discrimine, se nos acose, se nos niegue educación en preferencia de nuestros hermanos hombres, se nos cobre más en planes de salud, se nos haga más difícil encontrar un trabajo, pero nada de eso importa si es que de igual manera, debemos necesariamente reconocer a nuestros hijos, realizar una segunda jornada laboral, traspasar nuestras energías sexuales y de crianza, y por supuesto, respetar un Derecho que ha sido casi exclusivamente creado por hombres<sup>1</sup>. En definitiva, nadie puede negar que, en su mayoría, las mujeres “carecen de poder ya que viven y trabajan bajo la autoridad de otras personas” (Villavicencio y Zúñiga, 2015a: p. 723).

La situación se agrava doblemente si además somos una mujer indígena, en donde no sólo nos vemos como minoría bajo la mirada del Estado, sino que también eventualmente ante nuestra comunidad de origen. Este es el caso de quizás miles de mujeres aymarás, quechuas, atacameñas, mapuches y rapanuis, que viven sometidas por un lado, al Derecho Estatal y por otro lado, a la costumbre indígena (y por qué no, llamarle genuinamente también Derecho Indígena).

Nuevas problemáticas comienzan a relucir: ¿cómo resolvemos aquel dramático escenario en que una mujer indígena se ve vulnerada en sus derechos, ya sea en uno u otro ordenamiento normativo? ¿Qué debiera hacer dicha mujer atrapada frente a una realidad normativa que rechaza o aminora su posición de mujer y/o de indígena? Ante este dilema se han esbozado diversas soluciones que conceptualmente podemos catalogar en cuatro respuestas teóricas:

1. Una primera respuesta proveniente del liberalismo igualitario, representado en autoras como Friedman y Hay, establece que dándose una eventual vulneración de

---

<sup>1</sup> Consultar cifras en el informe de la Unión Interparlamentaria “*Women in parliament in 2016*”. Documento electrónico disponible en: <http://www.ipu.org/pdf/publications/WIP2016-e.pdf> Fecha última consulta: 22 de junio de 2017.

En Chile, sólo el 15,8% de los parlamentarios son mujeres, ubicándose en el puesto 127 de 190 países que componen la lista del Mapa “*Women in politics: 2017*”. Documento electrónico disponible en: <http://i1.wp.com/www.un.org/sustainabledevelopment/wp-content/uploads/2017/03/03-15-women-in-politics-2017-en.jpg?resize=2500%2C1651> Fecha última consulta: 22 de junio de 2017.

derechos, ésta estaría legitimada políticamente en caso que todos los involucrados en tal situación, consintieran unánimemente.

2. Luego, el no intervencionismo tolerante, expresado en el principio de salida simple también nos muestra una solución controvertida. Su exponente, Kukathas, plantea que podemos practicar la tolerancia, de tal manera de no intervenir ante situaciones que vulneren derechos, con la condición de que se garantice que todos los miembros de tal comunidad tengan un derecho de abandono en caso que no acepten tales prácticas. Así, todas las personas podrían simplemente ejercer su derecho de salida, retirándose de la situación con la que no estén de acuerdo.
3. En tercer lugar, la jurisdicción multicultural, defendida por Shachar, en términos muy simples postula que en ocasiones, las diferencias culturales pueden facultar a una persona para optar por una u otra jurisdicción, que le resulte más beneficiosa para su caso concreto. Tal opción parte de la afirmación de que pueden convivir junto con la jurisdicción estatal, jurisdicciones locales al interior de cada comunidad que detentan también el poder jurisdiccional de resolver conflictos de relevancia jurídica-social.
4. Por último, las propuestas deliberativas ponen el énfasis en un diálogo intercultural que fomenta la participación de todos los sectores (y naciones) de una comunidad política dentro de un Estado. Aquí es donde se vislumbran difusamente “modelos pluralistas jurídicos” que eventualmente pudieran rozar en aceptar también una jurisdicción pluralista.

El objetivo central de este estudio, será centrarme en las dos últimas respuestas, entendiendo que son las únicas dos plausibles que pueden fundamentarse desde una perspectiva moral y desde la filosofía política. Profundizaré entonces en el problema de la jurisdicción multicultural y los modelos pluralistas jurídicos de las propuestas deliberativas, con el objeto de conceptualizar ambas respuestas, desarrollarlas y marcar sus difusas fronteras, acentuando a su vez, posibles puntos de encuentro.

Este objetivo se logrará tratando tres preguntas por separadas, pero que se explican e integran de un modo global:

- a. ¿Puede fundamentarse una jurisdicción multicultural o pluralista, esto es, reconocer algún tipo de pluralismo jurídico y en qué grado, dentro del marco de nuestro –aún- Estado nación?
- b. Adelantando una respuesta afirmativa, nos preguntaremos nuevamente ¿cómo sería este reconocimiento? ¿bajo qué formas se concretaría?
- c. Para por último, rematar cuestionándonos, ¿cuáles serían los límites con los que operaría este reconocimiento? Puesto que todos los sistemas llamados “puros” o “genuinos” conllevan dificultades que pueden provocar situaciones aún más desfavorables que el punto de inicio.

Así, cada pregunta planteada será intentada responder en cada uno de los tres apartados del desarrollo:

- I. Justificación de un reconocimiento pluralista.
- II. Formas de reconocimiento: cuatro modelos conceptuales de jurisdicción.
- III. Límites materiales y formales a la jurisdicción multicultural o pluralista: los derechos humanos y el constructivismo dialógico.

En síntesis, exploraré sobre el por qué una jurisdicción multicultural o pluralista, el cómo llevarla a cabo y con qué límites será necesario contar para tal efecto. Concluiré finalmente con lineamientos políticos y jurídicos.

Antes de abocarme a esta ambiciosa tarea, quisiera hacer una advertencia y mencionar un punto de relevancia. La advertencia es que, antes de verme enfrentada al reproche y a la crítica, quisiera enfatizar que habrá un sinnúmero de temas que tocaré en las siguientes líneas, cuyo carácter polémico y controvertido requerirá de otros estudios más específicos y acabados que puedan trazar líneas más concluyentes. En esta ocasión, muchos de estos temas sólo serán traídos a colación escuetamente por su pertinencia en el objetivo central, colaborándome a tener una visión más holística e integradora de la problemática, pero en nada aspiran a ser puntos resueltos en esta amplia temática.

Ahora sí para terminar, el punto de relevancia que anticipé, es que no puedo dejar de referirme al porqué abocarme a este asunto con tan poco análisis y estudios en este país. A lo largo de mis cinco años de estudio de pregrado, esta discusión sobre pluralismo jurídico estuvo casi ausente, salvo algunas someras menciones en Introducción al Derecho y a la Filosofía Jurídica y Moral, y uno que otro ramo electivo. La mayoría de mis cuestionamientos y lecturas fueron fuera del aula de clases y estoy consciente de que son temas que no gozan de un predilecto interés por parte de los estudiantes de Derecho y abogados u otras áreas afines. No obstante, la relevancia práctica que detenta este asunto es de tal magnitud que podría llevar a implicarse en la vida de miles y miles de mujeres indígenas que se han visto en esta situación.

Tengo la convicción que esta investigación será llevada a cabo por este deseo de reivindicación, que sugiere llevar al Derecho al lugar donde debiera realmente estarlo: al cambio, a la transformación y sobre todo, a la emancipación social. Esta tesis tiene ese humilde deseo de contribuir a forjar ese pensamiento crítico, desde y para Latinoamérica, nuestros orígenes, para esos otros que aunque la historia oficial no lo reconozca, siempre estuvieron ahí, en resistencia, en alternativa.

## I. JUSTIFICACIÓN DE UN RECONOCIMIENTO MULTICULTURAL

Para abocarnos al estudio de los diversos modelos conceptuales de reconocimiento en el plano jurisdiccional, es imprescindible que nos preguntemos inicialmente qué justifica este mismo reconocimiento. De lo contrario, incurriría en dar por supuesta la idea central de todo este análisis, pudiendo ser entonces, un mal inicio metodológico.

Es por eso, que a lo largo de los siguientes títulos introduciré algunos temas afines que permitirán ilustrar el problema del multiculturalismo, con su respectivo correlato jurídico en el pluralismo jurídico, sus diversas consecuencias y tensiones entre los principios de unidad y diversidad cultural, entre Estado y nación, entre el universalismo unificador y el universalismo integrador, entre la soberanía estatal y la justicia comunitaria.

### 1. Divergencia de dos discursos: no existe un solo Derecho.

Resulta difícil cuestionar una realidad que aparece como autoevidente, que se estudia predominantemente en las facultades de Derecho y que se va reproduciendo constantemente en el escenario político; esto es, que el Derecho válido sólo emana del Estado y toda otra forma de concebir el Derecho, no es un genuino ordenamiento jurídico, sino que se reduce a simple costumbre, usos o tradición<sup>2</sup>.

Esta visión tradicional de comprender el Derecho genera dos consecuencias importantes: en primer lugar, un discurso hegemónico que impregna las instituciones y su normativa, y que por tanto, invisibiliza lo hegemónico como inexistente o como una tenue opinión minoritaria, dando por resultado una segunda consecuencia que se expresa en una resistencia frente a este discurso hegemónico, una visión heterodoxa de entender el Derecho que produce a su vez, su propio discurso.

Desenmascarar el Derecho es revelar que existe una alternativa a la perspectiva tradicional. Es evidenciar que existe un choque de dos discursos, dos visiones y en definitiva, dos formas de dimensionar el Derecho: una como realidad normativa amparada bajo las elocuentes construcciones doctrinarias de antaño y otra manera como un fenómeno de la

---

<sup>2</sup>El reconocimiento constitucional en los derechos estatales latinoamericanos obedecen a distintas denominaciones. Por ejemplo, en Perú se habla de “derecho consuetudinario”, en Bolivia de “costumbres y procedimientos”, en Ecuador se utiliza tanto “costumbres” como “derecho consuetudinario”, en Colombia sólo se habla de “normas y procedimientos” y por último, en Venezuela se usa la fórmula más discutida de “tradiciones ancestrales”.

realidad social que tiene su representación en múltiples “sistemas insertos, interrelacionados y vinculados con los diversos elementos que conforman la vida en sociedad” (Sánchez Rubio, 2008, p. 113), que van finalmente configurando nuestra manera de desenvolvernó y convivir en sociedad, entre individuos y comunidades.

En buenas cuentas, existe una visión monista-estatal cuya estrategia es justamente negar la naturaleza jurídica a otras normatividades fuera del marco estatal, incluido el Derecho indígena (Cabedo, 2004: p. 60). Los operadores del Derecho hegemónico-estatal niegan la juridicidad de cualquier otro sistema normativo que no esté compuesto por las normas jurídicas que se dan en el monopolio de la producción normativa estatal, a través de sus órganos únicamente legitimados para este propósito. En la gran mayoría de los Estados modernos, predominantemente el Poder Legislativo tiene la competencia para crear auténtico Derecho. Aquello que se encuentre fuera de estos parámetros, no tiene lugar en el ordenamiento jurídico vigente, quedándose en la mera costumbre, uso o tradición. De ser costumbre, la gran mayoría de las veces, esta fuente formal del Derecho queda irremediabilmente subordinada a la ley, perdiendo toda importancia y obligatoriedad fuera de ella.

En contraposición, existe una visión “social” (López, 2005: p. 49) que critica, en mayor y menor medida, las falencias que produce el modelo anterior que, no obstante, ser el discurso hegemónico, tiene su resistencia. En el contexto de una acelerada globalización y transformaciones multidimensionales, también han surgido voces y demandas en torno a una nueva forma de entender el Derecho: desde la diversidad cultural, los derechos colectivos, la democracia participativa, la justicia comunitaria. Esta confrontación a la postura dominante constituye un verdadero desafío no sólo en el desenvolvimiento de los individuos y las comunidades en relación al Estado, sino que sobre todo, en el arribo de un nuevo paradigma: el pluralismo jurídico.

A continuación, veremos cada uno de estos paradigmas por separado, examinando su origen, su legitimación y cómo cada uno de ellos, adopta una postura frente a la diversidad cultural y sus implicancias jurídicas, políticas y sociales.

## 2. Lo hegemónico, lo absoluto. Una relación simbiótica entre Estado y Derecho.

Una de las primeras nociones que aprendemos al iniciar la carrera de Derecho, es el carácter coercible que detentan las normas jurídicas y que a fin de cuentas, le da ese sello único distintivo de ‘norma jurídica’, perteneciente al mundo jurídico, distinguiéndolas, por tanto, de las normas sociales, morales o religiosas.

La coercibilidad entonces, es una característica inherente a la norma jurídica que implica la legítima y eventual posibilidad de aplicar la fuerza socialmente organizada, con el objeto de lograr el cumplimiento del derecho (Kelsen, 2011: p. 83-108). La importancia se encuentra en la eventual aplicación de fuerza por parte de órganos coercitivos para un cumplimiento forzado del Derecho. La dificultad está en que, casi inevitablemente, y durante largos años de enseñanza, asociamos que esta fuerza socialmente organizada radica indiscutiblemente en el monopolio estatal de la fuerza, y por ende, estos órganos coercitivos se limitarán exclusiva y excluyentemente a los órganos estatales investidos para este fin. En ese sentido, “se considera Derecho al sistema jurídico estatal, no pudiendo, por tanto, existir diversos sistemas jurídicos en un mismo territorio (espacio geopolítico).” (Cabedo: 2004, p. 13).

Esta noción del Derecho, que patenta una relación casi simbiótica –o parasitaria, dependiendo de la perspectiva- con el Estado, es la postura tradicional en las aulas en donde se enseña Derecho. No es de extrañar entonces, que constituya un discurso hegemónico de cómo concebimos el Derecho como un instrumento estatal de control y sumisión.

### 2.1. El Estado moderno: el Estado-nación.

No es casualidad que la concepción monista del Derecho prevalezca desde la irrupción del Estado moderno, un ente que centralizó el poder y por ende, monopolizó el uso de la fuerza y la producción jurídica, con el objeto de uniformar al súbdito-ciudadano.

Para lograr esta meta, se requirió que el Estado se asimilara indispensablemente con el concepto de nación, y que a su vez demandó concebir una visión forzada, consistente en que cada Estado correspondería a una nación, considerado como el requisito esencial que favorecería el principio de unidad territorial y política, para la consecución de determinados fines colectivos (De Julios-Campusano, 2008: p. 52).

Sólo así se lograría sostener el poder político y jurídico que representó el Estado moderno, frente a la descentralizada y débil estructura medieval que sucumbió ante las nuevas jerarquías y lógicas de la Modernidad. Señala López, que el Estado-nación se construyó concentrando el poder en un único criterio universal-unificador, por lo que debió “mantener la unidad tanto de su territorio como de su población”, conllevando a por un lado, homogeneizar a su población mediante políticas asimilacionistas que crearan un sistema de valores comunes junto con una conciencia nacional que distinguiera una nación de otra, y por otro lado, reconociendo exclusivamente un Derecho que permitiera garantizar el control territorial (2006: p. 42).

Claro está, que este Estado-nación se configuró en torno al ciudadano, siendo el único sujeto político relevante a quien se le reconocieron derechos civiles y políticos, que le permitieron participar en la vida política del mismo Estado. La principal crítica al liberalismo que sustentó el Estado igualmente liberal fue su imagen abstracta e idealizada del ciudadano, que coincide justamente con quienes detentan una jerarquía social superior, rasgos dominantes frente a otros: quien fuera hombre, blanco, adulto, heterosexual (Cfr. Villavicencio, 2014a: pp. 605-621; 2015b: pp. 151-173).

Con esto llegamos a otro punto interesante de análisis: tras el progreso de la historia occidental y más aún, de la historia política-social europea, vemos cómo ésta fue universalizando las formas de sociedades no europeas. El lenguaje universalizador que toma el constitucionalismo moderno en las sociedades hegemónicas fue el de la historia de los ganadores, es decir, un lenguaje etnocentrista que impregnó las instituciones coloniales y luego, republicanas de América Latina, siendo una fiel demostración de que el Derecho el “reflejo de luchas y victorias de unos grupos sobre otros, conseguidas a lo largo de la historia” (López, 2006: p. 44).

En nombre del progreso y de la civilización, el constitucionalismo moderno se caracterizó por una visión progresiva de la Humanidad (Bonilla, 2006: p. 85): una especie de línea de tiempo evolutiva, en que la historia oficial avanza en torno a la ciencia y a la tecnología, y que por tanto, lleva a desechar otras formas de vida al existir un único criterio para evaluar las culturas, y que sería –sin sorprendernos-, el de la historia política, económica y

social de la sociedad europea, puesto “damos por hecho que lo que sucede en la historia occidental es la única historia válida” (Sánchez Rubio, 2008: p. 114).

Para consolidarse, el Estado-moderno también acudió a la doctrina jurídica que se impuso a favor y en socorro de la visión monista-estatalista del Derecho: el positivismo jurídico. En términos simples, en un intento por proteger la seguridad jurídica, se estableció que derecho vigente es únicamente derecho escrito. Esto excluye manifiestamente la costumbre, fuente base del Derecho indígena, como una política de exclusión: la codificación tenía un propósito claro de patentar un ideal de ordenamiento jurídico con pretensiones de plenitud, uniformidad y coherencia que proviniera exclusivamente del Estado (Giraudó, 2007: p. 40). El Derecho queda así reducido casi únicamente a la ley en su sentido amplio: acotado a Códigos que excluyen otras fuentes normativas como la jurisprudencia y la costumbre indígena (Clavero, 1994: p. 40).

## 2.2. Soberanía estatal: la tensión entre la unidad y la diversidad cultural.

El Estado y su producción jurídica estuvo basado en que la ley –la fuente formal del Derecho más relevante de todas- constituía el ejercicio de la voluntad soberana de la nación. En palabras de Quijada, “la única e indivisible fuente de legitimidad del poder político residía en la comunidad –el pueblo, que pasó a identificarse con la nación-.” (2007: p. 61). De esta manera, el artículo 5º de la Constitución Política de Chile recita que la “soberanía reside esencialmente en la Nación” y así lo ha dictado desde al menos la Constitución provisoria para el Estado de Chile de 1818.

Pero ya sabemos que quiénes conforman esta Nación son individuos homogéneos, miembros de esta comunidad imaginaria llamada ciudadanía, que se “levanta sobre la negación de la diferencia” (Susín, 2008: p. 164) cuya aplicación resulta ser la puesta en escena del principio de unidad cultural.

La balanza a favor de la unidad cultural en esta tensión da dudosas conclusiones: la homogeneización es sinónimo de estabilidad y progreso; mientras que la diversidad genera conflicto y caos (Quijada, 2007: p. 59), de tal manera que cualquier intento de ponderar la diversidad cultural y el reconocimiento a la diferencia, es visto como hostil e incluso enemigo de la democracia, rival del individuo y sus derechos humanos –igualmente individuales-, lo que

provoca que actualmente la única vía de lucha y resistencia por el reconocimiento del pluralismo jurídico, y más propiamente tal, el derecho consuetudinario indígena es el mismo marco estatal, su estructura nacional y en sus instituciones judiciales, políticas y legislativas (Stavenhagen, 2013: p. 15).

Pero la soberanía en su interpretación decimonónica ha entrado en crisis, junto con todo el paradigma tradicional. El panorama actual es sustancialmente distinto al de hace dos siglos atrás, ya que la obsoleta tríada “Estado-Nación-Ciudadanía” (Susín Beltrán, 2008: p. 156) y su legitimación en la soberanía popular ha comenzado a agrietarse. “La legitimidad del orden jurídico es, cada vez más, una ilusión, una imagen mistificada, una ficción” (Julios-Campusano, 2008: p. 71). Las circunstancias exigen que la soberanía absoluta añeja sea redefinida, repensada desde los nuevos sujetos sociales y no desde las elaboraciones caducas de la filosofía política y dogmática jurídica de antaño.

### 2.3. Sistemas jurídicos hegemónicos y hegemonzados: ¿quiénes son quiénes? La mujer indígena en este relato.

Afirma Cabedo que la hegemonía del sistema jurídico estatal “son las relaciones de poder que se establecen entre aquellos que lo detentan o lo ejercen y aquellos a los que se impone” (2004: p. 29). En ese sentido, la historia confiere el título de ganadores a unos y de vencidos a otros, todo determinado por el ejercicio fáctico de poder que en el caso de nuestro continente, se dio en la colonización y posterior independencia de las repúblicas latinoamericanas. En un primer momento, los conquistadores disputaron el control del territorio y la población, siguiéndole luego, los criollos, de ascendencia hispana, ya erradicados en las colonias americanas.

Pero delimitemos un poco más a los protagonistas de esta historia: el ciudadano, quien fuera, el hombre blanco. ¿Qué quedó entonces para la mujer indígena? Se mantuvo al margen del Estado, al margen de los derechos que le concedieron las quizás bien “intencionadas sociedades liberales”, quienes hasta cierto punto incluso, podrían haber tolerado esta forma violenta de opresión en función de grupo en torno al género y la pertenencia étnica (Marion Young, 1990: p. 109). La violencia estructural justamente se ha asienta cómodamente en las sociedades democráticas y liberales (Moraes Da Costa, 2008: p. 234)

Pero la forma más violenta de concebir el lugar de la mujer en este relato, dentro de la estratificación de las sociedades modernas, la grafica muy bien Boaventura de Santos, quien las caracteriza por su “fascismo social”. Mucho tiempo después de la conquista, la colonia y la república, aún sigue estando la mujer indígena en lo que él denomina “sociedad civil incivil” (2005: p. 377), doblemente relegada en su condición de mujer y de indígena, dentro de la periferia social, la más excluida de todo reconocimiento, participación política o visibilización.

### 3. Nuevo paradigma: repensando el Derecho, como instrumento de consenso.

A estas alturas, ya podemos empezar a anticipar la crisis paradigmática que se vino gestando durante las últimas décadas producto de un sistema pensado para una cierta categoría de personas –el ciudadano-, y que a fin de cuentas, no respondió a las necesidades que surgían en las sociedades que no se adecuaban a este modelo de Estado-nación. Más aún en el contexto latinoamericano, donde sus Estados se gestaron cubriendo una historia de conquista y sometimiento.

En este acápite es necesario distinguir tres eventos sucesivos y concatenados: un nuevo escenario global, que configura una nueva crisis de legitimidad y soberanía, para finalmente canalizar una válvula de escape, un nuevo derecho que responda a las exigencias de esta cadena, el nuevo escenario global y por tanto, configure los nuevos discursos legitimantes del Derecho y la soberanía.

#### 3.1. Nuevo escenario global: la globalización.

Lo primero que cabe precisar es que hablar de “nuevo escenario” global no implica que la globalización sea un fenómeno reciente ni mucho menos algo exclusivo de esta época de la Humanidad. Todo lo contrario, desde mucho antes de la Edad Media hubieron “impulsos hacia la multiculturalidad, incluso hacia la globalización”, de tal manera que “la globalización y el multiculturalismo no son el último gran logro de la historia humana” (Höffe, 2000: p. 28 y 29), y así es como a lo largo de la historia se han gestado diversos modelos de respuesta ante el tratamiento de la diversidad cultural e incluso del pluralismo jurídico.

No olvidemos que el Estado “es un grupo social más que surge en un momento concreto de la historia de la Humanidad y que hoy ha adquirido una gran importancia”

(Cebeira, 2008: p. 86) pero que de ninguna manera, puede totalizar todas las experiencias de organización política de la historia.

Entonces, el nuevo escenario se caracteriza principalmente por el “desmantelamiento del sistema colonial y la emergencia de una pléyade de nuevas naciones, del novísimo mundo actual de fronteras de información, de globalización desenfrenada” (Bauman, 2008: p.12).Luego, es razonable que los valores que daban soporte a la estructura moderna, empiecen a decaer, junto con toda la institucionalidad hasta ahora conocida, a espera de una nueva fuente de legitimidad.

### 3.2. Nueva crisis de legitimidad y soberanía. Democracia y movimientos sociales.

Adelantábamos en el apartado anterior la prolongación de una crisis societaria estructural que cuestiona y socaba las categorías del pensamiento jurídico –el Derecho estatal y su doctrina- y con ello, toca el fondo de la institucionalidad: la legitimidad y soberanía del Estado, la democracia y los derechos.

En este nuevo panorama, la globalización entendida por Julios-Campuzano como un conjunto poliédrico y a menudo contradictorio de procesos económicos, políticos, sociales y culturales que son característicos de nuestra edad” (2008: p. 50) y que desbordan las lógicas modernas. El Estado –junto con el monopolio de la producción normativa- queda descolocado en este nuevo escenario e imprescindiblemente se requerirán apuestas novedosas, que puedan satisfactoriamente responder a las exigencias y desafíos que propone el escenario político, económico y social actual.

Muchas de estas apuestas provienen de nuevos sujetos, muchos de ellos investidos de un carácter colectivo, que desde la protesta social contribuyen a imaginarnos nuevos horizontes y formas de relacionarnos. La aparición de estos nuevos actores sociales también conlleva a vislumbrar nuevas subjetividades, tanto individuales como colectivas (Wolkmer, 2008: p. 106) La democracia participativa, la justicia comunitaria, la emergencia de derechos colectivos, la creatividad social, la experiencia local, han permitido concebir el derecho ya no como un instrumento estatal de control y opresión, sino que bautizado como un instrumento de consenso, construido por las comunidades en íntima relación con los individuos que las componen, que a diferencia del Estado-nación, disuelven las fronteras para poner a prueba

nuestra capacidad de convivencia y de a poco, resulta que quienes estaban antes al exterior de aquella frontera –los exótico, los oscuro, los desconocido- “resultan ser simplemente seres humanos normales y corrientes que desean las mismas cosas que nosotros y temen lo mismo que nosotros tememos” (Bauman, 2009: p. 36).

Son los movimientos sociales, incluidos cada más en el diálogo político, quienes alzan las demandas de una mayor participación y reconocimiento, expresado en un mejor acceso y garantía de los derechos sociales. Es la sociedad civil, fortalecida en un contexto democrático, quien se organiza, agrupa y moviliza por las transformaciones del propio Estado (López, 2006: p. 14); a su vez, la máxima intervención de la sociedad civil es también uno de los criterios claves para resolver la tensión entre unidad y diversidad cultural (Bonilla, 2006: p. 277).

### 3.3. Nuevo Derecho: el pluralismo jurídico y nuevas formas de producción normativa.

Producto de las rupturas y divergencias que significaron los valores y comprensiones jurídicas tradicionales, es que hoy podemos hablar de la llegada de un nuevo paradigma: el pluralismo jurídico y con ello, aceptar que hayan otras formas de producción jurídica, que derrocan las formas convencionales de legalidad que extinguen el monopolio estatal de producción normativa y del uso de la fuerza.

Para este nuevo ámbito de creación, interpretación y aplicación, ya no *del Derecho* sino que de *los Derechos*, es imprescindible construir una doctrina jurídica que sea capaz de responder a sus propias interrogantes: cuál es su correcta denominación<sup>3</sup>, cómo se estructura este Derecho, cómo se ordenan sus categorías conceptuales e instituciones, cuáles son sus competencias, cuáles son sus procedimientos, si es favorable su codificación o no<sup>4</sup>, entre otras preguntas atinentes. No obstante, una de las problemáticas más relevantes, es cuál constituiría

---

<sup>3</sup>A propósito, existe una discusión conceptual no resuelta en la que no hay una opinión mayoritaria respecto de las denominaciones que recibiría el derecho de las comunidades, tales como “costumbre jurídica”, “derecho consuetudinario”, “usos y costumbres”, “sistemas jurídicos alternativos”, “derecho indígena”, etc.

<sup>4</sup>Esta discusión tampoco se encuentra zanjada, existiendo dos posturas antagónicas: una primera, que aboga por la codificación del derecho indígena, con el objeto de garantizar seguridad jurídica y preservar sus normas, dándole cohesión y publicidad. La segunda postura rechaza tal planteamiento, puesto que una de las características que identifica al Derecho indígena es justamente su flexibilidad y dinamismo, que se vería afectado por su codificación, además de la dificultad práctica que conlleva sistematizar y escriturar normas dispersas y controvertidas en su contenido y alcances.

una adecuada relación entre el Derecho estatal y los otros Derechos, cuestión que nos preguntaremos y profundizaremos en el capítulo siguiente.

Por ahora, esta forma más comprensiva y condescendiente de entender los Derechos, implica deconstruir todo lo que hasta el momento sostenían las elocuentes construcciones doctrinarias de la teoría clásica del Derecho. Es re-pensar, ya no atrapados en una frontera delimitadora sino que ampliando nuestro marco de acción a lo distinto, a lo invisible, a lo excluido; ya no estamos ante el ciudadano abstracto y universal, sino que ante un sujeto histórico, social, concreto, diverso, con diferentes necesidades y trayectorias, con proyectos de vida en ocasiones convergentes, otras veces discrepantes.

Pero, cómo integramos a todas y todos –mujeres y hombres, adultos y niños, liberales e iliberales- en este discurso multicultural es un dilema complejo que aún sigue vigente en el debate contemporáneo.

Una aproximación a esta respuesta viene dada por una nueva comprensión del universalismo, ya no como uniformidad, sino que como integración, de tal forma de validar y reconocer las diferencias culturales bajo el amparo de un discurso multicultural, que coordine las múltiples prácticas y convivencias humanas, a lo largo de la historia y los continentes.

Luego, sólo aceptando la diversidad cultural como una cualidad enriquecedora que permite ampliar nuestras experiencias sociales e interacciones, permite ver en el otro, un reconocimiento de sus mismas diferencias que posibilita construir comunidades políticas, basadas en el respeto, la solidaridad y participación. Un primer paso es desechar la concepción de la ciudadanía liberal, tradicionalmente entendida y promover una ciudadanía diferenciada, de tal manera que “permita a los pueblos indígenas mantener su identidad, sus derechos colectivos, sin que por ello queden excluidos de participar en la conformación de la voluntad nacional” (Cabedo, 2004: p. 105). Es acortar la brecha de desventajas entre unos grupos y otros ocasionadas por la diferencia (Susín Beltrán, 2008: p. 171).

#### 4. El reconocimiento como una necesidad.

Habiendo analizado en este primer capítulo los diversos temas exployados, resulta más fácil esbozar una respuesta al porqué justificar una jurisdicción multicultural.

Es necesario que una vez aceptada la diversidad cultural, nos tomemos en serio la complejidad de las sociedades y las formas de vida de las comunidades, las diversas expresiones y proyectos de vida que desarrollan los sujetos, en constante diálogo con sus grupos. No es posible desconocer que las personas sólo toman conciencia de sí mismas, se construyen y se reconocen en el otro, mediante una construcción intersubjetiva de nuestras concepciones individuales y colectivas, sustentadas en una compleja entramada de redes culturales, entre las diversas culturas, sus comunidades y sus individuos.

El reconocimiento del otro influye en la manera de cómo nos concebimos a nosotros mismos, de tal manera que la negación de este reconocimiento o su falsa realización “determina de manera importante la forma como las personas se comprenden y valoran a sí mismas”, puesto que “los individuos y grupos no construyen su identidad en forma aislada, solipsista” (Bonilla, 2006: p. 272), sino que todo lo contrario, en diálogo, interacción, dinamismo con sus pares y comunidades.

En síntesis, la jurisdicción multicultural permite asentar las bases de este reconocimiento, como una política que se adecúe a las exigencias del multiculturalismo y a la implementación del pluralismo jurídico. En conjunto, las propuestas deliberativas permiten un diálogo adecuado entre los individuos y las comunidades, tanto en las relaciones intra-personales como entre los grupos. Puestas en escena, ambas herramientas permiten un “horizonte cultural robusto” que tiendan a la existencia de relaciones más saludables entre individuos y comunidades.

## II. EL RECONOCIMIENTO: JURISDICCIÓN MULTICULTURAL Y PROPUESTAS DELIBERATIVAS ¿CÓMO PLASMARLAS EN EL ESTADO NACIÓN?

Habiendo repasado los principales elementos y argumentos que explican y justifican el reconocimiento de una jurisdicción multicultural, en este segundo capítulo abordaré el objetivo central de este estudio, preguntándonos cómo ha de ser este reconocimiento y bajo qué formas jurídicas e institucionales se podría establecer dentro del marco de los Estados-naciones.

Para ello, en primer lugar dimensionaré las líneas a trazar en una política integral de reconocimiento que aborde todas las esferas de la vida en comunidad, tanto estatal como comunitaria. Dentro de estas dimensiones, situaré la jurisdicción multicultural y las propuestas deliberativas como soluciones que responden a distintos planos o ámbitos del conflicto, planteando que su ejecución debe necesariamente ir aparejada en íntima vinculación y que por tanto, la realización de una requiere ineludiblemente el desarrollo de la otra. Sólo así, avalan una solución integral al conflicto.

Luego, ya ubicados en la jurisdicción multicultural, sistematizaré los cuatro modelos conceptuales de reconocimiento jurisdiccional que se han dado en este debate y veré cómo cada uno de ellos, resuelve la relación entre el Derecho estatal y el Derecho indígena. Por último, revisaré someramente algunos criterios de competencia que pueden ser esbozados para coordinar ambas jurisdicciones.

Antes de continuar, es sugerente enfatizar que las respuestas conceptuales que a continuación se revisan, son esfuerzos de sistematizaciones teóricas y que como tal, son pautas orientadoras pero que tendrán diversas expresiones atendidos los contextos y experiencias de uno u otro caso en conflicto.

### 1. Moldeando una política integral de reconocimiento.

Lo primero que cabe resaltar es que las soluciones a la tensión entre unidad y diversidad cultural, entre soberanía estatal y justicia comunitaria, entre derechos individuales y colectivos, es que deben plasmarse en un proyecto político integral, fruto de un diálogo intercultural, que abarque tanto las dimensiones en las que interactúa el Estado con sus naciones, como los múltiples sectores y grupos de ambos entes políticos en disputa. No olvidar que tanto el

Estado como los pueblos indígenas, se deben reconocer mutuamente como comunidades políticas, pero en una histórica relación de asimetría y negación (Yrigoyen, 2004: p. 174) que debe ser subsanada mediante estos mecanismos de reconocimiento.

De esta manera, utilizaré los aportes de Meza-Lopehandía para dimensionar el problema del reconocimiento indígena, desde una perspectiva política. El autor distingue tres momentos de participación política indígena (o de los derechos políticos indígenas), “el primero, el de la autonomía interna; el segundo, el de interacción con el Estado en relación con sus intereses específicos como pueblos diferenciados, y el tercero, su participación en la formación de la voluntad popular, en tanto individuos y/o pueblos.” (2013: p. 500). A cada uno de estos momentos, se le asigna un mecanismo de reconocimiento especial y que podemos ubicar o dimensionar en un plano jurídico, un plano social y uno estrictamente político.

Si bien, las fronteras entre cada uno de estos momentos pueden parecer difusas, es posible demarcar que en lo jurídico situamos a la jurisdicción multicultural, en lo social los mecanismos de consulta y gestión cultural y en lo político, la participación política en la institucionalidad estatal dada por las propuestas deliberativas; todas estas prácticas enmarcadas en un diálogo político e intercultural que asegure una política integral de reconocimiento, en las diversas dimensiones en que las comunidades indígenas y el Estado tengan puntos de encuentros y de divergencia.

Entonces, para clarificar este punto, debemos entender que tanto la jurisdicción multicultural como las propuestas deliberativas, ambas como respuestas teóricas al problema de lidiar entre la legitimación y coordinación de un ordenamiento jurídico estatal y uno de carácter indígena o comunitario, se pueden perfectamente conciliar como soluciones conjuntas porque responden a dimensiones distintas pero de una misma problemática. Es más, sostengo que elegir solo una de estas opciones, constituye un error porque visibiliza únicamente una porción del problema, pero obviando las restantes, y en definitiva, desconociendo el carácter complejo y multidimensional de la disyuntiva. Cualquier solución parcial si bien, contribuye a la resolución del conflicto, no pasa de ser una ganada deficiente e inacabada que no nos permite tomarnos en serio este asunto.

## 2. La jurisdicción multicultural.

Ya profundizando en la jurisdicción multicultural, como una parte de la solución integral al problema del reconocimiento, debemos desarrollar las cuatro respuestas conceptuales que se han esbozado en esta materia. Para ello, sistematizaré los esfuerzos doctrinarios por graficar los diversos modelos de reconocimiento que podemos encontrar en esta materia.

Van desde un nulo reconocimiento, pasando por matices en políticas públicas y gestiones que cada Estado ha impulsado, hasta momentos de pleno reconocimiento, y toman en cuenta las variables de derecho aplicable y jurisdicción, si es que ésta última es impartida por autoridades estatales o indígenas (Cabedo, 2004: p. 28). Sopesando estas dos variables tenemos las siguientes posibilidades de combinación:

- 2.1. Monismo estatal, es decir, no reconocimiento alguno.
- 2.2. Pluralismo jurídico tenue o simbólico, con anclaje monista u otras denominaciones, que a su vez tiene dos variaciones:
  - 2.2.1. Derecho estatal aplicado por autoridades indígenas, donde lo central será señalar qué entenderemos por autoridades indígenas.
  - 2.2.2. Derecho indígena aplicado por autoridades estatales, donde la pregunta se revierte y ahora nos preguntaremos por cómo concebimos el o los derechos indígenas.
- 2.3. Pluralismo jurídico fuerte o pleno, que representa la máxima expresión del reconocimiento, puesto que constituye la aplicación del derecho indígena por las propias autoridades indígenas, esto es, la coexistencia real y efectiva de ordenamientos jurídicos distintos en un mismo territorio.

A continuación, veremos cada una de estas respuestas al problema del reconocimiento.

### 2.1. Monismo estatal.

El modelo del monismo estatal se adecúa idealmente al paradigma del que ya hicimos mención en el apartado anterior, del Estado-nación, por cuanto considera que únicamente el Estado es el ente que detenta el monopolio de la producción jurídica y por ende, rechaza o

cuestiona cualquier otro tipo de regulación jurídica que provenga de otras colectividades fuera del Estado. Bonilla lo ilustra como una “amalgama de todos los ciudadanos en torno de un sistema jurídico y sólo uno, y en torno a una estructura política homogénea y centralizada, y sólo una” (2006: p. 143), dando por resultado un reconocimiento inexistente, ignorado o férreamente negado.

En este sentido, equivaldría más bien a un no reconocimiento estatal de los derechos indígenas, en cuanto en un único territorio determinado –generalmente las fronteras estatales-, se aplicaría únicamente el derecho estatal por autoridades estatales, sin validar los derechos indígenas como fuente productora de derecho y regulación de las comunidades indígenas que habitan al interior de ese Estado. Así, “el Congreso y el Poder Ejecutivo son las únicas entidades con la facultad de convertir las decisiones políticas en Derecho” (Bonilla, 2006: p. 199). No obstante, en ocasiones, esta predominancia del derecho estatal se ve matizada por ciertas políticas públicas de gestión y coordinación entre las comunidades y el Estado, por lo que este modelo ofrece múltiples variaciones.

En Chile, a diferencia de gran parte de los Estados de nuestro continente influenciados por el constitucionalismo latinoamericano, está claro que este modelo es el que se ha impuesto desde al menos la consolidación del Estado de Chile como república unitaria, en el siglo XIX. Incluso desde la colonia, las políticas segregacionistas y asimilacionistas han plasmado un proyecto político de Estado monocultural, fuerte, que rinde culto a las lógicas occidentales.

No obstante, a lo largo de la jurisprudencia nacional, se han dado casos específicos que han incorporado de una u otra manera, algunas consideraciones sutiles a la hora de resolver conflictos jurídicos con elementos indígenas. Algunos ejemplos de nuestra jurisprudencia en materia de diversidad cultural los repasaremos sucintamente:

#### Sacrificio humano en el terremoto de 1960.

Uno de los casos más enigmáticos de la jurisprudencia nacional fue el de la machi Juana Namuncura, perteneciente a una comunidad mapuche Collielufu, en el sur de Chile. Posterior al terremoto con la mayor magnitud registrada en la historia, 9.6 en la escala de Richter, un día 5 de junio de 1960 se realizó una ceremonia ritual mapuche (el *nguillatun*) en donde fue lanzado al mar un niño de cinco años de la misma comunidad, a modo de sacrificio para calmar las

fuerzas de la naturaleza. La machi Juana, imputada como la autora, fue absuelta por los tribunales de justicia por el delito de homicidio. Lamentablemente el expediente y el fallo fueron perdidos con el tiempo y hasta el día de hoy, resulta imposible conocer el razonamiento jurídico que llevaron a los jueces a tal decisión, no obstante, marca un importante precedente en los conflictos interculturales, entre el pueblo mapuche y el Estado chileno (Montecinos, 2011: 201-206).

#### Violación impropia a niña mapuche.

Algún tiempo después, durante el año 2005 se dio en el juzgado de Garantía de Osorno, en autos RIT 54-2005, el caso de un hombre de 63 años que mantenía relaciones sexuales con una menor de 12 años, ambos de ascendencia mapuche. Ante tal hecho y bajo la legislación chilena, se le imputó como autor del delito de violación. La defensa alegó la costumbre indígena como atenuante de la responsabilidad penal, amparándose en el artículo 54 de la ley 19.253, la cual fue respaldada por un peritaje antropológico.

Tal costumbre habría consistido en el rol de la mujer indígena como dueña de casa y susceptible de relaciones matrimoniales y sexuales posterior a la primera menstruación, sin importar su edad y, por tanto, al imputado no podía reprochársele esta conducta. Sin embargo, el tribunal desestima tal atenuante por no haber sido ésta probada ni explicada fehacientemente.

#### Caso pastora Gabriela Blas.

Para continuar con nuestro recorrido casuístico, es importante resaltar conflictos de otras latitudes y así, llegamos a uno de los casos más connotados y polémicos de la jurisprudencia, en donde no sólo el factor indígena se encuentra presente, sino que también el género y la niñez (Cfr. Villavicencio, 2017: pp. 155-167).

Gabriela Blas es una pastora aymará, que junto a su hijo de 3 años, solían pastorear llamas en el altiplano chileno. En julio de 2007, dos llamas se perdieron en el camino y Gabriela decidió ir a buscarlas, no sin antes dejar advertido a su hijo que la esperara en el lugar. Tras el regreso, el niño ya no estaba (siendo encontrado un año y medio después, muerto en el desierto), Gabriela acudió a denunciar tal pérdida a la comisaría más cercana, siendo retenida durante 7 días, acusada de abandono de menores para posteriormente pasar tres años en

prisión preventiva. En autos RIT 229-2009, el Tribunal de Juicio Oral en lo Penal la condenó por este delito a 10 años de presidio en un primer juicio, el que fue anulado en segunda instancia a petición de la defensa, resultando una condena, aún más desventajosa, de 12 años de presidio en el segundo juicio. La historia termina en el 2012 con un indulto presidencial parcial, por lo que Gabriela finalmente pasó seis años privada de libertad.

Este desgarrador caso da cuenta de cómo la justicia chilena se vio enfrentada a un conflicto intercultural, del cual no pudo sino condenar con los estándares occidentales, juzgando una conducta a la que Gabriela jamás habría sido sometida a algún tipo de reproche en su comunidad.

#### Audiencia en Socaire en una comunidad atacameña.

El 29 de noviembre de 2013 el Juzgado de Garantía de Calama, en un trabajo conjunto con la defensoría regional de Antofagasta, marcan un hito crucial al trasladarse a la pequeña localidad de Socaire (a 260 kilómetros de Calama y a 3.500 m.s.n.m) para la realización de una audiencia, en donde el conflicto al interior de la comunidad atacameña Lickanantay fue resuelto por un acuerdo reparatorio (Villegas y Mella-Seguel, 2017: p. 11), una de las salidas alternativas que el ordenamiento jurídico chileno permite optar a los intervinientes del proceso penal.

En esta ocasión, uno de los integrantes de la comunidad al quemar unos pastizales, provocó un incendio en una parcela aledaña, alertando a los vecinos y ocasionando pérdidas materiales. Fue imputado por delito de incendio y acogiendo la costumbre indígena, se celebró este acuerdo reparatorio en la sede vecinal en presencia de los miembros de la comunidad. Tal solución permitió satisfacer de mejor manera los intereses de los habitantes del lugar, en vista que hubo una reparación monetaria y no fue necesario el poder punitivo en su genuina expresión.

#### Hojas de coca con un uso ancestral.

Volviendo al pueblo aymará, en autos RIT 27-2015 en el Tribunal de Juicio Oral en lo Penal de la ciudad de Arica, fue acusado del delito de tráfico ilícito de estupefacientes un hombre de 63 años, que transportaba por la frontera Bolivia-Chile la cantidad de 16 kilos de hojas de coca. La defensa se basó en la utilización ancestral que tienen las hojas de coca en las

comunidades aymarás, de uso medicinal y religioso. Gracias a peritajes antropológicos, la intervención de la Corporación Nacional de Desarrollo Indígena y el testimonio de diversos líderes del pueblo aymarás, se logró la absolución de este hombre respecto de este delito al tener por acreditada tal costumbre indígena.

Hecho ya este recorrido jurisprudencial y evidenciando que nuestros tribunales no reconocen la coexistencia de otro ordenamiento jurídico como tal, sino que más bien adecúan el uso del derecho nacional a los conflictos que se plantean, examinaremos ahora algunas vías o salidas que se pueden sugerir para matizar el uso de derecho estatal cuando estén involucrados asuntos indígenas. Son vías de naturaleza penal que han sido aplicadas en estos casos u otras vías que se pueden formular mediante un razonamiento lógico-jurídico utilizando las instituciones ya existentes que el ordenamiento jurídico pone a nuestra disposición.

Desde la teoría del delito, es posible elucubrar diversas posibilidades (Villegas et al, 2017: p. 139). Pareciera ser que en la faz negativa de la antijuridicidad encontramos la vía más idónea mediante la causal de justificación del ejercicio legítimo de un derecho. En esta postura convergen múltiples autores como Villegas y Mella-Seguel (2017: p. 140), Guzmán Dálbora (2014: p. 254), Yrigoyen (2004: p. 177). Igualmente me aferro a esta posición, entendiendo que es la única que reconoce la licitud de la conducta y no implica pre-asumir una conducta delictual de la persona indígena, sólo a ojos de los Estados nacionales. Recalcando a Guzmán Dálbora “una idea del Derecho diferente reclama una valoración asimismo distinta de los actos respectivos. Para el Derecho nacional esto implica una declaración de licitud, sea porque responden al ejercicio legítimo de facultades creadas por costumbres de edad aún más provectora que las inveteradas de los nacionales, sea porque los ampara el consentimiento justificante según el Derecho consuetudinario” (2014: p. 112).

Pasando al plano de la culpabilidad, también se pueden desplegar salidas que englobadas en una conducta inexigible o irreprochable abarcan desde el error de prohibición, el error culturalmente condicionado, e incluso, hasta la eventual inimputabilidad de las personas indígenas. Las críticas a cualquiera de estas vías son numerosas, pero se resumen en que todas implican una cierta “ineptitud o dificultad de comprensión y acatamiento de las prohibiciones jurídicas por el sujeto que ha crecido en otro ambiente de cultura” (Guzmán, 2014: p. 107). Así mismo, en la punibilidad también se han planteado excusas absolutorias y que tampoco son

una respuesta satisfactoria, puesto que igualmente criminalizan la conducta bajo el derecho oficial.

Ahora, pasando a los elementos accidentales del delito, las circunstancias modificatorias de la responsabilidad penal expresadas en las atenuantes que el tribunal eventualmente utiliza para la determinación de la pena, son la solución superflua en nuestro ordenamiento jurídico que hacen frente al conflicto intercultural, mediante la aplicación del artículo 54 de la Ley Indígena. La configuración de la costumbre indígena puede actuar como atenuante o eximente, a juicio del tribunal, pero el funcionamiento de la eximente generalmente se remite a la incapacidad o dificultad que tendrías las personas indígenas para comprender la ilicitud de su conducta. Lamentablemente, el tratamiento que ha tenido nuestra jurisprudencia, por regla general, en “el contexto histórico político del grave conflicto étnico en que se produce el delito, entonces, lejos de atenuar (ni qué decir, eximir de) la responsabilidad penal, la agrava” (Couso, 2012: p. 5).

Por último, es interesante una consideración en la ejecución de la pena, ya que el efecto que tiene una pena privativa de libertad es cualitativamente distinto en una persona indígena. Los efectos de prisionización, desculturación, desidentificación y desmoralización se intensifican aún más en personas privadas de libertad (Cuneo, 2015: p. 56-58). El arraigo a la tierra, la vivencia colectiva en comunidad, la sintonía entre el individuo y el cosmos, hacen de la cárcel, una experiencia tortuosa, más allá del hecho traumático que implica ya estar en una.

En síntesis, el monismo estatal como modelo de jurisdicción no constituye genuinamente ni un reconocimiento de los derechos indígenas, aún cuando puede verse matizado por las salidas que el mismo ordenamiento jurídico dispone, pero que no responde integralmente a una solución al conflicto de la tensión entre unidad y diversidad cultural.

## 2.2. Pluralismo jurídico tenue o simbólico.

En esta segunda respuesta, también es necesario distinguir variaciones que pueden ir dándose en la práctica institucional de cada Estado. Siguiendo con las variables, podemos concebir un Estado que aplique derecho indígena por autoridades estatales o bien, un Estado que aplica su derecho estatal pero por autoridades indígenas. Ambas respuestas configuran dos

modelos conceptuales que algunos autores califican de pluralismo jurídico tenue, meramente simbólico o débil (Cabedo, 2004: p. 19).

Esto nos adelanta una parte importante en lo que respecta a la manera en que puede darse el pluralismo jurídico, puesto que no es posible “asumir que haya un solo modelo teórico de pluralismo jurídico concebido en oposición al monismo jurídico o al derecho estatal” (Garzón, 2016: p. 217), si no que por el contrario, existen diferentes maneras en que el pluralismo jurídico se aprecia en la realidad de cada Estado.

Siguiendo con la tipología de Garzón, básicamente podemos reunir todas las denominaciones de pluralismos en dos, que las agrupan binariamente: por un lado el pluralismo jurídico de anclaje monista y por el otro, el pluralismo jurídico en sentido estricto. El presente modelo de reconocimiento se encuadra dentro del primer tipo, puesto que de una u otra manera, nos remite ya sea, o al derecho estatal o a las autoridades estatales, por tanto, el eje central de ambas variaciones del modelo será igualmente el Estado, ya sea desde el derecho o desde la jurisdicción aplicable. El autor incluso lo acusa categóricamente de ser un “monismo intrínsecamente pluralizado en diferentes ordenamientos jurídicos positivizados” (2016: p. 218) pero en que el requisito esencial será inevitablemente un reconocimiento unilateral por parte del Estado.

Este reconocimiento estatal sigue la misma lógica del modelo anterior, puesto que la razón de tal reconocimiento se basa en la imposibilidad institucional y social de cuestionar el derecho dominante o hegemónico. Para ello, bastará solamente con hacer subsistir el derecho estatal imperante, dando pequeñas cuotas de poder a las comunidades, pero de tal manera que su regulación esté siempre supeditada a este anclaje monista, no representando riesgo alguno de cuestionamiento tanto al derecho como a la teoría monista (Garzón, 2016: p. 225).

Estos dos modelos plantean dos preguntas, a saber, qué autoridades vamos a reconocer como indígenas y qué identificaremos como los derechos indígenas.

### 2.2.1. Derecho estatal aplicado por autoridades indígenas.

Identificar el derecho estatal no es tan complicado como identificar a las autoridades indígenas. Me abocaré brevemente a formular qué se debiera entender por autoridades

indígenas, habiendo básicamente dos formas de hacer este reconocimiento: por un lado desde el plano estatal y por otro lado, desde el propio mundo indígena.

Desde el Estado, el desconocimiento de las costumbres y tradiciones indígenas o la mala interpretación de éstas, puede desembocar en una mala designación de lo que las mismas comunidades consideran que son sus autoridades indígenas.

Sólo un reconocimiento de las autoridades indígenas desde las propias comunidades asegura que esta designación sea legítima y responda a la realidad que viven los pueblos indígenas. Esta es la fórmula que han tomado muchas de las Constituciones latinoamericanas en sus reformas frente a este tema, por ejemplo, Bolivia habla de “autoridades naturales”, mientras que Venezuela trata de “autoridades legítimas”. Estas autoridades deben ser las que las comunidades establezcan por medio de sus propios mecanismos (Yrigoyen, 2004: p. 179).

En Chile, por ejemplo, en las comunidades aymarás prevalece mucho la figura de los padrinos, parientes o autoridades comunales, como dirigentes de juntas de vecinos. Sólo los delitos más graves o aquellos en donde el sistema sancionatorio indígena no ha funcionado, se recurre a la justicia estatal, no obstante su rechazo (Villegas, 2017: p. 89). A su vez, en las comunidades mapuches la autoridad del longko “es validada en un contexto sociocultural mapuche y con un ámbito jurisdiccional-territorial propio” (Melin, et al., 2016: p. 46), por lo que ningún miembro de la comunidad puede desconocer tal respeto y jerarquía a quien detente este rol.

Sin perjuicio de lo anterior, es sugerente que nos fijemos también en la designación de las autoridades indígenas en relación al género u otros factores de estatus social. No podemos desconocer que muchas culturas niegan u obstaculizan a la mujer para asumir liderazgos o roles de ejercicio de poder. En ocasiones, las autoridades políticas suelen coincidir con las autoridades de carácter religioso, y a su vez, ser miembros de la comunidad que obedecen a ciertas características, como su edad, atributos físicos, intelectuales, linaje, etcétera.

El problema surge cuando las autoridades están renegadas únicamente a un género o a un origen de casta, que desde una perspectiva liberal no respondería a principios de justicia e igualdad. Así, podemos ver que en el caso del pueblo mapuche, la autoridad política

corresponde al longko (“cabeza”), mientras que la autoridad religiosa es la machi; ambos roles son tomados generalmente por un hombre y una mujer respectivamente.

### 2.2.2. Derecho indígena aplicado por autoridades estatales.

En la siguiente situación con las variables de derecho indígena aplicado por autoridades estatales, será ahora necesario plantearnos al menos, dos cuestiones:

Primero, ¿es posible concebir el derecho indígena tal cual lo concebimos nosotros? Es decir, ¿comparte algunas de las características que llamaríamos “esenciales” en los ordenamientos jurídicos de Occidente? Y segundo, deberemos preguntarnos razonablemente cómo identificaremos qué normas pertenecen a este derecho indígena, puesto que parte de las características intrínsecas de este derecho es su no escrituración y por consiguiente, su dinamismo, lo que dificultaría su eventual aplicación por parte de quienes no pertenecen a la comunidad.

Respecto del primer dilema, señalé en el primer capítulo que el Derecho estatal se levanta sobre la lógica de la exclusión o invisibilización de la diferencia, y por tal, niega la juridicidad de cualquier otro ordenamiento jurídico que pretenda tener competencia en el mismo territorio o en los mismos asuntos que el Estado patenta en el ámbito de aplicación de su propio Derecho. Insisto una vez más, en el punto que “el derecho sigue tratándose doctrinalmente en América como si tal realidad de derecho indígena no existiera” (Clavero, 1994: p. 114).

El contacto innegable que tiene el Derecho estatal con el derecho indígena no sólo ha sido de hegemonía, sino que también ha influenciado grandes cambios al interior de este último. Las políticas de asimilación han dado como resultado un derecho indígena que muchas veces ha transmutado y se ha acomodado a las lógicas occidentales liberales, dando lugar a una suerte de sincretismo jurídico (Cabedo, 2004: p. 79), que incluso pueden hacer contradictorios los procesos de conservación de los derechos indígenas, puesto que se difuminan las fronteras de lo que vamos a considerar derecho estatal en contraste con los derechos indígenas.

No obstante lo anterior, en ocasiones la noción de los derechos o justicias indígenas, pervive en la conciencia colectiva de los miembros de las comunidades, aun cuando desde la óptica estatal no se aprecien más que prácticas o costumbres rudimentarias y extrañas en

relación al derecho occidental que acostumbramos ver en Códigos y cuerpos normativos que dicen representar la voluntad del pueblo, mediante el legislador. La existencia fáctica de las justicias indígenas, a lo largo del país y del continente, hacen imposible desconocer que los pueblos originarios comparten un sistema normativo como tal, que mayoritariamente se superpone a otros sistemas normativos sociales, morales y religiosos, puesto que el carácter jurídico es tan sólo una arista más de este gran conglomerado de disposiciones normativas que rigen la vida en sociedad de los miembros al interior de las comunidades y también la relación entre ellas. Clavero nos diría que se trata de constatar un derecho de hecho (1994: p. 44), un orden jurídico que está ahí, presente, del cual tan sólo perdura un largo silencio.

En síntesis, bien lo expresa Cabedo “el contacto entre los pueblos indígenas y sus sistemas jurídicos con los sistemas jurídicos estatales, relación marcada por una clara hegemonía de estos últimos, ha conducido, por una parte, a una reinterpretación y adaptación (y uso) de la normatividad estatal, y, por otra, a la misma transformación del Derecho indígena, que sigue siendo (...) un Derecho válido, eficaz” (2004: p. 53).

Pero este sistema normativo no es posible tampoco agruparlo en “un” Derecho Indígena. Por el contrario, será más pertinente hablar de derechos o justicias indígenas, puesto que en estos términos se agrupan múltiples sistemas de creencias que abarcan desde la regulación de conductas, la solución de controversias y la relación de los miembros de la comunidad con su medio. En la cosmovisión mapuche, por ejemplo, hay un sistema de normas, que “trata de pautas de conductas que se transmiten de generación en generación por la vía oral y que regulan las relaciones sociales y su vinculación con el entorno natural” (Melín et al., 2016: p. 34). Tal sistema normativo se denomina AzMapu, al que limitarlo al mero mundo jurídico resulta ser un despropósito, en el entendido que esta noción va mucho más allá: “el Az Mapu es todo, es un sistema meta-jurídico que regula todos los aspectos de la vida mapuche desde una cosmovisión circular y holística que gira en torno al concepto de tierra (Mapu), en el que las relaciones con la naturaleza, lo espiritual, lo social, lo económico y lo jurídico, se mezclan (Villegas, 2017: p. 97).

Lo mismo ocurre en el caso del pueblo aymará, en donde también podemos constatar la existencia fáctica de una regulación y un sistema normativo como tal, que si bien no está reconocido constitucionalmente, hay evidencia de, a veces, una precaria implementación.

Tampoco se trata de idealizar los derechos indígenas bajo los cánones occidentales de la doctrina tradicional de la coherencia y plenitud de los ordenamientos jurídicos hegemónicos. A pesar de su continua desintegración, tanto del derecho como de sus comunidades que lo practican, se puede aún apreciar “una forma de coordinación entre la justicia aymará y la justicia estatal” que se evidencia en “prácticas que se dan entre indígenas y ciertos operadores del sistema estatal” (Villegas y et al., 2017: p. 79).

Aceptando la plena validez y eficacia de los sistemas normativos nos debemos preguntar ahora si los derechos indígenas comparten con el derecho estatal las mismas características o al menos, elementos comunes. La respuesta a esta interrogante es un rotundo no, puesto que la forma en cómo se erigen cada uno de estos ordenamientos jurídicos, parten de una base radicalmente opuesta.

Si decimos que el derecho estatal parte de una lógica sancionadora y punitiva, los derechos indígenas representan totalmente lo contrario, incurriendo en una finalidad más bien restaurativa y reparadora de la armonía del universo. El núcleo duro de los derechos indígenas sería esta “visión cosmológica (destacando la estrecha vinculación del indígena con la tierra), valores como la solidaridad, la reciprocidad o el carácter comunitario” (Cabedo, 2004: p. 52), por lo que el fin de sus sistemas sancionatorios no sería el castigo propiamente tal, sino que el restablecimiento de lo dañado o vulnerado en la comunidad, por lo que habría un único bien jurídico, conformado por la armonía de la comunidad. Por lo mismo, también los procedimientos que prevalecen son los métodos autocompositivos de resolución del conflicto, puesto que son los únicos que acercan a una resolución pacífica y satisfactoria, en una clara y directa relación comunicativa con las partes afectadas, el victimario, la víctima y la comunidad (Villegas et al., 2017: p. 78). El castigo propiamente “penal”, asimilado a Occidente, siempre opera como última *ratio*, así como la remisión desde la justicia indígena a la justicia estatal, al agotar los mecanismos internos de los derechos indígenas o cuando la justicia restaurativa se agota en la indisposición de las partes o el incumplimiento de la sanción.

Por último, cabe responder sobre cómo identificaremos las normas que integran estos sistemas normativos. Es relevante la respuesta a este dilema, dado la falta de escrituración de estos derechos, puesto que su transmisión se hace de generación en generación en una forma predominantemente oral. Ello le da también su carácter de dinámico y evolutivo (Cabedo,

2004: p. 50). No obstante, una vez inmiscuido en la estructura societaria de las comunidades indígenas, es altamente criticable que algún miembro pueda alegar desconocer las normas que lo rigen a él y a su comunidad, puesto que la reproducción de dichas normas se realiza cotidianamente, mediante pautas constantes de socialización, presentes a lo largo de toda la existencia de las personas habitantes de dichas comunidades (Melín et al., 2016: p. 31).

La complejización de los sistemas normativos indígenas permite identificar disposiciones normativas que responden a una estructura que podríamos llamar “primaria”, en terminología de Hart, en conjunto con normas secundarias, que solventan las problemáticas que igualmente sufren los ordenamientos jurídicos estatales, esto es, la falta de certeza, el carácter estático y la falta de coercibilidad. Todas estas falencias comunes a cualquier sistema jurídico, son resueltas por normas secundarias que de todas maneras, también existen en los derechos indígenas (Cabedo, 2004: p. 62). Así lo podemos constatar en los hechos, en un reconocimiento fáctico de la puesta en escena de las jurisdicciones indígenas, que identifican normas, las aplican por autoridades facultadas en una función jurisdiccional y que además, tienen potestades para modificar, derogar o introducir nuevas normas al ordenamiento jurídico indígena.

Dado el análisis anterior, finalizamos este modelo de reconocimiento señalando que las mismas disposiciones normativas de los sistemas jurídicos indígenas, pueden determinar qué entenderemos por derecho indígena, en un cierto espacio territorial y aplicado a los miembros de las comunidades, en un proceso de auto-definición constante, necesario y del que ninguna manera, puede tener injerencia la óptica estatal. Esto sólo refuerza la idea de que “cada sistema jurídico tiene su modo de clasificar y reconstruir los hechos sociales desde sus propios valores y categorías” (Yrigoyen, 2004: p. 182), auto-atribuyéndose entonces, ámbitos de aplicación personal, territorial y material.

### 2.3. Pluralismo jurídico pleno

Este último modelo corresponde al reconocimiento de la praxis, de los movimientos y nuevos sujetos sociales, del acontecer político y realidad latinoamericana. Como profundicé en el primer capítulo, lo que se denomina el “nuevo pluralismo jurídico” nace del cuestionamiento a la “vigencia exclusiva del paradigma monista, pues, a través de esta concepción se ha justificado un solo derecho dominante desde el tránsito a la modernidad occidental” (Garzón, 2016: p. 220). El reconocimiento pleno, tanto de los derechos indígenas como de sus

autoridades, se configura como una respuesta –en un principio, fáctica, luego formal-, a la crisis paradigmática que representa el monismo estatal que se agota al dar solución a las demandas sociales y requerimientos de la realidad latinoamericana actual. Siguiendo a Garzón, “esta crisis paradigmática hace propicia, por tanto, la transición del paradigma moderno hacia paradigmas emergentes a la luz del pluralismo jurídico” (2016: p. 221).

Habiendo ya respondido qué entendemos por derecho indígena y por autoridades indígenas con facultades de jurisdicción, es aplicable a este modelo reconocer ambas variables, los derechos indígenas y sus autoridades, como una instancia genuinamente jurídica: sus procedimientos, sus sanciones o penas, decisiones acerca de su eventual codificación, etcétera.

El gran problema que surge de inmediato, es cómo compatibilizamos la jurisdicción estatal con las jurisdicciones indígenas: la clave está en la frontera, qué vamos a considerar adentro y qué vamos a excluir para dejar afuera (Quijada, 2007: p. 60). Será necesario cuestionarse ineludiblemente, acerca de la competencia que le concierne a esta jurisdicción especializada.

### 3. Competencias de la jurisdicción indígena.

Determinar cuál será la medida justa de jurisdicción que tendrá la justicia indígena, en nada implica “concederles” cuotas o espacios de competencia. Es importante resaltar que se trata de un reconocimiento recíproco, por lo que otorgarles competencia a los pueblos indígenas excede de las atribuciones que tienen la justicia estatal: no olvidemos que el derecho oficial ya no puede funcionar en lógicas de dominación o control, sino que de consenso y coordinación entre ambas jurisdicciones.

El territorio, la pertenencia a la comunidad, la materia y cuantía del asunto pueden ser factores que vayan delimitando la competencia de la jurisdicción indígena. Funcionan entonces como reglas que delimitan el campo de acción de la justicia estatal con la justicia indígena, no obstante, estos campos pueden ser elásticos e ir sobreponiéndose uno sobre otro.

Sin ánimos de querer fijar inflexiblemente estos factores, podemos consensuar en algunos puntos ineludibles, como por ejemplo, que el factor territorio actúa como un criterio mínimo, pero no limita a que la jurisdicción indígena se pueda extender tomando en consideración el factor personal y material, trazando así una competencia extraterritorial,

(Yrigoyen, 2004: p. 179) que colisione incluso con la justicia ordinaria. Así lo ha dicho también la Corte Constitucional Colombiana, pero ello ocurriría sólo en circunstancias excepcionales (Giraudó, 2007: p. 22).

La competencia territorial exige determinar qué se entiende por territorio de los pueblos indígenas. La gran mayoría de las veces, existe una disputa histórica sobre cuáles son los territorios ancestrales que milenariamente ocuparon las comunidades indígenas, que se han visto acosados y desplazados forzosamente (Berraondo, 2012: p. 203). Para Yrigoyen, el territorio no supone las “tierras de propiedad del pueblo indígena, comunidad o ronda, sino al espacio geofísico que utilizan de alguna manera” (2004: p. 180), es decir el “espacio sobre el cual estos pueblos y comunidades interactúan de alguna manera” (p. 181).

Cómo realizar esta delimitación es una tarea ardua, aunque es cierto que debemos partir desde la Historia y el desarrollo geográfico de los pueblos en su hábitat. “Los derechos de propiedad indígenas basados en el uso o posesión consuetudinarios, independientemente del reconocimiento estatal, existen no sólo en casos de pretensiones de propiedad por el Estado, sino también en relación con terceros que pretendan ostentar títulos reales de propiedad sobre las mismas áreas” (Stavenhagen, 2012: p. 18).

Pasando a un ámbito extraterritorial, el factor personal y material también nos ofrecen dificultades. Respecto de personas pertenecientes a comunidades indígenas, que se encuentren fuera de su territorio, resulta plausible que sean juzgadas igualmente por sus propias instituciones, o que al menos, se tengan en cuenta esta procedencia cultural.

En cuanto a una competencia material, resulta complicado asimilarla a las clasificaciones jurídicas del derecho nacional, puesto que los sistemas normativos indígenas se caracterizan por ser holísticos en su comprensión en la infracción de conductas, no distinguiendo por tanto, de bienes jurídicos en particular, sino que a una vulneración integral al cosmos, la comunidad y el entorno.

### III. LÍMITES A LA JURISDICCIÓN MULTICULTURAL.

En este último apartado quisiera abordar muy brevemente la intensa polémica respecto de los límites de la jurisdicción multicultural. El problema no es tanto determinar cuáles son estos límites –puesto que rápidamente solemos consensuar en que son los derechos humanos-, sino que la cuestión radica en quién y cómo se ponen estos límites, es decir, cómo se materializa el contenido de estos derechos humanos que reconoceremos como la frontera última al reconocimiento de una jurisdicción multicultural.

Ante esto, nos vemos expuestos frente a dos posturas a todas luces incompatibles. Por un lado, podemos defender un “criterio absoluto respecto de la aplicación de los derechos humanos, en cuya virtud no habría restricciones a los mismos basadas en la cultura” (Villegas et al., 2017: p. 142), dando lugar a un “absolutismo romo e impositivo” (Beuchot, 2005: p. 20) que no admitiría, por ejemplo, que existan culturas que apliquen penas corporales o enjuicien sin los principios del debido proceso.

En el polo opuesto, el relativismo radical se muestra como una vía “fácil e irresponsable” (Beuchot, 2005: p. 20), puesto que todas las culturas gozarían de una valoración propia e igualmente respetable. Esto nos permite intuir sus catastróficas consecuencias, como por ejemplo, la justificación de vulneraciones graves a grupos minoritarios al interior de las comunidades, tales como la ablación genital femenina respecto de las mujeres o la explotación laboral y/o sexual infantil respecto de los niños y niñas.

Ambas posturas conducen a resultados nefastos. Como nos sigue ilustrando Beuchot, “los extremos de la globalización impositiva y del relativismo permisivo llevan a callejones sin salida” (2005: p. 24). Existe un amplio consenso en buscar un balance a ambas posturas, una salida intermedia que repare el defecto que guardan en común: evitar afanosamente el diálogo (Villegas et al., 2017: p. 143).

El diálogo entonces, se alza como la solución imprescindible al conflicto cultural. Es más, “el diálogo intercultural es el único valedor del respeto de la dignidad humana” (Cabedo, 2004: p. 135). Lo único que permite escabullirse de la violencia y la autotutela, es justamente el diálogo (Bonilla, 2006: p. 283), como uno de los criterios vitales que pueden “ayudarnos a

interpretar los retos generales por el carácter multicultural del país bajo una nueva luz” (2006: p. 271).

Ahora bien, fijado el diálogo como un elemento esencial que nos facilitará descifrar el conflicto cultural, será necesario preguntarnos cómo planteamos en este diálogo, ya sea desde una visión del Estado y su derecho oficial, desde las comunidades y sus derechos comunitarios, pero también desde el individuo y sus derechos humanos reconocidos. La postura de la Corte Constitucional Colombiana ha sido desde las últimas décadas, la que ha primado en las decisiones jurisprudenciales y en un acertado razonamiento de la doctrina mayoritaria. Esto es, el reconocimiento de la existencia de “mínimos intangibles” (Cabedo, 2004: p. 134) que conforman una postura intermedia denominada relativismo cultural moderado y que justamente, se basa en que el diálogo intercultural puede llevarnos a consensuar estos núcleos mínimos (Villegas et al., 2017: p. 144).

De la mano de criterios como la máxima autonomía a las comunidades indígenas, en conjunto con la mínima intervención del Estado (Bonilla, 2006: p. 274-276) se deriva que este último sólo podría intervenir al vulnerarse estos estándares normativos mínimos, aceptados y consensuados por todas las culturas, fruto de este diálogo intercultural. Para la Corte Constitucional Colombiana, así como para gran cantidad de autores, coinciden en que el núcleo inquebrantable es la prohibición del homicidio o asesinato, la tortura y la esclavitud (Bonilla, 2006: p. 280) (Villegas et al., 2017: p. 145) (Yrigoyen, 2004: p. 188) (Cabedo, 2004: p. 179).

Clarificado este punto, la adopción de un relativismo cultural moderado y destacado el rol del diálogo intercultural, la pregunta que viene a continuación es cómo justificar este mínimo intangible en los derechos humanos, si éstos surgen en un lugar y época determinada, -en Europa durante la Ilustración- y, por tanto, responden a las necesidades y condiciones de tal coyuntura histórica. En otras palabras “el concepto de derechos humanos se basa en un conjunto de presuposiciones, entre otras la supremacía del individuo por sobre el colectivo, todas las cuales son presupuestos occidentales y liberales”. Entonces, ¿cómo levantar el discurso de los derechos humanos, más allá de la diferencia cultural, sabiendo dónde y cómo se originan estos derechos?

Para Höffe, plantear la universalidad de los derechos humanos es posible, si hacemos el razonamiento correcto. La siguiente cadena argumentativa nos llevará a sostener que estos derechos pueden llegar a tener una “estrategia de universalidad moderada” (2000: p. 142). Esto debido a que “tanto en sentido descriptivo como normativo, sus pretensiones están basadas exclusivamente en factores de naturaleza humana universal (...), son principios formales, no materiales, que básicamente están abiertos a una definición material distinta en cada caso” (2000: p. 143).

Se pregunta el autor “¿cómo se puede exigir a cada cultura y a cada época distinta una institución jurídica surgida en Occidente y, además, muy tarde?” (2000: p. 180). Siguiendo con su planteamiento, esto sería posible si sostenemos una validación universal de los derechos humanos que los justificara interculturalmente, requiriendo distanciar esta legitimación de sus orígenes y más bien, asentándolo en un diagnóstico antropológico. Será necesario, por ende, desligarnos tanto de Occidente como de la Ilustración (2000: p. 182). Un discurso intercultural deberá sustentarse en una legitimación ahistórica y en un lenguaje neutral que tienda a un argumento integrador (2000: p. 184).

Para ello, nos basaremos en un primer hecho incontrovertible, que nos aporta la antropología de los derechos humanos, esto es, la naturaleza social del ser humano (2000: p. 199). De aquí extraemos dos premisas más que nos darán la pista final: una primera es que “la sociedad nace sólo desde el reconocimiento recíproco” (2000: p. 200) –ya nos advertía Bauman que “somos seres humanos en la medida en que estamos en compañía de seres humanos” (2009: p. 55)-. La segunda premisa es que desde “los derechos humanos se legitiman a partir de una reciprocidad (...): a partir de un intercambio” (Höffe, 2000: p. 201). El equilibrio se da cuando hay un derecho y un deber correlativo, dado por este momento social que obliga a una reciprocidad innata o socialidad inherente, a la que como sociedad e individuos nos es imposible renunciar. De ahí justamente, su exigibilidad como derecho y deber correlativo. Sólo así se justifica un equilibrio, armónico y recíproco: aquí surge el interés e intercambio trascendental.

Pero además de la re-interpretación intercultural de los derechos humanos que Höffe nos proporciona, también podemos ampararnos en otras salidas en las que igualmente el diálogo intercultural es su principal protagonista, como la hermética diatópica que propone

Boaventura, o en un planteamiento muy similar, la hermenéutica analógica que postula Beuchot.

La hermenéutica analógica es aquella herramienta que “sin desconocer ni menospreciar las diferencias inherentes a la diversidad de las culturas, pueda alcanzar núcleos de identificación, o por lo menos, de semejanza entre ellas. Así podrá universalizar, encontrar universales culturales y además pistas para la universalidad de los derechos humanos” (Beuchot, 2005: p. 33).

A su vez, la hermenéutica diatópica de Sousa, conduce al resultado de “mestizar” la concepción de los derechos humanos, “una concepción que en lugar de recurrir a falsos universalismos, se organice como una constelación de significados locales mutuamente inteligibles, como redes de referencias normativas de apoderamiento” (2002: p. 74).

La implementación de estos diálogos interculturales –utilizando cualquiera de las herramientas aquí mencionadas- y de criterios procedimentales que nos permitan consensuar cómo interactuamos entre Estados, comunidades e individuos, darán lugar a una jurisdicción multicultural que aprecie la diferencia cultural, en respeto de la igualdad y diversidad en cada cultura, al mismo tiempo que protege a los grupos vulnerables al interior de cada Estado o comunidad que se sientan agobiados por su cultura.

Estos criterios procedimentales, bien podrían sostenerse en fórmulas intersubjetivas, como el constructivismo político, a fin de superar la ya obsoleta dicotomía universalismo-relativismo, objetivismo-subjetivismo. Este método facilita la tarea del consenso al utilizar sólo “ciertas concepciones básicas y exclusivamente políticas de la persona y de la sociedad para erigir los principios que presidirán la estructura básica de la sociedad” (Villavicencio, 2014b: p. 138).

## CONCLUSIONES.

Llegado al final de este recorrido doctrinal y jurisprudencial, no podemos más que conformarnos con finalizar este estudio con una síntesis y escuetas proyecciones. A lo largo de este análisis, hemos podido sistematizar las posturas dogmáticas en torno al problema del reconocimiento indígena, abordando desde las políticas de la diferencia y la construcción de una ciudadanía diferenciada, las únicas capaces de distinguir las condiciones objetivas en las que se encuentran algunos grupos vulnerables o minorías al interior de los Estados y las comunidades, tales como las mujeres y los pueblos indígenas.

Entendiendo esta desigual condición, en torno a la procedencia cultural y el género, hemos esbozado las diferentes salidas o vías de escape para hacer frente al conflicto cultural. La tensión entre unidad y diversidad cultural, se canaliza por dos respuestas conjuntas que responden a aristas diferentes del problema. Desde lo jurídico y propiamente lo jurisdiccional, la implementación de la jurisdicción indígena y la plena validez de los sistemas sancionatorios indígenas en coordinación con el derecho oficial es un desafío pendiente. Desde lo político, las propuestas deliberativas, expresadas en una cada vez mayor participación política de las comunidades e individuos, nuevos actores sociales y coyunturas, resaltan la importancia del diálogo y el consenso, por sobre la imposición y la dominación del Derecho.

Sólo abordando ambas dimensiones del conflicto cultural es posible moldear una respuesta integral de reconocimiento. La justificación de este reconocimiento se sustenta en los nuevos escenarios y discursos que se han alzado para desterrar los obsoletos modelos de justicia, que valoren la diferencia y la riqueza cultural. La crisis paradigmática de la tradicional concepción del derecho se resquebraja ante la globalización, la crisis de representatividad, los nuevos actores y movimientos sociales.

Pero la implementación de la jurisdicción multicultural no está exenta de dificultades. Son muchas las variables que se deben considerar. Una de ellas es la determinación de los derechos indígenas, dejando de lado la óptica estatal, occidental y liberal, con la cual solemos juzgar los sistemas normativas indígenas. Otra variable es comprender la organización y estructuración de otra forma de convivir e interactuar entre los individuos y las comunidades. De esta manera, se configuran diversas formas de reconocer una jurisdicción multicultural, pasando por el monismo estatal, un pluralismo jurídico tenue y un pluralismo jurídico

simbólico. Algunos casos jurisprudenciales nos ilustran acerca de las opciones normativas que nos otorga nuestro desfasado ordenamiento jurídico.

Finalmente, vimos que la jurisdicción multicultural no puede carecer de límites. Ante esto, tomamos una postura intermedia que derrota la anticuada disputa entre universalismo y relativismo. Esta postura intermedia consistirá en sostener la posibilidad de una justificación intercultural de los derechos humanos, como freno a todas las culturas y como lengua común universal ante la particularidad.

Los derechos humanos sólo pueden ser justificados, ya sea, desde una reinterpretación cultural mediante un diálogo y consenso intercultural, o mediante herramientas conceptuales como la hermenéutica diatópica o la hermenéutica analógica. Lo crucial será el papel del diálogo, momento social trascendental en el cual es posible entender la reciprocidad que como seres humanos, independiente de nuestra procedencia cultural, nos debemos los unos a los otros. A esto se suman criterios procedimentales, tales como el constructivismo dialógico, que permitirá ir materializando los principios formales que constituyen los derechos humanos.

Finalmente, la jurisdicción multicultural y los desafíos que a ella subyacen dejan una fuente inagotable de preguntas, cuestionamientos casi inabordables y la expectativa que produzcan las nuevas coyunturales, que desde hace unas décadas, han comenzado a emerger en el contexto latinoamericano.

Nuestro país, Chile, en un constante atraso legislativo y siempre leal al modelo decimonónico del Estado-nación, tenemos la esperanza que más temprano que tarde, también proyecte en sus lineamientos constitucionales, la apertura a replantearse como un país plurinacional, que abrace este modelo integral de reconocimiento indígena, desde la jurisdicción y desde la política, la democracia participativa y la deliberación social. La exclusión y la indiferencia a las mujeres, niños, niñas y pueblos originarios no tiene otra opción.

## BIBLIOGRAFÍA.

Aylwin, J.; Mesa-Lopehandía, M.; Yáñez, N. (2013): *Los pueblos indígenas y el derecho*, LOM, Santiago.

Bauman, Zygmunt (2008): *Archipiélago de excepciones*, Katz Editores, Buenos Aires (traducción de Albino Santos Mosquera).

— (2009): *Múltiples culturas, una sola humanidad: “Si perdemos la esperanza será el fin, pero Dios nos libre de perder la esperanza”*, Katz Editores, Buenos Aires (traducción de Albino Santos Mosquera).

Berraondo, Mikel (2012): *Derechos territoriales frente al reto permanente de su implementación*”. En GÓMEZ, Felipe y BERRAONDO Mikel [eds]. *Los Derechos Indígenas tras la Declaración. El desafío de la implementación*, Editorial Universidad de Deusto, Bilbao, pp. 15-37

Beuchot, Mauricio (2005): *Interculturalidad y derechos humanos*, Siglo XXI Editores. México D.F.

Boaventura de Sousa, Santos (2002): *Hacia una concepción multicultural de los derechos humanos*. En *El otro Derecho*, n° 28, ILSA, Bogotá, p. 59-83,

— (2005): “*El uso contra-hegemónico del Derecho en la lucha por una globalización desde abajo*”. En *Revista Anales de la Cátedra Francisco Suárez*, n° 39, pp. 363-420.

Bonilla, Daniel (2006): *La constitución multicultural*, Siglo del Hombre Editores, Bogotá

Cabedo, Vicente (2004): *Constitucionalismo y Derecho indígena en América Latina*, Universidad Politécnica de Valencia, Valencia.

Cebeira, Ana (2008): *Pluralismo jurídico y Derecho vivo: la concepción sociológica de Ehrlich*. En *¿Hacia un paradigma cosmopolita del derecho?: pluralismo jurídico, ciudadanía y resolución de conflictos*, Dykinson, Madrid, pp. 79-98

Clavero, Bartolomé (1994): *Derecho indígena y cultura constitucional en América*, Siglo Veintiuno Editores, México D.F.

Couso, Jaime (2012): *Mapuches y derecho penal*, SELA (Seminario en Latinoamérica de Teoría Constitucional y Política) Papers. Paper 111. Disponible en: [http://digitalcommons.law.yale.edu/yls\\_sela/111](http://digitalcommons.law.yale.edu/yls_sela/111) [fecha última de consulta: 18 de diciembre de 2017].

Cuneo, Silvio (2015): *La cárcel moderna*. Una crítica necesaria. EDEVAL, Valparaíso.

Höffe, Otfried (2000): *Derecho intercultural*, Gedisa, Barcelona (traducción de Rafael Sevilla).

Garzón, Pedro (2016): *Ciudadanía Indígena*. Del multiculturalismo a la colonialidad del poder, Centro de Estudios Políticos y constitucionales, Madrid.

Giraudó, Laura (2007): “Entre rupturas y retornos: la nueva cuestión indígena en América Latina.” En *Ciudadanía y derechos en América Latina: poblaciones, estados y orden internacional*, Laura Giraudó (ed.), Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, Madrid, pp. 7-57.

Julios-Campusano, Alfonso de (2008): *El paradigma jurídico de la globalización*. En *¿Hacia un paradigma cosmopolita del derecho?: pluralismo jurídico, ciudadanía y resolución de conflictos*, Dykinson, Madrid, pp. 49-75.

Kelsen, Hans (2011): *Teoría pura del derecho (2ª edición)*, Colihue, Buenos Aires, (traducción de Fernanda Aren, Natalia Dassieu y Silvina Rotemberg).

López, José Luis (2005): *Los derechos de los pueblos indígenas*, Diputación Provincial de Málaga, Málaga.

Marion Young, Iris (1990): *La justicia y la política de la diferencia*, Ediciones Cátedra, Madrid (traducción de Silvina Álvarez).

Melín M., Coliqueo P., Curihuínca E., Royo M (2016): *Azmapu*. Una aproximación al sistema normativo mapuche desde el rakizuam y el derecho propio.

Montecinos, Sonia (2011): *Mito, sacrificio y políticas de la diferencia. El terremoto del 60 en el lado Budi*. En Revista *Anales*, séptima serie, n° 1, Santiago, pp. 201-206.

Moraes da Costa, Marli (2008): *Pluralismo y emancipación social (Aportes desde la obra de Antonio Carlos Wolkmer)*. En *¿Hacia un paradigma cosmopolita del derecho?: pluralismo jurídico, ciudadanía y resolución de conflictos*, Dykinson, Madrid, pp.231-247.

Quijada, Mónica (2007): “Entre rupturas y retornos: la nueva cuestión indígena en América Latina.” En *Ciudadanía y derechos en América Latina: poblaciones, estados y orden internacional*, Laura Giraudo (ed.), Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, Madrid, pp.59-81.

Sánchez Rubio, David (2008): *Pluralismo y emancipación social (Aportes desde la obra de Antonio Carlos Wolkmer)*. En *¿Hacia un paradigma cosmopolita del derecho?: pluralismo jurídico, ciudadanía y resolución de conflictos*, Dykinson, Madrid, pp. 49-75.

Stavenhagen, Rodolfo (2013): “Pueblos indígenas: retos después de la batalla”. En GÓMEZ, Felipe y BERRAONDO Mikel [eds].*Los Derechos Indígenas tras la Declaración. El desafío de la implementación*, Editorial Universidad de Deusto, Bilbao, pp. 15-37

Susín, Raúl (2008): *Interculturalidad y ciudadanía: algunas exigencias para una sociedad democrática*. En *¿Hacia un paradigma cosmopolita del derecho?: pluralismo jurídico, ciudadanía y resolución de conflictos*, Dykinson, Madrid, pp.155-179.

Villavicencio, Luis (2014a): *Minorías étnico-culturales y derechos de las mujeres*. En *Revista de Ciencia Política*, vol. 34, n° 3, pp. 605-621.

\_\_\_ (2014b): *Las críticas comunitaristas al liberalismo igualitario*. Un balance, Universidad de Alcalá, Madrid.

\_\_\_ con Zúñiga, Alejandra (2015a): *La violencia de género como opresión estructural* en *Revista Chilena de Derecho*, vol. 42 n° 2, pp. 719-728.

\_\_\_ con Selamé, Nicole (2015b): *Las políticas de la diferencia en el Estado democrático chileno*. En *Revista de Ciencias Sociales*, n° 67, pp. 151-173.

\_\_\_ (2017): *Interculturalidad, derechos de la infancia y Constitución*. En *Constitución Política y Derechos del Niño*, UNICEF, pp. 155-167.

Villegas, Myrna y Mella-Seguel, Eduardo (2017): *Cuando la costumbre se vuelve ley*. La cuestión penal y la pervivencia de los sistemas sancionatorios indígenas en Chile, LOM, Santiago.

Wolkmer, Antonio (2008): *Pluralismo jurídico: la semilla cosmopolita en el pensamiento crítico iberoamericano*. En *¿Hacia un paradigma cosmopolita del derecho?: pluralismo jurídico, ciudadanía y resolución de conflictos*, Dykinson, Madrid, pp. 99-110.

Yrigoyen, Raquel (2004): *Pluralismo jurídico, derecho indígena y jurisdicción especial en los países andinos*. En *El otro Derecho*, n° 30, ILSA, Bogotá, p. 171-195.