



Tesina de la carrera de Derecho

“¿Prevalece el derecho de los pueblos indígenas latinoamericanos sobre el derecho estatal?”

Cristopher Corvalán Rivera

Profesora Marcela Aedo Rivera

Noviembre, 2011

ÍNDICICE.

Prólogo	4
Introducción	5
I. El Estado como productor monopólico del derecho en la sociedad	7
1. Origen histórico del monismo jurídico.....	7
2. Caracterización del derecho occidental moderno según Max Weber.....	9
3. Crítica al derecho occidental moderno como estructura racional formal.....	11
4. Caracterización de los campos jurídicos latinoamericanos.....	14
4.1. La ineficacia instrumental del derecho en los campos jurídicos latinoamericanos.....	17
4.2. El autoritarismo en los campos jurídicos latinoamericanos.....	19
II. Pluralismo jurídico, negación del monopolio estatal en la producción jurídica	21
1. Concepto de pluralismo jurídico.....	21
2. Distintas dimensiones del pluralismo jurídico.....	22
2.1. Pluralismo jurídico en su dimensión cultural.....	22
2.2. Pluralismo jurídico en su dimensión sociológica.....	24
2.3. Pluralismo jurídico en su dimensión institucional.....	27
3. Críticas al pluralismo jurídico.....	27
III. El derecho indígena como fenómeno de pluralismo jurídico	31
1. Conceptos de pueblo y derecho indígenas.....	31
2. Evolución histórica de la relación Estado-pueblos indígenas en América Latina.....	33
2.1. Periodo colonial: modelo segregacionista y de dualismo legal.....	33
2.2. Periodo independentista: modelo de asimilación y monismo legal.....	35
2.3. Periodo del siglo XX anterior a 1989: modelo integracionista civilizatorio.....	37
2.4. Periodo del siglo XX posterior a 1989: modelo pluralista.....	38
3. Razones para sostener la primacía del derecho indígena sobre el derecho estatal.....	40

3.1. El pluralismo jurídico del Convenio 169 de la OIT.....	42
3.2. El pluralismo jurídico de la Declaración de la Naciones Unidas sobre los Derechos de los Pueblos Indígenas.....	44
3.3. El pluralismo jurídico en la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos.....	46
3.4. El pluralismo jurídico en el derecho comparado latinoamericano.....	48
Conclusiones.....	51
Bibliografía.....	54

PRÓLOGO.

Mientras desarrollaba mi estudio preparatorio para el examen de grado, comencé a cuestionarme sobre cuál era la realidad de un pueblo o cultura cuando en ella se introduce un método de resolución de conflictos, como es el sistema judicial del Estado occidental moderno. Me interesaba analizar la naturaleza que reviste un sistema de esta índole para los miembros de la cultura permeada, establecer el uso que de él hacen las personas a quienes se les impone, y confrontarlo con los mecanismos tradicionales a través de los cuales se resuelve, o resolvía, el conflicto en dicha cultura. Me parecía interesante develar la autoridad que se le reconoce, si así ocurre, al funcionario judicial encargado de la administración de justicia y determinar empíricamente el grado de eficacia que tiene lo resuelto por él en un caso concreto. El objetivo no sería otro que llegar a establecer si en esa cultura el sistema judicial es visto como una sede propicia para la resolución de conflictos de interés jurídico, advirtiendo que en la observación de una cultura, incluso la noción “interés jurídico” puede reflejar una adopción o imposición cultural mayor que la mera burocracia judicial estatal, una más amplia, que abarca hasta la concepción misma del conflicto y la tendencia a su judicialización, consecuencia de un proceso de aculturación.

De esta manera me acerqué al tema del pluralismo jurídico, sin embargo en esta instancia me sería sumamente complejo elaborar y ejecutar un estudio práctico que permita medir las variables para dar respuesta a las cuestiones recién planteadas; entre otras cosas, porque prescindo de tiempo, recursos metodológicos y económicos para hacerlo. Por esta razón, la tesina que desarrollaré tendrá por objeto determinar –desde una perspectiva sociológica más bien teórica– si en contextos de multiculturalidad, como el latinoamericano, prevalece el derecho indígena sobre el estatal, haciendo algunas breves referencias a la realidad nacional. Así creo que desarrollaré un marco teórico para posteriormente medir qué impacto real tiene la introducción de un sistema jurídico en una cultura distinta de la que le da origen, la observancia que se les presta y la suerte que corre el derecho indígena, sus formas de concebir el conflicto y de darle solución.

RESUMEN.

El trabajo reflexiona acerca de las distintas razones que existen para sostener la primacía del derecho indígena sobre el derecho estatal en Latino América. Comienza analizando críticamente la legitimidad del Estado Occidental moderno como productor monopólico del derecho. De los campos jurídicos latinoamericanos se destacan las características de ineficacia instrumental del derecho, autoritarismo y pluralidad jurídica. Luego de analizar los distintos tipos de pluralismo jurídico y destacar las críticas que se le formulan, se ubica al derecho indígena como una forma de pluralismo jurídico cultural. Tras una revisión histórica del tratamiento dado a los pueblos indígenas, se establece la dirección que -en favor de la prevalencia de sus sistemas normativos y métodos de resolución de conflictos- ha tomado tanto el derecho comparado como el derecho internacional, sea en tratados, declaraciones y jurisprudencia. Se incluye una referencia al sistema chileno y las vías para sostener dicha primacía en el orden interno.

PALABRAS CLAVES.

Monismo jurídico. Legitimidad. Pluralismo jurídico. Derecho indígena. Primacía.

INTRODUCCIÓN.

La diversidad cultural es una realidad presente en los Estados Latinoamericanos incluso desde antes de su consolidación como tales. La subsistencia de pueblos indígenas dentro de las actuales sociedades demanda cada vez más del Estado un accionar positivo que tienda a la protección de su cultura. El presente trabajo tiene por objetivo responder a si en los actuales Estados de América Latina prevalece el derecho indígena sobre el derecho estatal. Tradicionalmente se ha sostenido que esos sistemas normativos solo tendrán eficacia si el derecho estatal les reconoce validez. La forma de plantear el problema da cuenta de la doctrina que clásicamente predominó en esta materia, que se trata de dos órdenes separados y que el derecho estatal constituye el referente a examinar si quiere sostenerse la vigencia del derecho indígena, pues el primero reviste una cierta presunción de legitimidad que al segundo no se le reconoce.

Dar una respuesta a la cuestión aquí planteada, permitirá realizar una evaluación crítica al tratamiento que reciben los pueblos indígenas por parte de los diversos poderes del Estado, así como también, contribuirá a establecer una posición desde la cual se pueden pensar las soluciones a las diversas demandas que los pueblos originarios dirigen hoy al Estado.

El trabajo que aquí he desarrollado se caracteriza por albergar un enfoque crítico interdisciplinario; pretende superar las fronteras que entre los distintos campos del conocimiento impone la tradición de las ciencias modernas, así como también, derivado de su carácter crítico, intenta cuestionar los basamentos de las prácticas jurídicas dominantes que permiten la mantención del statu quo, proponiendo otras prácticas nuevas que encarnen valores de inclusión social y solidaridad como alternativas viables a la situación existente.

El desarrollo de la hipótesis se hará desde la perspectiva del Pluralismo Jurídico, pues permite la superación de los límites que implica el formalismo jurídico -que analiza al derecho como un campo aislado de los demás campos sociales-. Si tuviera que enmarcarse en un área, este trabajo se ubica en el ámbito de la sociología jurídica teórica; busca fijar conceptos que faciliten posteriormente el desarrollo de una sociología jurídica empírica.

La metodología utilizada incorpora al análisis de documentos jurídicos (tratados, declaraciones, leyes), el de textos de sociología e historia relativos a la evolución del derecho occidental moderno y de la cuestión indígena. También se analizan informes técnicos acerca de la situación de los pueblos indígenas, informes de instancias políticas como el de la Comisión Verdad Histórica y Nuevo Trato, y naturalmente, se estudian textos de dogmática jurídica que permitan sostener la tesis de la prevalencia del derecho indígena sobre el estatal.

La estructura del trabajo consta de tres capítulos. En el primero se analiza la antítesis a la hipótesis del pluralismo, esto es, al Estado moderno como productor monopolístico del derecho. Con el objeto de exponer cómo, para el monismo jurídico, el derecho indígena requeriría del reconocimiento estatal para producir efectos, se revisan los procesos históricos que configuraron al Estado moderno, las características de racionalidad y formalidad que revestiría el derecho que este produce -según Max Weber-, y las consecuencias que ello acarrea para la legitimidad del orden jurídico. Luego, a fin de abordar la cuestión jurídica desde una perspectiva más rica que su mera reducción al derecho estatal, se propone como marco analítico el de los campos jurídicos. En su aplicación a América Latina se destacan como características la pluralidad normativa, la ineficacia instrumental y el autoritarismo.

En el segundo capítulo se estudia al pluralismo jurídico en sus distintas dimensiones, a fin de demostrar cómo el derecho estatal coexiste con otros sistemas normativos -entre los que se encuentra el derecho indígena- que tienen eficacia independientemente del reconocimiento que haga de ellos el

Estado. Agrupo los distintos fenómenos de pluralidad normativa según las dimensiones desde las que esta pueda abordarse, para que las críticas que merezca alguno de ellos no se extiendan injustificada y erróneamente a otros.

El tercer capítulo se centra en el derecho indígena en tanto fenómeno de pluralidad jurídica; se analizan las razones que permiten sostener la preeminencia del derecho indígena sobre el orden jurídico estatal, aclarándose qué debemos entender por pueblos indígenas y cuál concepción del derecho permite sostener la existencia de un “derecho indígena”. Se analiza cómo la gestión de la multiculturalidad requiere pasar, de la pluralidad jurídica que se constata en Latinoamérica, a un pluralismo jurídico como garantía de respeto a la diversidad, coherente con los derechos humanos reconocidos nacional e internacionalmente.

I. EL ESTADO COMO PRODUCTOR MONOPÓLICO DEL DERECHO EN LA SOCIEDAD. ANÁLISIS DE LA SITUACIÓN DE AMÉRICA LATINA.

1. Origen histórico del monismo jurídico

Las razones acerca del cómo y el porqué se llegó a identificar como único derecho válido en una sociedad a aquel producido o autorizado por el Estado, pueden situarse en los mismos procesos históricos que determinaron el nacimiento del llamado Estado moderno, configurado, tanto por el racionalismo filosófico como por el iluminismo político, sobre los principios de libertad individual e igualdad formal ante una legislación común (Walkmer, 2003: p. 249).

El Estado Medieval o Antiguo Régimen, según la denominación de Carlos Garriga, se caracterizó principalmente por ser un orden jurídico con preeminencia de la religión, tradicional, pluralista y probabilista. Estos elementos reflejan que la concepción del derecho que predominaba era esencialmente antilegalista (Garriga, 2004: pp. 14-15). Durante los siglos XVII y XVIII el absolutismo monárquico y la burguesía triunfante, llevaron a cabo un proceso de uniformización burocrática, eliminando la estructura corporativa medieval y reduciendo el pluralismo legal y judicial que la caracterizaba. La teoría estatalista del derecho, según Norberto Bobbio, es el producto histórico de la formación de los grandes Estados, los cuales nacen a partir de la superación de la sociedad feudal (1987, p.9). Puede predicarse de dicha sociedad su carácter pluralista al estar integrada por distintos órdenes, cada cual con contenidos normativos y legitimidades diferentes

(Garriga, 2004: p.14). En el estrato superior, afirma Bobbio, por encima de lo que hoy denominamos estados nacionales, se ubicaban ordenamientos jurídicos universales, como la Iglesia y el Imperio. Por debajo de estos, concurrían con ellos otros distintos: los feudos, las corporaciones, municipios e incluso la familia, considerada como la sociedad natural por el pensamiento cristiano (Bobbio, 1987: p. 9).

Debido principalmente a la descentralización territorial y a la multiplicidad de centros de poder, en un mismo espacio social concurrían diversas manifestaciones normativas, tales como el conjunto de costumbres locales, foros municipales, estatutos de las corporaciones por oficio, dictámenes reales, derecho canónico y derecho romano (Wolkmer, 2003: p. 249). La articulación de todas estas manifestaciones normativas era efectuada, tanto por la jurisprudencia como por la doctrina de los juristas, bajo una fórmula de integración y no de exclusión (Garriga, 2004: p.14). De ahí el carácter probabilista del orden, pues “ El derecho resulta construido caso a caso mediante la tópica, que es el arte de encontrar (*ars inveniendi*) y conciliar los argumentos o puntos de vista aptos para tratar de los asuntos discutibles (todos aquellos, como los jurídicos, sobre los cuales no hay afirmaciones evidentes o necesariamente ciertas)” (Garriga, 2004: p.15).

De esta manera, el Estado moderno surge de la eliminación y absorción de los ordenamientos jurídicos superiores e inferiores por la sociedad nacional. A este proceso Bobbio lo denomina *monopolización de la producción jurídica*. Agrega que, si por poder entendemos la capacidad que tienen ciertos grupos sociales para promulgar normas de conductas válidas para todos los miembros de la comunidad y de hacerlas respetar aún con el recurso de la fuerza (poder coactivo), la formación del Estado moderno corre paralela con el proceso de formación de un poder coactivo cada vez más centralizado, que suprime gradualmente los centros de poder inferiores. Esto llevó a la eliminación de cualquier centro de producción jurídica que no fuera el mismo Estado (Bobbio, 1987: p.9). *Es a esta pretensión de exclusividad en la creación del derecho válido en una sociedad, a la que se le conoce como “monismo jurídico”*

La sustitución de la estructura jurídica plural medieval por una monopólica centralizada, el nuevo Estado Nación, llevó a considerar como válido en una sociedad, únicamente a aquel derecho producido por el Estado. Esta actitud frente al derecho se vio favorecida por el Positivismo Jurídico, aunque más precisamente por la Escuela de la Exégesis, que constituye una de las vías de penetración del positivismo jurídico y con cuyos postulados, en algún momento, fue confundido. En efecto, el negar la existencia del derecho natural y sólo reconocer la del derecho positivo, no es un

elemento suficiente que permita filiar las diferentes escuelas del positivismo jurídico con la asimilación que realiza el monismo jurídico entre derecho y ley o, lo que es lo mismo, entre derecho y Estado. La Escuela Histórica del Derecho, que constituye otra de las vías de penetración del positivismo jurídico, también era positivista al considerar al derecho como un elemento de la realidad, como un fenómeno cultural. Sin embargo, mientras que para los historicistas el derecho era puesto en la realidad por el libre espíritu del pueblo, para los exégetas este era puesto únicamente por la voluntad del legislador (Squella, 2003: pp. 342-348). De manera que, en términos más precisos, la identificación derecho-estado se vio favorecida por la actitud que mantuvo la Escuela de la Exégesis frente a las reformas administrativas napoleónicas y su código civil. Dicha escuela, y no todas las corrientes que puedan enmarcarse bajo el positivismo jurídico, fue la que consideró como derecho, exclusivamente a aquel que tuviera su origen en el Estado, con la consecuente omnipotencia del legislador y la reducción de la función jurisdiccional a una mera labor mecanicista del juez.

2. Caracterización del derecho occidental moderno según Max Weber.

Max Weber caracteriza al derecho del Estado occidental moderno como un **derecho racional formal**¹. Por formalismo jurídico considera el tratamiento especializado y autónomo de lo jurídico, recurriendo solo a supuestos propios del derecho y prescindiendo de cualquier consideración de motivos extrínsecos en la aplicación y creación del mismo, sean estos de carácter político, utilitarista o éticos. Estos últimos motivos son los que, por el contrario, caracterizan a un derecho material². (2008: p. 605)

La *generalización* y la *sistematización* son las dos operaciones que según Weber racionalizan un derecho (2008: pp. 509 y ss.). Puede considerarse racional un derecho en la medida en que está constituido por normas generales ordenadas sistemáticamente. Desde el punto de vista de los destinatarios, el derecho es racional si las decisiones judiciales son para estos previsibles, es decir, en la medida en que permitan la calculabilidad. Esta última característica es destacada por Weber para enfatizar cómo es que el derecho racional formal permite la subsistencia del capitalismo y no es este,

¹ Weber le atribuye distintos significados al término racional. Aquí lo entenderé como “racionalidad teórica”, es decir como aquella tarea consistente en pensar de manera sistemática, procurando lograr los principios últimos desarrollando los significados hasta sus extremas consecuencias lógicas. Es necesario destacar que los otros significados de racionalidad están igualmente presente de alguna manera como características del derecho. Para un examen más detenido, ver (Munné, 2006).

² La expresión derecho formal y material son utilizadas también de diversas maneras en la obra de Weber. Véase Munné, 2006.

una causa directa del primero³. Sin embargo, no existe una separación definitiva de ámbitos de influencias entre capitalismo y el proceso de racionalización del derecho, pues reconoce a los intereses de la clase burguesa como uno de los factores que indirectamente allanaron la configuración de un derecho racional formal. La racionalización de la economía, que se estructura sobre las ideas del mercado y la libre contratación, demandó del Estado una mayor racionalización; y del derecho que éste produce, una mayor especialización. (Weber, 2008: pp. 1063)

Los factores o condiciones que influyen en la racionalización del derecho, según Weber, son de dos tipos: internas y externas. Como condición interna, Weber sitúa el conocimiento especializado de los juristas que pueden influir profesionalmente en la formación del derecho⁴. La pretensión técnica jurídica de construir el hecho jurídicamente exento de cualquier contradicción, llevó a la concepción del derecho que hoy domina: “un complejo compacto de normas, lógicamente exento de contradicción y de lagunas, que debe ser aplicado; y esa concepción resultó ser la única decisiva para el pensamiento jurídico.” (Weber, 2008: p. 635)

En las condiciones externas -reconociéndoles una incidencia directa-, destaca los factores políticos que comprenden la separación entre Estado e Iglesia, con la consecuente separación definitiva entre derecho sacro y derecho divino; la reunión en el príncipe de los privilegios estamentales; y la burocratización del Estado moderno, concentrando los medios materiales de dominación hasta lograr su disposición total, con funcionarios autónomos separados enteramente de ellos (2008: p. 1061). Como expliqué, Weber le reconoce a los factores externos económicos una incidencia indirecta, pues el capitalismo “...descansa internamente ante todo en el cálculo”. (2008: 1061)

³ Contrario a algún determinismo económico, para Weber el capitalismo no constituye una causa directa de la racionalización formal del derecho. Para el desarrollo del capitalismo fueron necesarias las condiciones generadas por el Estado-nación que produce exclusivamente un derecho racional formal, el cual proveyó de seguridad en el tráfico y permitió la previsibilidad del sistema jurídico, necesaria para los interesados en el mercado. Es necesario destacar que dicha calculabilidad también puede estar presente en un sistema de precedentes como el Inglés (Weber, 2008: pp. 509).

⁴ Aquí están comprendidos diversos procesos: las cualidades analíticas de la jurisprudencia romana, con aspectos de sistematización en el imperio tardío; la alta racionalización del derecho canónico a diferencia de otros derechos sacros; la abstracción y formalización a la que fue sometido el derecho romano para ser aprovechado en los inicios de la modernidad; el posterior desarrollo de un derecho natural no religioso que terminaría desembocando en sucesos revolucionarios, y la tendencia positivista que cobra la doctrina jurídica del siglo XIX en consonancia con la secularización del pensamiento que siguió al desarrollo científico y técnico (Munné, 2006).

Para los efectos de esta tesis, la consecuencia más importante que del proceso de racionalización formal del derecho se deriva, viene dada por el *criterio de legitimidad* sobre el que descansaría el derecho occidental moderno, que según Weber no es otro que el de la *legalidad*. En la culminación de la racionalización formal del derecho, el derecho natural racional es desplazado en cuanto elemento legitimador del orden jurídico. La razón en virtud de la cual un derecho debe ser obedecido, ya no puede buscarse en la racionalidad con arreglo a valores (derecho natural racional), ni en la tradición, ni en la creencia afectiva de lo revelado. Con la racionalización, la justificación de la obediencia del derecho absolutamente secularizado viene dada por la fe o "...creencia en la legalidad: la obediencia a preceptos jurídicos positivos estatuidos según el procedimiento usual y *formalmente* correctos." (Weber, 2008: pp.29-30). No se obedece a una persona en virtud de su derecho propio, sino que se obedece a la regla estatuida, la cual establece al mismo tiempo a *quién* y en *qué* medida se debe obedecer, (Weber, 2008: p.707); es decir, solo se está obligado a obedecer dentro de la competencia limitada, racional y objetiva, dada por el orden a la persona puesta a la cabeza, el soberano legal, sea este funcionario o no, como es el caso del presidente electo (Weber, 2008: p. 174).

Este es el tipo de legitimidad hoy más corriente (2008, p.30) y el que caracteriza a la forma de dominación legal descrita por Weber en su *Economía y Sociedad*. La racionalización formal del derecho -que produce el agotamiento del derecho natural como legitimador del orden jurídico-, junto con la burocratización propia del Estado moderno, se corresponden con un sistema de dominación racional legal (2008: p. 170).

3. Crítica al derecho como estructura racional formal legitimado en la legalidad.

Sostener, como hace Weber, que la legitimidad de un derecho descansa en la legalidad, no resuelve en absoluto el problema de la legitimación del derecho moderno. Este, al positivizarse, se muestra como un derecho instituido en base a decisiones de poder o de autoridad, separado de fundamentos axiológicos o normas éticas compartibles. Pablo Salvat, a la luz de las explicaciones de Habermas, se pregunta: "¿Cómo puede ser ahora legítima una dominación legal, en que su legalidad se sostiene sobre un derecho puramente decisionista?" (2007: p. 593). La respuesta desde una óptica Weberiana vendría dada por el procedimiento. Sería legítima esa dominación por haberse observado las reglas procedimentales establecidas para la creación, interpretación y aplicación del derecho. Sin embargo, esto no resuelve la necesidad de justificación del derecho, pues sería legítimo porque es legal, y viceversa. El problema que advierte Salvat a esta visión es que "está imbuida de una

dialéctica de racionalidades, en la cual, finalmente, las premisas de una racionalidad formal/instrumental terminan sobreponiéndose y subordinando su contracara práctico moral” (2007: p. 594). La pregunta entonces se traslada a ¿cuál es la justificación que tendrían los órganos estatales como legitimadores del derecho que producen?

El formalismo propiciado por el positivismo jurídico⁵, al considerar como única vía legitimadora de una determinada norma su corrección procedimental, desconecta al derecho de sus aspectos más sociales o morales. Para Munné, al fundar la legitimidad en la legalidad, pretende suprimirse el problema de la legitimación atribuyendo a los sujetos una fe en la legalidad. Esta atribución, a fin de justificar el poder coercitivo del derecho, no se correspondería con el proceso de racionalización jurídica que ha experimentado el derecho en un “mundo desencantado” (2006: p. 96).

El tipo ideal de dominación legal Weberiano carece de un núcleo o idea inmanente de justicia, distinto a lo que ocurre en sus otros tipos ideales, y ello impediría, por ejemplo, distinguir entre un régimen autoritario y uno democrático (Munné, 2006: 97). En este mismo sentido Pablo Salvat estima que, desde la perspectiva de Weber, la racionalización del derecho no queda conectada ni es evaluable “... desde alguna noción de valor o norma sustantiva, práctico moral, sino más bien, conectada con los progresos de la ciencia y de la técnica, en cuanto saber cognitivo instrumental.” (2007, p. 594). Entender que la sola fe en la legalidad es fuente suficiente de justificación para el derecho, sólo tendría validez si tenemos ya por supuesta una legitimidad del orden jurídico diciéndonos qué es legal. (Salvat, 2007: p.594)

Habermas estima que la autonomización del sistema jurídico no puede significar una desconexión absoluta entre derecho y moral, ni entre derecho y política. Sintetizando las ideas contenidas en *Facticidad y Validez*, Carlos María Carcova señala que “La legalidad solo engendrará legitimidad, en la medida en que el orden jurídico positivo, sea el resultado de procedimientos de fundamentación permeables a los discursos morales, que ponen en práctica la idea de imparcialidad

⁵ Bobbio sostiene que es necesario distinguir entre formalismo jurídico y formalismo ético o concepción legalista de la justicia. El primero lleva a estudiar el derecho en su estructura normativa, prescindiendo del contenido de las normas. El segundo concibe como justa la ley en cuanto tal, en cuanto mandato de un soberano legítimo independiente de su contenido; lo mandado sería justo y lo prohibido injusto. Para él, pese a ser necesaria la distinción a fin de que las críticas al formalismo ético no se extiendan al formalismo jurídico, esa corriente de estudios jurídicos que se conoce como positivismo jurídico se caracteriza por la presencia de ambos puntos de vista: el normativo en la consideración científica del derecho y el legalista en la justificación ética del derecho (1980: pp. 105-106) Las críticas en este trabajo, a la luz de esta distinción, estarían más orientadas a la concepción legalista de la justicia que caracteriza al positivismo jurídico.

para la conexión entre el derecho vigente, los procedimientos legislativos y los mecanismos de su aplicación” (2007: pp. 513).

Para Habermas, la racionalidad formal, que Weber asocia a los criterios de la ciencia y de la técnica, oculta una forma de dominio político. Por su estructura misma, es un ejercicio de control. La racionalidad con arreglo a fines, que producto de la racionalización de la sociedad absorbe todos los parámetros del mundo, “... lo que en realidad hace es sustraer la trama social global de intereses en que se eligen estrategias, se utilizan tecnologías y se instauran sistemas a una reflexión y reconstrucción racionales” (Habermas, 1986: pp. 52-54). El formalismo en el derecho permite que la dominación presente en una sociedad sea percibida como una cuestión natural, impidiendo advertirla como una creación humana o artificial. En sociedades donde no existen las condiciones en virtud de las cuales pueda decirse que sus instituciones son fruto de un consenso social, el derecho sirve como camuflaje del interés con arreglo al cual se orienta su fin. La racionalidad de la ciencia y de la técnica es una racionalidad de dominación, de manipulación, la cual se propaga a través de, y en cuanto tecnología, absorbiendo todos los parámetros del mundo y de la cultura y, de esta manera, asegurando automáticamente la legitimación de un poder político (Habermas 1986: pp. 56-58)

Como advierte Wolkmer,⁶ el racionalismo jurídico formalista impide cuestionar los orígenes sociales y económicos de las estructuras de poder, eternizando a su vez el statu quo dominante mediante las reglas de control. Sostiene que hoy, el derecho no representa el interés general, sino solo el de una elite minoritaria y excluye de su dinámica histórica una interacción y fundamentación más ligada a lo social, económico, político y filosófico (1991: pp.31-32).

En el Estado occidental moderno, el derecho racional formal -que se produce monopólicamente y que descansa en la legitimidad legal- establece como criterio de validez de un orden jurídico solo su corrección procedimental. De esta manera, se impide considerar como sistemas normativos válidos, e incluso calificar como derecho, a otras manifestaciones jurídicas que puedan darse en una sociedad con diversidad cultural. Desde este punto de vista, el derecho indígena no podría revestir validez en estas sociedades, pues tiene un origen paraestatal, carece de racionalidad y no observa la corrección procedimental que lo dota de validez.

Desde una perspectiva exclusivamente racional formal, las demandas de las minorías son vistas como tendencias a una materialización del derecho, a la pérdida de la racionalidad del mismo.

⁶ En el mismo sentido García y Rodríguez, 2003.

Según Weber, los reclamos de justicia sustantiva aumentarían la arbitrariedad en la administración y jurisdicción, al consagrarse estándares informales de apreciación particular. Se desconoce que las demandas de las minorías⁷ apuntan a consolidar y ampliar el ámbito de autonomía individual de sus miembros, principio fundamental del Liberalismo. Si el Estado optase por reconocer que resulta suficiente para satisfacer el interés de las minorías, el solo reconocimiento de derechos individuales a sus integrantes, y no a la colectividad, se estaría desconociendo que el derecho estatal, en tanto producto cultural, refleja valores y una visión específica del mundo sobre la que se estructuró, y desde la cual se relaciona hoy con las minorías que con él conviven.

4. Caracterización de los Campos Jurídicos Latinoamericanos.

Para entender cómo se ha configurado el derecho en América Latina a partir de la recepción del modelo de Estado y derecho europeo continental, me valdré de la perspectiva propuesta por Mauricio García Villegas y Cesar Antonio Rodríguez, dos de los principales exponentes de la sociología jurídica latinoamericana con enfoque crítico. Como se desprende del título de este apartado, con el objeto de superar una concepción estrecha del derecho -heredada del formalismo jurídico, que lo reduce a las normas positivas-, el objeto de estudio se centrará en el *campo jurídico latinoamericano* y no en el *derecho*, pues el marco analítico de los campos jurídicos propuesto por García y Rodríguez -tomado de la teoría social y sociología jurídica de Bourdieu- permitirá una mejor caracterización de lo jurídico en América Latina, una visión más amplia que la mera reducción al derecho estatal. De esta manera, pretende incluirse en el análisis a símbolos, actores, ideas, relaciones de poder e instituciones sociales que constituyen la práctica del derecho (García y Rodríguez, 2003: p.19). Antes de entrar a analizar las características de *pluralidad, autoritarismo e ineficacia instrumental* que García y Rodríguez destacan de los campos jurídicos latinoamericanos, será necesario explicar previamente qué se entiende por campos jurídicos, cuáles son sus componentes y de qué variables dependen sus características.

⁷ El término "minorías" está tomado en el sentido que le da, "aquellos grupos de individuos que se encuentran en una mayor situación de vulnerabilidad y que carecen de suficiente poder para que sus demandas sean satisfechas. El término no se encuentra asociado con criterios cuantitativos, ya que las minorías pueden ser mayorías cuantitativamente (como en Bolivia)- y encontrarse en una situación de inferioridad en relación al resto de la sociedad." Agrega que el grupo que está en esa situación de inferioridad se haya unido al otro de un modo contingente. (Ramírez: 2002: pp. 4 y 8)

La sociedad está compuesta por distintos campos sociales, el jurídico es uno de ellos. Por campo se entiende un espacio en el que actores situados en posiciones estructurales dispares, luchan por el control de un recurso valioso (privilegios), sea este dinero, prestigio o poder. Todo campo jurídico se caracteriza, principalmente, porque genera pronunciamientos -desde una ley estatal hasta la decisión extraoficial de un líder comunitario que es acatada por la comunidad- que tienen el poder de convertirse en regla, de imponerse con fuerza de autoridad. (García y Rodríguez, 2003: pp. 19- 20)

Los actores del campo, en busca de privilegios, se valen del capital con el que cuentan, sea económico (v.gr., dinero), social (v.gr., contactos sociales) o cultural (v.gr., credenciales académicas). Existen disposiciones compartidas, denominadas *habitus*, que guían la conducta de los actores y le dan estabilidad al campo. La acción de estos, a su vez, se ve limitada por la posición estructural que ocupan en la jerarquía del campo.

Como actores de un campo jurídico, se ubican los creadores de normas (parlamentarios, consejos indígenas, etc.), los practicantes (abogados, asesores informales, etc.), los aplicadores (jueces, árbitros, líderes de grupos étnicos, etc.), los guardianes (responsables de la construcción y conservación de los conceptos y soluciones concretas elaboradas: jueces, abogados, académicos, etc.), los educadores (profesores, autoridades comunitarias, etc.) y finalmente los grupos de interés, entendidos como agrupaciones que, a fin de impulsar sus objetivos, llevan a cabo estrategias jurídicas como litigios, cabildos, negociaciones, etc. (aquí ubicamos a los partidos políticos, agrupaciones empresariales, organizaciones no gubernamentales, etc.) (García y Rodríguez, 2003: pp.20- 21).

Los privilegios por los que luchan los actores de un campo jurídico son de diversa índole: éxito financiero, posición, prestigio dentro del campo y, *principalmente, imponer, mediante el derecho, una representación oficial del mundo social, conforme a su visión del mundo y favorable a sus intereses*. Es decir, mediante formas jurídicas generales, imponer los intereses particulares que representan o defienden. (García y Rodríguez, 2003: p.21)

Los capitales con que cuentan los actores en su dinámica pueden ser económicos (v. gr., dinero para costear defensa de un litigio o para financiar campañas publicitarias que promuevan regulación o desregulación de una determinada área), culturales (pergamino académico para hacer prevalecer una doctrina específica), o sociales (valerse del prestigio profesional para acceder a una posición más dominante dentro del campo).

Los campos jurídicos son el producto de una mutua influencia entre la estructura del mismo y la acción de quienes son parte de él. Como señalé antes, la acción que puedan desplegar los actores de un campo se ve limitada por la jerarquía que ocupen ellos en su estructura. Esta, a su vez, está condicionada por macro variables históricas de diversa índole: económica, cultural, social y política. De esta manera, las características que de los campos jurídicos se expresen, no son una consecuencia exclusiva y directa de las decisiones tomadas por los actores, pues su ámbito de acción está limitado por la jerarquía que ellos ocupan en la estructura, la cual depende también de otras macro variables históricas que influyen, por tanto, en las características que se le atribuyan a algún campo en particular. Siguiendo a Boaventura de Sousa Santos, García y Rodríguez estiman que las macro variables que explican las estructuras de los campos jurídicos contemporáneos, y del latinoamericano en particular, son tres: *la posición de los distintos países y regiones en el sistema económico mundial, la ruta de entrada de estos a la modernidad y la familia y cultura jurídica predominante en ellos.*

En cuanto a la *posición de un país o región en el sistema capitalista*,⁸ este puede ubicarse en el centro, periferia o semiperiferia; ello influye en el grado de polarización social interna del país y en la fortaleza del Estado, tanto interna como externa, (García y Rodríguez, 2003: p. 25). Así, un país ubicado en la semiperiferia o periferia del sistema capitalista podría presentar grados de menor soberanía al establecer sus normas (Colombia, por ejemplo, al desarrollar sus políticas anti drogas), valerse de una legislación represiva como contrapeso a su debilidad estructural (v. gr. estados de excepción, ley antiterrorista en Chile) y provocar que sus ciudadanos, en contextos de polarización social, aprecien al derecho como un instrumento de dominación al cual hay que resistir. De esta manera, este factor tiene incidencia en la estructura del campo jurídico y, por tanto, en las características de pluralidad, ineficacia y autoritarismo con que se describen los campos latinoamericanos.

Con respecto a *la ruta de entrada en la modernidad o a la forma en que estos países han asimilado el proyecto sociocultural de la modernidad*, cuatro serían las vías de entrada a la modernidad en la obra de Santos: la ruta original europea, la de los nuevos mundos (v. gr., América), la zona colonial (v. gr., África) y la modernización defensiva (v. gr.; China y Japón). La forma como fue asimilado en América Latina el proyecto de la Ilustración influye, según García y

⁸ El sistema capitalista entendido como el sistema mundial de acumulación basado en la división del trabajo y las relaciones políticas asimétricas entre el centro, la semiperiferia y la periferia. (García y Rodríguez, 199. :p. 25)

Rodríguez, en la construcción de la nación y el Estado, la actitud de los ciudadanos frente al derecho y la pluralidad jurídica. (2003: pp. 26 y ss.)

Por último, la *familia o cultura jurídica* que predomina en este campo tendrá injerencia en el razonamiento jurídico predominante, en el rol que se le reconozca al juez y al abogado, en la jerarquía de las instancias productoras y en la forma en que se enseña el derecho. En América Latina imperan prácticas propias de la familia románica, tras el trasplante masivo de las leyes españolas y la recepción del sistema jurídico francés.

Considerando las tres macro variables expuestas, los rasgos característicos de los campos jurídicos latino americanos son tres: *la pluralidad, la ineficacia y el autoritarismo*. (García y Rodríguez, 2003: pp. 22-57). Es necesario aclarar que dichas características no constituyen juicios valorativos respecto de cierta imperfección que revestirían los campos jurídicos latinoamericanos frente a los de países desarrollados, vistos estos últimos como perfectos o ideales. Son simplemente afirmaciones descriptivas, entendidas como tendencias y no como fenómenos generalizados de permanente presencia. Atendido el objeto de este trabajo y a fin de efectuar un desarrollo más completo, el rasgo de *pluralidad jurídica* de los campos latinoamericanos será analizado en el capítulo siguiente bajo el nombre de pluralismo jurídico.

4.1. La Ineficacia Instrumental del derecho en los Campos Jurídicos Latinoamericanos.

Por ineficacia se entiende la diferencia que existe entre lo establecido en el derecho, la norma, y la conducta de los actores del campo jurídico o la ciudadanía en general. No quiero hacer referencia exclusivamente a la mera constatación de una inobservancia de lo prescrito, sino a que el Estado, producto de su falta de capacidad política para dar respuesta a demandas sociales de justicia distributiva, seguridad, participación, etc., ha privilegiado, a fin de legitimarse, un uso simbólico del derecho,⁹ que en tanto discurso que se impone como legítimo, crea cierta percepción de verdad y obligatoriedad en los destinatarios de las normas (García, 1991: pp. 12-13). Este es un fenómeno presente tanto durante la colonia, como en las nacientes repúblicas decimonónicas, y cuyas manifestaciones son aún apreciables en las sociedades actuales.

⁹ Para un estudio acerca de la eficacia simbólica e instrumental del derecho véase García, 1991

El autoritarismo español había creado, en la mayoría de las poblaciones indígenas latinoamericanas, una actitud de desobediencia velada o, en algunos casos, de oposición expresa y desacato, tanto del derecho como de las autoridades coloniales. Los actores subordinados del campo desarrollaron una estrategia común que consistía en no rebelarse abiertamente, pero tampoco obedecer incondicionalmente (García y Rodríguez, 2003: p.32). La falta de experiencia administrativa y política llevó a que las Colonias latinoamericanas, al momento de independizarse, adoptasen modelos político- organizativos provenientes de otras revoluciones. La función de articulación social, propia del sistema político, fue llevada a cabo por el derecho. El derecho constituyó la herramienta de construcción de la nación y de la ciudadanía, lo cual trajo como consecuencia que el debate político transcurriera centralmente en torno al tema constitucional, pues a través del discurso jurídico se efectuaba la labor política de articulación social (García y Rodríguez, 2003: p. 28).

La ubicación en la periferia y semiperiferia capitalista de las incipientes Repúblicas, moldearon y limitaron el alcance del nuevo derecho fundado en el ideario revolucionario e instituciones jurídicas de la familia románica. La vía de entrada a la modernidad produjo un choque entre las instituciones locales y la cultura e instituciones europeas transplantadas a América. La distancia entre el derecho escrito y la realidad viene dada porque la producción del mismo tenía fines de legitimación política, y porque su carácter racional y universalista estaba llamado a diferir con una realidad caracterizada por la hibridez económica, social y cultural, consecuencia de su ubicación periférica o semiperiferica en el sistema mundial (García y Rodríguez, 2003: p. 35). La heterogeneidad social de principios del siglo XIX sigue siendo hoy una característica de los países latinoamericanos. En el continente conviven hoy numerosas poblaciones indígenas, y la sociedad se estructura sobre altos índices de inequidad en diversos aspectos (distribución del ingreso, acceso a la educación, a la salud, vivienda, etc.).

El precario arraigo social del sistema político impide movilizar a la población en torno a programas de Estado, lo que dificulta el tratamiento político de los conflictos sociales por medio de los canales convencionales de representación. García y Rodríguez sostienen que “Los sistemas políticos difícilmente sirven de conectores entre intereses sociales e instituciones políticas, lo cual convierte el debate político en una confrontación desarraigada socialmente y los grandes intereses económicos en agentes directos y determinantes del funcionamiento estatal” (2003: p. 40).

En estos contextos de precariedad hegemónica y partidos políticos con bajo arraigo social, la producción del derecho se constituye como un sustituto político al instaurar cierta comunicación entre el Estado y sus asociados, es decir, en un mecanismo destinado más a la legitimación de políticas públicas y menos en un instrumento de implementación de las mismas. Se intenta dar respuesta a las demandas sociales mediante la producción de normas y discursos legales para compensar el déficit de legitimidad derivado de la ineficacia instrumental del Estado (García y Rodríguez, 2003: p. 41). Los problemas sociales se abandonan como tales y son llevados a los discursos de reformas judiciales, a fin de garantizar el imperio del derecho, para que de esta manera funcione correctamente el mercado, lo que a su vez impulsará el desarrollo y traerá la superación de la pobreza. Aumenta la ineficacia instrumental al sobrecargar el sistema jurídico con tareas que podrían ser resueltas por el sistema político: por un lado se debate como reforma jurídica una nueva asamblea constituyente que fije las directrices de un nuevo pacto, y por el otro, se debaten aspectos técnicos, específicos, relacionados con reformas a la administración, política criminal, etc. En ambas discusiones la eficacia instrumental es mínima, pues “el poder de la constitución -de todas las constituciones- es esencialmente simbólico y no jurídico” (García, 1991: p.25). En cuanto a los aspectos técnicos que se discuten como reformas, su efecto es limitado, pues son sumamente puntuales y su evaluación y discusión está entregada a ciertos grupos de expertos que trabajan para el gobierno (García y Rodríguez, 199: p.42). A través del uso simbólico del derecho, se eluden las verdaderas razones del conflicto, el cual subsiste. Los objetivos materiales que se aducen al dictar la norma (instrumentales) no se producen, o bien los que se producen, son distintos a los explicitados. Es necesario destacar que en el caso del primer tipo de reformas, en las que lo cuestionado es el pacto social mismo, este poder simbólico sí puede tener un efecto emancipatorio para las minorías.

4.2. El Autoritarismo en los Campos Jurídicos Latinoamericanos.

Se entiende por tal, el uso frecuente de la fuerza y de procedimientos autocráticos por parte de los actores que crean y aplican el derecho. Se trata de un rasgo que atraviesa la historia latinoamericana hasta la actualidad. El derecho indiano revestía carácter autoritario, pues expresaba jurídicamente un régimen fundado en la superioridad española y católica sobre los súbditos de América; sin embargo, la exigencia de un imperativo de justicia para que fuese válido este derecho, derivado de su inspiración iusnaturalista, fue atemperando el autoritarismo mediante prácticas clientelistas y de padrinazgos que desarrollaron los actores encargados de su aplicación y los imperados.

Durante la independencia, la adopción de las ideas emancipadoras del ideario de la ilustración estuvo fuertemente limitada por el conservadurismo que propiciaba un autoritarismo jurídico. El carácter autoritario, no obstante, no siempre tuvo un origen conservador. Muchas veces se sustentaba en la idea de producir desde el Estado una transformación igualitaria o generar una cultura nacional unitaria. En una suerte de despotismo ilustrado, hubo quienes consideraron que debido a condiciones de dispersión cultural, atraso e inexperiencia política, debía primero imperar un Estado fuerte para facilitar la transición al Estado-nación democrático. (García y Rodríguez, 2003: p. 31)

En la actualidad, este rasgo se manifiesta principalmente en la utilización de poderes constitucionales de excepción,¹⁰ destinados a atenuar el alcance de los derechos. Esto no ha sido utilizado exclusivamente por las dictaduras militares, sino también en democracias formales restringidas por normas de excepción. Los funcionarios encargados de mantener el orden, sostienen García y Rodríguez, con frecuencia ven al derecho como una herramienta más de la guerra, y no como un límite a las acciones bélicas emprendidas por el Estado (2003: p. 44). La actitud de justificar la excepción es también compartida por otros actores, distintos a los aplicadores del derecho; así, los ciudadanos imperados asumen una actitud similar frente a la conformación de grupos armados -como ocurre en Colombia-, al pago de impuestos, a las normas del tránsito, etc. La actitud de desobediencia velada o explícita que existía en la colonia frente a las normas del derecho oficial -caracterizado por la importación de instituciones de la cultura jurídica europea continental- se ha mantenido en la actualidad.

La posición periférica o semiperiférica en el capitalismo mundial vuelve a las economías latinoamericanas vulnerables ante fluctuaciones económicas internacionales, a las que hacen frente recurriendo a mecanismos de excepción constitucional que les permitan recursos extraordinarios. De esta manera se hace un uso ad hoc y autoritario del derecho, sin mecanismos de participación popular directa o de representación.

Todas estas situaciones llevan a García y Rodríguez a sostener que: “Las prácticas y las culturas jurídicas latinoamericanas poseen hoy en día- al igual que hace casi dos siglos- una tendencia a escindir el derecho entre, de una parte, un conjunto de principios muy generales y

¹⁰ La misma idea es desarrollada por Mauricio García, pero como una de las maneras en que se le ha dado un uso simbólico al derecho con el fin, no de permitir hacer frente a situaciones excepcionales, sino de dotar al gobierno del poder de dictar una legislación constitucional paralela, que convive con el Estado de derecho. Agrega que así el Gobierno tiene los mecanismos tanto para ser demócrata o tirano. (García, 1991: p. 22)

abstractos receptores de los postulados de justicia y seguridad básicas y, de otra parte, un conjunto de reglas concretas de regulación de la vida cotidiana.... entre derecho general emancipatorio e ineficaz y derecho particular autoritario..”(2003: p. 46)

II. PLURALISMO JURÍDICO, NEGACIÓN DEL MONOPOLIO ESTATAL EN LA PRODUCCIÓN JURÍDICA.

1. Concepto de pluralismo jurídico.

Cuando los juristas dogmáticos se refieren a un sistema nacional, lo presentan de una manera monista, esto es, como un bloque homogéneo que no tiene fisuras; lo identifican con el Estado, y como en un territorio concreto y en un momento dado no puede haber lugar más que para una sola soberanía, luego el derecho es también uno. Cualquier excepción a la unidad del sistema jurídico es explicada a través de la delegación que el Estado haría de su monopolio legislativo a otros grupos particulares, generadores de un derecho aparentemente diferente, pero que en el fondo confirma la unidad del sistema (Carbonnier, 1977: p. 118). Desde un punto de vista sociológico en cambio, en un mismo espacio social, al mismo tiempo, pueden coexistir sistemas jurídicos distintos del estatal, independientes de este, e incluso, opuestos al mismo. De hecho, como señalé antes, el Estado moderno surge de la superación de un orden feudal pluralista, de modo que la coexistencia de distintos órdenes jurídicos en un mismo territorio, no es una cuestión exclusiva de la sociología jurídica del siglo XX.

Tradicionalmente, el *pluralismo jurídico* se ha definido como la *coexistencia de varios órdenes jurídicos en un mismo espacio y tiempo, negando la exclusividad estatal en la producción de normas jurídicas* (Oliveira, 2002: p. 203; Borello, 2001: p. 2; Carbonnier, 1977: p. 118). Antonio Carlos Wolkmer lo define como *la multiplicidad de prácticas existentes en un mismo espacio sociopolítico, que interactúan por conflictos o consensos, que pueden ser o no oficiales y que tienen su razón de ser en la necesidades existenciales, materiales y culturales* (2003: p. 250). García y Rodríguez, en términos de la teoría de los campos jurídicos, lo definen como la *coexistencia de múltiples campos jurídicos en un mismo espacio y tiempo (v.gr.; en un mismo país)*. Como ponen de manifiesto estos últimos autores, los fenómenos que se han estudiado bajo la hipótesis del pluralismo jurídico son tan diversos -v.gr.; los sistemas normativos de una comunidad indígena o el impuesto por grupos armados paraestatales que tiene el control de alguna zona- que se ha preferido hablar de

pluralidad jurídica, a fin de evitar darle la connotación positiva, que sugiere el término “pluralismo”, a fenómenos de claro sesgo autoritario.

El pluralismo jurídico es una hipótesis científica, pretende ser la comprobación de unos hechos en la realidad, aunque también, tal como señala Jean Carbonnier, puede ser concebido como una doctrina de política legislativa que critica el monopolio estatal en la producción del derecho, reclama una descentralización de la actividad legislativa y una multiplicación de las fuentes del derecho (1977: pp. 118-119).

2. Distintas dimensiones del pluralismo jurídico.

Con el objeto de abarcar los diferentes fenómenos que se han estudiado a la luz del pluralismo jurídico, y destacar la perspectiva desde los cuales se les ha abordado, distinguiré -en base a las explicaciones de García y Rodríguez- tres puntos de vista complementarios desde los cuales puede ser abordado el tema: el cultural, el sociológico y el institucional. Esta me parece la mejor manera de desarrollar la tercera característica de los campos jurídicos latinoamericanos, a saber: la pluralidad jurídica o pluralismo jurídico.

2.1. Pluralismo jurídico en su dimensión cultural.

La concepción clásica del pluralismo jurídico se encuentra altamente relacionada con la diversidad cultural, con la coexistencia de varios órdenes jurídicos, derivados de la convivencia de distintas culturas en un mismo espacio y tiempo.

Walkmer señala que para Boaventura de Sousa Santos, uno de los principales exponentes de las denominadas teorías críticas del derecho, el pluralismo jurídico tendría dos orígenes: el colonial y el no colonial (2003: p. 250). El de origen colonial, estudiado preferentemente por la antropología jurídica, describe la situación de países dominados económica y políticamente por las potencias colonizadoras del siglo XIX. Estas, buscando la eficiencia del sistema colonial, y siempre que no se pusiera en tela de juicio el mismo, permitieron el funcionamiento del sistema legal no oficial o tradicional (García y Rodríguez, 2003: p. 47). De esta forma, en un mismo espacio, arbitrariamente unificado como colonia, convivían el derecho del Estado colonizador y los derechos tradicionales (Oliveira, 2002: p. 203). Estos serían casos que tuvieron lugar en el suroriente asiático y África.

En el caso del pluralismo jurídico de origen no colonial, Santos distingue tres situaciones distintas. La primera, es la situación de países con tradiciones culturales dominantes no eran

europas, pero que sin embargo terminan adoptando el derecho europeo como instrumento de modernización y consolidación del régimen político (v.gr.; Turquía, Etiopía y Tailandia). Como suele ocurrir con cualquier reforma legal sustantiva, el derecho tradicional no fue eliminado en el plano sociológico por el nuevo derecho oficial, manteniendo vigencia en amplios sectores de la sociedad (Oliveira, 2003: p. 203; Walkmer, 2003: p. 250).

La segunda situación la constituyen países en los que ha triunfado una revolución política que instaure su propio derecho, aboliendo el anterior. Sin embargo, el derecho tradicional contrario a la nueva legalidad, mantiene vigencia sociológica no obstante su derogación oficial. Este es el caso de las repúblicas de Asia Central con tradición jurídica islámica que, después de la revolución soviética, continuaron viviendo conforme a su antiguo derecho y no de acuerdo a las nuevas normas dictadas por la URSS. Carbonnier denomina a estos, fenómenos de recurrencia (1977: p. 120).

Por último, el pluralismo no colonial encuentra su tercera causa en los casos de pueblos indígenas o nativos no exterminados totalmente durante la expansión marítima europea, que fueron sometidos al derecho del conquistador con autorización expresa o tácita de conservar sus sistemas normativos tradicionales. Este es el caso de los pueblos originarios de América del Norte, Nueva Zelanda, Australia y América Latina. Aunque García y Rodríguez sostienen que en el caso latinoamericano no se verificó un pluralismo jurídico de jure - solo de facto, pues el imperio Español intentó implantar un modelo que borrara todas las estructuras existentes-, Yrigoyen argumenta de manera contraria, pues a su juicio sí existió un dualismo legal. En el caso de la capitania de Chile (después también la República) y el pueblo mapuche, puede decirse con certeza que sí existió un pluralismo jurídico de jure, pues el conquistador español se vio forzado a reconocer oficialmente la autonomía indígena, e incluso, ya en el periodo de independencia, la incipiente República de Chile también reconoció la jurisdicción indígena dentro de sus fronteras. En el primer caso, esta conclusión se extrae del Parlamento de Quillín de 1641, ratificado por el rey Felipe II mediante la Real Cédula del 29 de Abril de 1643 e incorporada a la *Gran Colección de Tratados de Paz de España* (Correa y Mella, 2010: 28). En relación al reconocimiento de la jurisdicción mapuche efectuado por la nueva República de Chile, Correa y Mella citan el Parlamento de Tapihue de 1825, donde se reconoce - además de la vigencia de la antigua frontera constituida por el río Bío-Bío- la jurisdicción de las autoridades mapuches en sus tierras (2010: p. 40).

2.2. Pluralismo jurídico en su dimensión sociológica.

La sociología jurídica ha extendido la aplicación de la hipótesis del pluralismo a otros fenómenos distintos, suscitados dentro del Estado moderno, en cuya ocurrencia incide el sistema industrial capitalista y el lugar que en dicho orden ocupen los países. Desde una perspectiva más general, el fenómeno del pluralismo jurídico es abordado como un hecho social que pone de manifiesto la coexistencia de varios ordenes normativos en el seno de una unidad de análisis, sea local, nacional o global. En este caso, lo que se pone en tela de juicio es “...*el postulado dogmático jurídico de la exclusividad y prevalencia del derecho oficial en la sociedad, para mostrar la existencia de otros ordenes jurídico igualmente determinantes de los comportamientos sociales*” (García y Rodríguez, 2002: p. 49). Aquí toma más sentido la advertencia de distinguir entre pluralismo jurídico y pluralidad jurídica. No se discute la legitimidad o justicia que puedan tener estos ordenes jurídicos alternativos, sino simplemente buscan describirse, desde un punto de vista socio-jurídico, fenómenos normativos que determinan comportamientos sociales. A propósito de esta perspectiva resulta pertinente una tesis distinta a la de Santos, en relación al origen del pluralismo jurídico. Joaquim Falcao, citado en Walkmer (2003: p. 251), sostiene que la causa directa del pluralismo jurídico se encuentra en la crisis de la legalidad política. En países del tercer mundo, la aparición de reglas paralegales -incentivadas, rechazadas o aceptadas por el derecho oficial- se encuentra fuertemente relacionada con la legitimidad del régimen político. La reducción del problema de legitimidad del derecho a la mera legalidad oficial, provoca que en sociedades ubicadas en la periferia o semiperiferia del sistema capitalista, con democracias poco participativas, surjan normas paralegales con igual fuerza reguladora que el derecho oficial; en algunos casos, estas normas revisten para los ciudadanos mayor legitimidad que el orden oficial en virtud de la participación de los mismos en su generación.

El pluralismo jurídico en su dimensión sociológica puede ser abordado desde dos enfoques. El primero pone acento en la *vinculación* que tenga el orden jurídico alternativo con el derecho oficial; el segundo enfoque considera la *ubicación en el espacio específico* donde se manifiesta el fenómeno de pluralismo. En relación al primero -aquel que aborda el fenómeno de la pluralidad jurídica según la vinculación que tenga con el derecho oficial-, las eventuales relaciones van desde un extremo violento a otro pacífico, ubicándose en el medio, prácticas que generan un control estatal ocasional y selectivo. Como ejemplos de órdenes jurídicos no oficiales caracterizados por la violencia, encontramos aquellos impuestos por grupos armados que tienen el control de un determinado territorio, establecen derechos y obligaciones para sus habitantes, e imparten justicia en base a sus

propios códigos. Los casos paradigmáticos de este tipo de pluralidad jurídica se encuentran en Colombia y la presencia en su territorio de grupos como las FARC y el ELN.

La vinculación del orden paralelo con el derecho oficial puede también consistir en una relación pacífica y armónica con los fines planteados por este último. El ejemplo clásico en este ámbito lo constituyen los estudios de Boaventura de Souza Santos en la favela que denominó Pasárgada¹¹. Otro buen ejemplo de este tipo de pluralismo puede ser encontrado en el Perú y el fenómeno de las “rondas campesinas” estudiado por Raquel Yrigoyen (2002)¹². En este mismo sentido se encuentran los estudios sobre las posesiones agrarias en la Amazonía (Benatti, Gómez; 1994). Lo interesante en estos casos es que la juridicidad alternativa no surge necesariamente como reacción al derecho estatal, sino frente a la ausencia misma del Estado y la necesidad de sobrevivencia y coordinación dentro de las propias comunidades, las que como muestra Yrigoyen, dieron lugar a un orden que reviste más legitimidad y representatividad frente a su imperados que el sistema estatal, resulta ser más eficaz en la represión de delitos y permite la recreación y reinención de la identidad comunal; a ello se suma que las penas impuestas, según muestran estos estudios, resultan ser más civilizadas que las típicas penas restrictivas de libertad tan habituales en el derecho occidental moderno.

En un lugar intermedio en relación a los casos de pluralidad jurídica violenta y pacífica antes reseñados, se encuentran prácticas económicas informales como las ventas callejeras. Estas, pese a ser ilegales, son toleradas por el Estado en situaciones de alto desempleo. Las prácticas de quienes ejercen este comercio dan lugar a un bloque alternativo de regulación, referido principalmente al

¹¹ En “El discurso y el poder”, Santos caracteriza al derecho de las favelas como consensual, accesible y participante. Destaca su informalidad; el que no presenta una ruptura del lenguaje que lo vuelva inaccesible a los no especializados; la no superación entre lo legal y las consideraciones ético sociales; el que la decisión del juez se basa en un consenso y una aceptación de su competencia, de lo que resulta ser más eficiente que el derecho oficial y lo que vuelve su sentencia más similar a una mediación que a una condena; la inversión de algunas normas del derecho oficial como la ocupación ilegal, que en la favela pasa a ser la regla general. El objeto de la litis, en términos dogmáticos, no es otro que el de resolver la hostilidad. La eficacia, pese a la ausencia de un aparato coercitivo institucionalizado estaría garantizada por lo inconveniente que resulta la intromisión de la policía estatal en la población (Santos, 1988).

¹² Raúl Borello estima que existe una diferencia entre los casos estudiados por Santos e Yrigoyen. Mientras el derecho de la favela surge de la ausencia e ineficacia de Estado (pluralismo sociológico), en el caso de comunidades peruanas hay que sumar a lo anterior la “...existencia de una dimensión valorativa de su justicia que no siempre materializa los mismos valores que el resto de la comunidad” (2001: p. 9). Se trataría de un pluralismo antropológico que no tiene que ver *solamente* con la ineficacia estatal, sino con patrones culturales diferentes, con antecedentes coloniales, que se contraponen a la pretensión imperialista de derecho moderno establecida desde la Colonia. (2001: p. 15)

ámbito de la propiedad y los contratos, que convive con el derecho oficial del Estado cuando no es reprimido por su aparato punitivo.

El segundo enfoque sociológico aborda al pluralismo jurídico según su *ubicación en un espacio específico*. Si antes la antropología jurídica estudiaba los órdenes normativos en un espacio nacional, o nacional-colonial, hoy se considera en el análisis pluralista la *interrelación que existe entre los espacios local, nacional y global*. La ubicación de los países latinoamericanos en la periferia o semiperiferia de la economía global, como señalan García y Rodríguez, “... acentúa su sujeción a la influencia de ordenes normativos internacionales, cuya concepción y aplicación corresponde a los países centrales y a los organismos internacionales controlados por estos” (2002: p. 50). Se trata de un pluralismo jurídico inducido desde el exterior. Es habitual encontrar ejemplos de este tipo: la Organización Mundial del Comercio, el FMI, el Banco Mundial, el BID, suelen condicionar financiamientos de proyectos o salvatajes económicos a la adecuación de la regulación nacional conforme a las directrices dictadas por ellos. Estas exigencias pueden consistir en reformas de flexibilización laboral, apertura de determinados mercados, privatizaciones de determinadas áreas de la economía, reducción del tamaño del Estado, reformas al sistema judicial, etc. En este mismo sentido influyen las empresas transnacionales que en una economía global han dado lugar a regímenes laborales, creados por ellas, y que se imponen incluso a las propias regulaciones nacionales en relaciones tensas de complementariedad y contradicción¹³. La misma influencia tienen tratados internacionales, sobre todo en materia económica, que conviven con normas y prácticas jurídicas nacionales, por ejemplo el caso de la propiedad sobre semillas transgénicas y el derecho de los pueblos originarios de mantener y recrear su cultura.

Las prácticas del narcotráfico también son citadas como ejemplo de pluralidad jurídica en que inciden los espacios local, nacional y global. En el ámbito local, el narcotráfico impone sus normas e imparte justicia entre las personas que habitan en el territorio que dominan. En el espacio nacional, se ve afectada, además de la convivencia pacífica, la eficacia del derecho oficial y la soberanía del Estado en la dictación de normas destinadas a combatirlo. Estado Unidos tiene tal injerencia en la política de México, Perú y Colombia, que “...por esta vía se convierte en una política casi exclusivamente de orden público y control social” (García y Rodríguez, 2002: p. 51).

¹³ García y Rodríguez señalan los casos de las empresas Nike y Reebok que regulan las relaciones laborales de fábricas que subcontratan en América Latina (2002: p. 51)

2.3. Pluralismo jurídico en su dimensión institucional.

Para concluir, la tercera dimensión de la pluralidad jurídica, según García y Rodríguez, es la *Institucional* o, también llamada, *pluralismo jurídico interno*. Se trata de analizar el fenómeno de la pluralidad de órdenes jurídicos como el resultado de la imposición selectiva del derecho por parte del Estado, aplicando en la práctica una misma norma de manera distinta a diferentes individuos y grupos. No es efectivo que el Estado al dictar y aplicar las leyes esté obrando siempre de manera general y abstracta. Se ha destacado contemporáneamente que la intervención o no intervención del Estado es más bien selectiva y variable. No es el interés público o general, versus el interés privado o libertad individual, el fundamento exclusivo para que el Estado decida intervenir, o no hacerlo, en una determinada área. Son más bien razones técnicas, coyunturales y políticas las que determinan la selección de los ámbitos de aplicación de las normas estatales.

La diferenciación selectiva de espacios de protección y de abandono explica por ejemplo que el acceso a la justicia constituya un derecho para las poblaciones que tienen los recursos necesarios para costearlas, mientras otros sectores estén privados de ella. Así puede apreciarse en la utilización que del sistema judicial hacen las grandes empresas para el cobro de deudas, frente al deficitario sistema de protección al consumidor; o la falta de regulación de una determinada área de la economía, como en el caso del retail; o la falta de fiscalización en otras áreas, como el lucro en la educación superior; o la permisividad con que es tratada la actividad económica informal en situación de grave desempleo, etc.

3. Críticas al pluralismo jurídico¹⁴.

¹⁴A raíz de las múltiples confusiones existentes en la literatura, se hace necesario distinguir del pluralismo jurídico, el llamado “derecho alternativo” y el “uso alternativo del derecho”. El primero, es un movimiento que surge en Brasil en la década de los ochenta, se entiende por derecho alternativo *aquel derecho que no proviene del Estado, sino que es creado por los grupos sociales desfavorecidos a partir de sus propios intereses y necesidades* (Oliveira, 2003: p. 217) (v.gr.; el derecho de Pasárgada y el derecho a la vivienda que surge con el Movimiento de los Sin Tierra, aquí estudiado en la dimensión sociológica del pluralismo jurídico). Luego, entre el pluralismo jurídico y “derecho alternativo” existe una relación de género y especie respectivamente. El “uso alternativo del derecho” en tato, surge en Europa, Italia, a través del movimiento de la Magistratura Democrática a fines de los setenta. Consiste en interpretar la legislación estatal ordinaria en favor de los sectores sociales más desfavorecidos, a la luz de nuevos principios sociales establecidos en la Constitución de 1948. Aquí, se trata del mismo derecho estatal, pero de él, sostienen los partidarios del uso alternativo del derecho, los jueces deben hacer una interpretación basada en nuevos principios sociales que superen el individualismo liberal y permita favorecer a las personas más necesitadas, sin supeditar su protección al cambio de la norma estatal, sino reinterpretando la norma a la luz de los preceptos constitucionales. Lo que se pone en cuestión es la plenitud y coherencia de un ordenamiento. Se diferencia del “derecho alternativo” en varios aspectos. Mientras que el primero tiene origen europeo, hace referencia al derecho estatal y surge a partir de la práctica judicial; el segundo tiene origen latinoamericano y se trata de un nuevo derecho que surge de la prácticas comunales cuyos intereses no han sido

Habitualmente, los críticos del pluralismo jurídico no distinguen entre los diversos fenómenos que se estudian bajo esta perspectiva; apuntan a un solo todo, contaminando a distintas manifestaciones de pluralidad jurídica con críticas que sólo tienen pertinencia para algunos fenómenos. Para evitar que se extiendan al derecho indígena objeciones que se han formulado al pluralismo en su globalidad, y con el objeto de aislar -para su análisis y ponderación- aquellas que realmente le son atingentes, distinguiré cuando sea pertinente el pluralismo sociológico del antropológico o cultural.

Con bastante razón se ha señalado que algunos de los fenómenos estudiados bajo la hipótesis del pluralismo solo muestran, en verdad, un falso pluralismo, pues como señala Jean Carbonnier, “...esos fenómenos que se pintan como constitutivos de otro derecho son tomados en consideración por el sistema global y, por tanto, están ligados con él o integrados en él de alguna manera, y entonces la unidad se restaura a través de ese sistema global que asume el conjunto” (1977: p. 122). En este sentido deben entenderse, por ejemplo, la producción normativa de las personas jurídicas en nuestro ordenamiento.

Walkmer apunta otra crítica referida a una supuesta ambigüedad ideológica que podría esconder el pluralismo jurídico. Por un lado, tiene la capacidad de presentarse como una estrategia global progresista que busca la liberación de individuos y grupos oprimidos por el poder del Estado; por otro lado, podría esconder un proyecto conservador, útil al nuevo capitalismo mundial, con propuestas como la descentralización administrativa, políticas de privatización, dirección informal de servicios, políticas de regulación social supranacional, etc. De esta manera abriría nuevas posibilidades ligadas al proceso de globalización del capitalismo, propiciando el debilitamiento de los estados nacionales y promoviendo un pluralismo liberal atomístico que permita la concentración del capital en los países del centro del sistema, en desmedro de los ubicados en la periferia o semiperiferia del orden capitalista (2003: p. 253)

considerados por el derecho oficial (Oliveira, 2003: p. 214). En este último caso ya no se trata del derecho estatal, sino de otro derecho nuevo, que surge al interior de una comunidad, sea ante la indiferencia del derecho estatal (como en Pasárgada), sea infringiendo disposiciones de ese derecho estatal (como en el caso del Movimiento de los sin Tierra) (Oliveira, 2003: p. 217).

En relación con el pluralismo jurídico sociológico¹⁵ Luciano Oliveira formula varias críticas¹⁶. En primer lugar señala que, al tratarse de fenómenos jurídicos que constituyen enclaves cercados por un orden dominante y sus valores, ellos se encuentran contaminados por la ideología que domina en la sociedad. En la favela estudiada por Santos por ejemplo, las normas del derecho estatal que regulan el traspaso de la propiedad son aceptadas e incorporadas en el de la favela. No se trataría de la coexistencia de dos órdenes dotados de una lógica y valores originales, como sí ocurre en los casos clásicos de pluralismo jurídico (el cultural), sino más bien se trata de un subproducto del mismo sistema, originado en la segregación y abandono por parte del Estado. Ello quedaría demostrado, sostiene Oliveira, en que el objetivo de los Sin Tierra o “invasores”, más que configurar un nuevo derecho, buscan obtener un reconocimiento del derecho oficial en cuanto a la regularización de sus propiedades; buscan entonces que el Estado intervenga en su favor (2003: pp. 209-210).

En segundo lugar, no sería efectivo que estas prácticas contengan un potencial anticapitalista y emancipatorio. Esta crítica surge a raíz de la lectura que, de estos fenómenos de pluralismo, hacen autores partícipes de la *perspectiva crítica*¹⁷. Oliveira, más que negar la pluralidad jurídica que constituirían estos fenómenos -pues reconoce que en Pasárgada por ejemplo, sí existía un mecanismo de resolución de controversias eficaz, paralelo al estatal-, niega que ellos sean portadores de valores y una praxis liberadora. Agrega que incluso podrían legitimar de hecho injusticias o prácticas de dominación (cita como ejemplo la permisividad comunal frente a la golpiza que brinda un marido a su mujer cuando es sorprendida en adulterio). “En resumen –sostiene Oliveira-, las pruebas empíricas no demuestran que esas formas populares y comunitarias de justicia contengan principios y valores más liberadores que aquellos existentes en el derecho oficial. De la misma forma, no existe evidencia de que dichas comunidades marginalizadas sean portadoras de valores anticapitalistas (...) es más plausible la hipótesis de que las comunidades no anteriores al capitalismo, sino producidas en su

¹⁵Aquel referido a las *nuevas formas de producción jurídica paraestatal* que surgen actualmente en países periféricos o semiperiféricos, el cual más que tener un trasfondo histórico de multiculturalismo, nace de la ineficacia o ausencia del sistema jurídico estatal.

¹⁶ El autor excluye como objeto de esta crítica aquellas situaciones detalladas en este trabajo bajo el rótulo de *dimensión cultural del pluralismo*. Del mismo modo, se excluyen aquellos casos descritos en el ámbito sociológico pero que tienen, igualmente, un trasfondo de diversidad cultural, como es el caso de las rondas campesinas en el Perú.

¹⁷ Se entiende por perspectiva crítica, “un esfuerzo consciente por cuestionar los fundamentos de las formas jurídicas y sociales dominantes con el fin de impulsar prácticas e ideas emancipadoras dentro y fuera del campo jurídico” (García y Rodríguez, 2003: p. 17)

interior, difícilmente presenten un perfil colectivista de acuerdo con la visión frecuentemente idealizada expuesta en la literatura pluralista” (2003: p. 208). Para el autor, las distintas luchas sociales que en Brasil han dado lugar a fenómenos estudiados como formas pluralismo jurídico -sea el derecho de los invasores o el de las favelas- se desarrollan bajo la idea de una *integración o reconocimiento* de los excluidos en el sistema jurídico nacional, *más que en una alternatividad o pluralismo jurídico*.

Por último, en relación al pluralismo jurídico antropológico o cultural, se ha sostenido que aceptar que distintas comunidades se rijan por su propio derecho constituiría un peligro para la soberanía nacional y la integridad territorial. Lo paradójico de esta crítica es que para el Estado sí es posible aceptar una disminución de la idea de soberanía cuando se trata de resguardar los intereses económicos que se benefician y propician la mantención del statu quo. Muestra de ello es la facilidad con que los Estados nacionales adaptan sus políticas y legislaciones a las directrices económicas dadas por el Banco Mundial u otra institución capitalista de injerencia global. La concepción económica totalizadora de los diversos aspectos de la vida social que hoy se encuentra vigente -basada en la aparente neutralidad y objetividad de las ciencias- sería la verdadera razón por la que no convendría aceptar que las comunidades indígenas se rijan autónomamente conforme a su cultura y valores. El riesgo de secesión generalmente citado, no se ha verificado en ninguno de los países que reconocen el pluralismo jurídico como una manifestación del derecho a la libre determinación de los pueblos. Por el contrario, en la discusión del proyecto de Declaración de Derechos de los Pueblos Indígenas se estipuló que la piedra angular del mismo era el derecho a la autodeterminación. Se estableció que la mayoría de los pueblos indígenas y Estados no la equipara al derecho a independizarse del Estado, sino que, como sostuvo el representante australiano, “Los pueblos buscan afirmar sus identidades, mantener sus lenguas, culturas y tradiciones y lograr una mayor autogestión y autonomía, libre de interferencias indebidas del Gobierno central”. Además existe un amplio acuerdo en que ella no podrá ejercitarse en detrimento de la independencia e integridad territorial de los Estados (Anaya, 2006: pp. 37-38).

III. EL DERECHO INDÍGENA COMO FENÓMENO DE PLURALISMO JURÍDICO.

1. Conceptos de pueblo y derecho indígenas.

Antes de comenzar a analizar los sistemas normativos indígenas como una forma de pluralidad jurídica, manifestación del derecho a la autodeterminación, será necesario primero conceptualizar qué entiendo por pueblos indígenas, y luego, qué concepción del derecho es la que manejo para permitirme hablar de “un derecho indígena” sin necesidad de recurrir al derecho oficial estatal.

En relación al primero, preferiré una conceptualización basada en instrumentos internacionales, a fin de que ella tenga validez para todos los Estados que lo han suscrito, independiente de la regulación interna de cada cual. En base al Convenio 169 de la OIT, considero indígena a un pueblo “...por el hecho de descender de poblaciones que habitaban en el país o en una región geográfica a la que pertenece el país en la época de la conquista o la colonización o del establecimiento de las actuales fronteras estatales y que, cualquiera que sea su situación jurídica, conservan todas sus propias instituciones sociales, económica, culturales y políticas, o parte de ellas” (artículo 1.1.b). El criterio que permite determinar los grupos a los cuales se les aplica la normativa, es el de la auto-identificación o conciencia de su identidad indígena o tribal (artículo 1.2)

Lo segundo que se hace necesario precisar es qué concepción del derecho es la que me permitiría hablar de “derecho indígena” sin la necesidad de recurrir a la sanción estatal para reconocerle el carácter de tal. Un concepto de derecho útil a este fin, es el que entrega Boaventura de Sousa Santos, para quién el derecho es “un conjunto de procesos regularizados y de principios normativos, considerados justiciables en determinado grupo, que contribuyen para la creación y prevención de litigios y para la resolución de éstos a través de un discurso argumentativo, de variable amplitud, apoyado o no en la fuerza organizada”¹⁸. André Hoekema prefiere definir al derecho de una manera distinta; señala que el derecho, en su sentido social, debe ser entendido como “las normas para la vida social de una comunidad determinada, aplicadas, cambiadas y mantenidas vigentes y sancionadas por los oficiales a quienes conforme a la normatividad pertinente se les otorgó el poder de ejecutar este cargo.” (2002: p. 69). Raquel Yrigoyen en tanto, lo define como un “sistema de normas, prácticas, valores, procedimientos y autoridades/instituciones que sirve para

¹⁸ Citado en Borello, 2001: p. 10

regular la vida social, resolver conflictos y organizar el orden, así como las reglas para cambiar las reglas; que tiene legitimidad y eficacia para determinado colectivo, en cierto contexto socio-cultural e histórico” (2006: p. 538). Cualquiera de estas concepciones acerca del derecho permitirá sostener que los sistemas normativas de cualquier pueblo indígena constituyen un “derecho indígena”.¹⁹

De acuerdo al análisis hecho en el capítulo anterior, en relación a los fenómenos que se ha estudiado bajo las distintas perspectivas desde las cuales se puede abordar el pluralismo jurídico, *el derecho indígena constituye un caso de pluralismo jurídico en su dimensión cultural*, es decir, la pluralidad de ordenes presente en un mismo espacio geopolítico, deriva de la existencia de distintas culturas que conviven en él. La cuestión entonces ahora es dilucidar ¿Cuál es la legitimidad del Estado-nación, como productor monopólico del derecho, cuando existe esta pluralidad cultural y étnica? ¿Es necesario el reconocimiento de un pluralismo jurídico formal por parte del Estado para lograr un respeto efectivo de los pueblos indígenas? ¿Existen razones para hacer prevalecer jurídicamente los sistemas normativos indígenas que existen en la realidad?, o en otra palabras, ¿Cómo pasar de una pluralidad jurídica, presente en la realidad, a un pluralismo jurídico contemplado en el sistema nacional? ¿Bastarán los derechos individuales para proteger efectivamente la diversidad cultural indígena? A estas interrogantes procuraré dar respuesta a continuación.

En el primer capítulo ha quedado demostrado que el Estado como productor monopólico del derecho es el producto de una cultura específica, la sociedad occidental racionalizada. El Estado-nación que surge en América Latina obedece a esa particular manera de ver el mundo y es el reflejo de las ideas de una parte de la sociedad latinoamericana, la criolla. Bajo la estructura formal del derecho producido por el Estado, sobre todo en países periféricos y semiperiféricos, se invisibilizan los reales intereses que guían la producción jurídica en una sociedad. Asumiendo que reducir la legitimidad del orden a su legalidad, no constituye una respuesta suficiente al por qué los nacionales de un Estado deben obedecer ese orden, con mayor razón deben buscarse argumentos –si los hubiere– al por qué las poblaciones indígenas debieran acatar el derecho estatal oficial y no su propio derecho.

Me parece que el estudio histórico constituye el primer paso en el camino a determinar cuál orden prima en virtud de su legitimidad, el derecho estatal o el indígena. Revisar las actitudes que a lo largo de la historia ha asumido el Estado frente a los pueblos originarios, permite distinguir en base a qué modelo se han estructurado las políticas públicas que les atañen, los intereses políticos y económicos a los que obedecen las mismas, así como también, permite determinar el status que se les

¹⁹ Otra definición se encuentra en Oscar Correa, quien lo entiende como el conjunto de normas que tiene eficacia en comunidades que han sobrevivido a la opresión del Estado moderno (Korsbaeck y Mercado: p. 164).

ha reconocido a los indígenas dentro de la sociedad y la mayor o menor influencia que en la configuración del Estado han tenido. Traer a la luz estos diversos aspectos conduce a una mejor comprensión de las demandas y acciones que las comunidades indígenas despliegan hoy frente al Estado, pues si bien, como destaca Raquel Yrigoyen, las políticas impulsadas por este influyen en la realidad, no la explican totalmente, ya que los sujetos sociales responden a ellas de diversas maneras -sea con actitudes de confrontación, ajuste o reacomodación- modificando su impacto y generando nuevas formas de interacción pública (Yrigoyen, 2002: p.2)

2. Evolución histórica de la relación Estado-Pueblos Indígenas en América Latina²⁰.

La relación del Estado con los pueblos indígenas originarios puede presentarse dividida en al menos cuatro periodos, ellos son: colonial; independentista; siglo XX, antes de 1989; siglo XX, posterior a 1989. El criterio que utilizo para efectuar esta clasificación, siguiendo a Raquel Yrigoyen, es el *modelo* sobre el que descansa el trato del Estado hacia los pueblos indígenas de América Latina. Si bien, en cada periodo prima una cierta ideología distinta, por ello la clasificación, es posible advertir que en todo lo que precede a 1989 -cuando se celebra el Convenio N° 169 sobre Pueblos Indígenas y Tribales de la OIT- el trato estuvo siempre marcado por el hecho de considerarse a los pueblos originarios *objeto* de las políticas impulsadas por el Estado y no, *sujetos* de las mismas (Yrigoyen, 2002: p. 2)

2.1. Periodo colonial: modelo segregacionista y de dualismo legal²¹

Durante la colonia, los campos jurídicos latinoamericanos se caracterizaron por la imposición de un orden de subordinación política y económica sobre las poblaciones originarias. Yrigoyen señala que se implantó "... un modelo de segregación y dualismo legal que establecía la separación física y jurídica entre los hispanos y los pueblos conquistados" (2002: p.2). Los indígenas fueron relegados a espacios fragmentados, lo cual hasta hoy, marca el modelo de reproducción de la sociedad indígena. A fin de legitimar este orden, se arguye la ideología de la *inferioridad natural del*

²⁰ En base a las explicaciones de Yrigoyen, 2002.

²¹ En sentido contrario García y Rodríguez. Para los autores en América, a diferencia de Asia y África, no imperó un sistema dual que permitiera hablar de un pluralismo legal *de jure*. En América, sostienen, se instauró una política de transformación total de las estructuras existente y sólo se reconoció al derecho español como el oficial. Sin embargo debido a la imposibilidad de crear ordenes jurídicos sólidos y derivado de la hibridez cultural presente, sí existió un pluralismo jurídico, pero de facto (2003: p. 47)

indio, según la cual a los indios sólo puede otorgárseles esferas limitadas de poder, pues son incapaces, atrasados, flojos o incivilizados. Reminiscencias de esta ideología han pervivido durante toda la historia de América y de Chile en particular, pudiendo advertirse tanto en el ámbito popular, como en el intelectual y político.²²

Las necesidades prácticas del gobierno colonial, como facilitar la contratación de la mano de obra, el cobro de los tributos y las tareas de evangelización, llevaron a que a algunas autoridades indígenas se les reconocieron facultades para el gobierno interno de los indios. Su derecho -usos y costumbres desde la perspectiva occidental- tenía valor mientras no se opusiera a la ley divina y natural que otorgaba validez al derecho del conquistador. La administración de justicia les era permitida a los alcaldes de pueblos de indios, pero por motivos de control político, podían ejercerla únicamente respecto de delitos de menor gravedad sancionados con bajas penas (Yrigoyen, 2002: p. 3). Como respuesta al modelo imperante, los actores del campo en algunos momentos llevaban a cabo rebeliones o motines; en otros, sólo desarrollaban estrategias de sobrevivencia y resistencia pasiva. Pese a la subordinación impuesta, los pueblos indígenas continuaron reproduciendo su cultura e instituciones, incorporando y adaptando instituciones hispanas como el cabildo o alcaldías, cofradías y los santos patronos (Yrigoyen, 2002: p. 3).

Chile constituye una situación distinta. Con anterioridad a la llegada de los españoles, el campo jurídico de la sociedad mapuche no se presentaba como una organización institucionalizada y permanente. Existía un sistema de regulación de conflictos basado en la decisión de los grandes sabios, hoy denominados *ulmén*, los cuales eran los encargados de hacer las paces entre los diversos grupos, impartir justicia y dar consejos. Los sabios encargados de juzgar, o *toquis* en tiempos de paz, no tenían más poder que el otorgado por las partes involucradas en el conflicto, mientras que en la vida cotidiana eran como cualquier otro mapuche (Bengoa, 2000: pp. 31-32). El actor encargado de impartir justicia lo hacía por la sabiduría que le reconocían sus pares, en base principalmente a su edad y riqueza. Como afirma Bengoa, no representan una organización social y política permanente,

²²En el ámbito intelectual, por ejemplo, la discusión generada por el artículo de Sergio Villalobos en El Mercurio el 14 de Mayo de 2000, donde describe la dominación como un resultado natural de la imposición de una *cultura más avanzada* respecto de otra *menos avanzada*. Disponible en: http://www.archivochile.com/Pueblos_originarios/otros_doc/POotrosdoc0003.pdf. Visitado por última vez el 16 de Septiembre de 2011. En el ámbito político, puede citarse al presidente Federico Errázuriz Zañartu, quien a propósito de la invasión del territorio Mapuche, expresaba: “la locomotora va a resolver en breve tiempo el problema de tres siglos, manifestando prácticamente a los barbaros pobladores de aquellos ricos e inmensos territorios el poder y las ventajas de la civilización” (Correa y Mella, 2010: p. 55)

no hay un sistema de poder especializado (2000: 32). Durante la Colonia, ante la imposibilidad de derrotar bélicamente a los araucanos, los españoles celebraron con ellos diversos tratados o parlamentos.²³ Del hecho de la celebración y del contenido de los diversos parlamentos puede extraerse una cuestión fundamental, que permite sostener la existencia de un pluralismo jurídico más estructural que en el resto América, a saber: los españoles terminaron reconociendo a los mapuches un estatus jurídico independiente, autonomía territorial, y el carácter de una nación autónoma (Correa y Mella, 2010: p. 27; Peña, Aldunate, Aylwin, 2003: p. 28). Como destaca el Informe Final del Grupo de Trabajo Legislación e Institucionalidad, de la “Comisión Verdad Histórica y Nuevo Trato”, en el Parlamento de Quillín se estipularon condiciones de paz “...entre el Gobierno Colonial y la autoridades gubernamentales Mapuches, en las que fue establecido el reconocimiento de la independencia mapuche en el territorio comprendido entre los ríos Bío-Bío y Toltén...” (Peña, Aldunate, Aylwin; 2003: p. 25). La importancia de este verdadero tratado queda manifiesta en que fue ratificado por el rey Felipe II mediante la Real Cédula del 29 de Abril de 1643 e incorporada a la *Gran Colección de Tratados de Paz de España* (Correa y Mella, 2010: 28).

2.2. Periodo independentista: modelo de asimilación y monismo legal

El proceso de independencia fue hegemonizado por la clase criolla. El modelo de Estado-Nación que pretendía implantarse sólo reflejaba las características socio- culturales e intereses político-económicos de los descendientes de españoles. El Estado representaba a la nación, y al ser esta entendida como un solo pueblo, una sola cultura y una sola religión, la cultura indígena no tuvo ninguna injerencia positiva en la configuración de las nacientes Repúblicas. El nuevo Estado era el único habilitado para dictar normas obligatorias y así es como se instaura formalmente el monismo legal.

Al tratarse de Estados nuevos, sin experiencia política, el derecho estuvo al servicio de la formación de la Nación y la Ciudadanía. La creación y práctica del mismo estaba más guiada por propósitos de legitimación institucional que de eficacia social (García y Rodríguez, 2003: p. 28). La especificidad indígena era relegada por constituir un obstáculo para el progreso, lo que demuestra la subsistencia de la ideología de la inferioridad natural del indio, ahora bajo la idea del “atraso” (Yrigoyen, 2002: p.3). La Constitución sólo reflejó la cultura, idioma y religión de la población

²³ Se celebraron múltiples parlamentos, de los cuales los más importantes fueron: el Parlamento de Quillín de 1641, el Parlamento de Yumbel de 1692, el Parlamento de Negrete de 1726, el Parlamento de Tapihue de 1774 y el Parlamento de Negrete de 1803.

criolla, intentando borrarse mediante la asimilación cualquier diversidad cultural. Como se explicó en el primer capítulo, la adopción del ideario de la Ilustración revistió bastantes particularidades; el principio de igualdad ante la ley impedía la aplicación de fueros diferenciados y derechos colectivos a la tierra, como ocurría en el Derecho Indiano. Silvina Ramírez estima que la adopción de los ideales de la revolución francesa introdujo en América el paradigma asimilacionista: “todos eran iguales ante la ley, lo que se traducía en un trato desigual. Las diferencias eran ignoradas y la igualdad esgrimida era sólo discursiva y formal” (2002: p. 2).

Aunque el Estado tenía el monopolio del uso legítimo de la fuerza, al existir una institucionalidad incipiente y absolutamente centralizada, el control del campo se les encargó a los hacendados; como el nuevo Estado carecía de los instrumentos de control necesarios para llegar a todos los rincones de la República, cuanto más alejadas del poder central se encontraban las comunidades indígenas, más autonomía presentaban. Esto permite afirmar que el pluralismo legal no desapareció por completo, sobrevivió en aquellos lugares en los que el Estado -por su excesivo centralismo, escasa estructura e institucionalidad- no estaba presente (Yrigoyen, 2002: p. 4).

La situación Chilena se presenta desfasada en relación al resto de América. Los tratados celebrados entre el gobierno colonial y los mapuches fueron desconocidos por el nuevo Estado. Aunque en un principio la naciente república reconoció la jurisdicción mapuche²⁴, poco a poco comenzaron a dictarse leyes para incorporar su territorio al Estado²⁵. Posteriormente, en 1861 se lleva a cabo la ocupación militar de la Araucanía, iniciándose una campaña de exterminio y usurpación, cuestión que ni el siglo XVI había ocurrido. El Estado de Chile usurpa alrededor de diez millones de hectáreas a los araucanos para constituir en ellas la propiedad privada latifundista, reduciendo a los indígenas a espacios segregados (Correa y Mella, 2010: p. 60)

²⁴ El 07 de Enero de 1825 en Tapihue se celebra un nuevo parlamento con las nuevas autoridades chilenas. En él se les reconoce igualdad en el goce de derechos a los araucanos como si fuesen chilenos, dominio mapuche en sus territorios y el poder de juzgar conforme a sus leyes a quienes cometieren delitos en los territorios araucanos (Correa y Mella, 2010: pp. 39- 40)

²⁵ Ley del 02 de Julio de 1852 que crea la provincia de Arauco.

2.3. Periodo del siglo XX anterior a 1989: modelo integracionista civilizatorio.

La disminución de la población indígena, su exclusión y pobreza, dejaron de ser una cuestión indiferente para los Estados, tanto en el ámbito internacional como en el interno. La OIT²⁶ demostró gran preocupación por la constante discriminación y explotación de las que eran objeto las *poblaciones* indígenas. El Convenio más importante de inspiración integracionista es sin duda el Convenio 107 de la OIT sobre Protección e Integración de las Poblaciones Indígenas de 1957. Junto a estos convenios, un hito importante lo constituye la reunión de Pátzcuaro en México, 1944, donde surge el movimiento denominado “*indigenismo integracionista*”. Al igual que en el Convenio 107 de la OIT, se estableció que la causa del “problema indígena” tenía su origen en la marginación del modelo económico y de país. La solución parecía clara, era necesario el desarrollo de las poblaciones indígenas mediante su integración a la nación, el mercado, el Estado y la ley (Yrigoyen, 2002: p. 4). En el ámbito interno de cada Estado pueden mencionarse los procesos de reformas agrarias llevados a cabo en América Latina, los cuales tienen también su inspiración en el modelo integracionista²⁷.

El campo jurídico se caracteriza por el reforzamiento del monismo jurídico, fundado ahora en la idea del progreso que significará la integración indígena al modelo de Estado. Las soluciones propuestas suponen que el modelo de desarrollo occidental, basado en el capitalismo, constituye una evolución natural de las sociedades que buscan un mejoramiento de sus condiciones. Es innegable la imposición cultural occidental sobre los pueblos indígenas, aunque pueda estar fundada en buenas intenciones. Se desconoce a los pueblos como colectividades autónomas dueñas de su propio destino, con el poder de dirigir ellas mismas su desarrollo, conforme a sus valores y su propia cultura. Aunque en este periodo se inicia un reconocimiento de derechos, para Silvina Ramírez, ello tiene su origen en la necesidad económica de negociar, porque estaba en discusión quien era el dueño de las tierras (2002: p. 2)

En relación a Chile Yrigoyen resume su situación en los siguientes términos: “En Chile, luego de las políticas de exterminio, reducciones y privatización de tierras del siglo XIX, se ensayaron políticas de orientación «campesinista» en los setentas, incluyendo una reforma agraria y entrega de

²⁶ Por ejemplo: Convenio sobre reclutamiento de trabajadores indígenas (N° 50 de 1936); Convenio sobre contratos de trabajadores indígenas (N° 64 de 1939); Convenio sobre sanciones penales a los trabajadores indígenas (N° 65 de 1939); Convenio sobre los contratos de trabajo (trabajadores indígenas), 1947 (núm. 86); Convenio sobre la abolición de las sanciones penales (trabajadores indígenas), 1955 (núm. 104).

²⁷ Como la de Guatemala 1945, Bolivia 1952, Chile 1962-1973.

tierras a los mapuches, en tanto campesinos; proceso fue revertido por el gobierno de Pinochet.” (Yrigoyen; 2006: p. 542).²⁸

2.4. Periodo del siglo XX posterior a 1989: modelo pluralista.

Yrigoyen destaca como en las últimas décadas del siglo XX surgen dos tendencias a nivel internacional que influyen en que el Estado abandone su actitud paternalista en relación a los pueblos indígenas. Por un lado, la multiculturalidad pasará a ser tratada desde una perspectiva pluralista y, por otro lado, el neoliberalismo promoverá mayores zonas de desregulación a fin de facilitar las transacciones internacionales, regidas ahora solo por las reglas de la competencia y el mercado (2002: p.6).

Los binomios Estado-Nación y Estado-Derecho dejan de ser dogmas y pasan a ser susceptible de cuestionamientos. La constatación de la multiculturalidad deja de ser vista como un problema en la construcción de la nación. Se abandona la idea de que el Estado representa a una nación homogénea, para pasar a reconocer que en su interior existe una verdadera diversidad cultural, lingüística y legal. El Convenio 169 del OIT supera la concepción integracionista y coloca a los pueblos indígenas (ya no poblaciones) como sujetos colectivos de derecho, con autonomía para determinar su desarrollo e intervenir en las políticas estatales que les atañen. A los pueblos se les reconoce el derecho a conservar sus costumbres e instituciones; a los Estados se les impone el deber de respetarlas. Los métodos de resolución de conflictos, a los que recurren los pueblos para reprimir los delitos, deberán también respetarse en la medida en que no sean incompatible los derechos humanos internacionalmente reconocidos. Se produce un quiebre en la idea de que el único productor válido del derecho en la sociedad es el Estado. El monismo jurídico desaparece para dar lugar a una situación de pluralismo jurídico de jure, cuyo único límite lo constituye el sistema internacional de los derechos humanos. La pluralidad deja de ser apreciada desde una perspectiva paternalista para dar paso a otra, caracterizada por el respeto y valoración de esa diversidad en un plano de igualdad.

El neoliberalismo también contribuye al abandono de la perspectiva paternalista que implicaba el modelo integracionista. Al promoverse la desregulación de los diversos sectores de la economía para facilitar las transacciones, se limita el actuar proteccionista del Estado, quedando obsoletas políticas como la reforma agraria. Si con ellas se procuraba hacer a los indígenas partícipes

²⁸ En relación a la normativa dictada durante este periodo véase Peña, Aldunate, Aylwin; 2003: p. 47 y ss.

de los beneficios del desarrollo; bajo el modelo neoliberal, serán el libre juego de las fuerzas del mercado las que le traerán mejores condiciones de vida. André Hoekema señala que en países donde reina un neoliberalismo radical, se rechaza absolutamente la idea de que existan “... islas de bienes de comercio o producción fuera del mercado, en manos de pueblos y autoridades que no se dejan mandar fácilmente desde las posiciones altas del Estado. El concepto de territorio indígena no sólo les da asco a los políticos por sugerir un Estado dentro del Estado (sugerencia completamente falsa) sino también por sugerir una pérdida considerable de oportunidades unilaterales de explotación económica de los recursos locales.” Agrega que, no obstante toda autonomía requiere de cierto tipo de restricciones que permitan articular los intereses locales y nacionales, aún estos simples mecanismo mermarían la facilidad con que hoy entran empresarios y autoridades en territorios indígenas. A su juicio, siguiendo a Milka Castro, este temor explicaría por qué el gobierno de Chile mantiene una ley de aguas que quita a esta su carácter colectivo, su carácter de bien fuera del mercado (Hoekema, 2002: p. 67).

Pese a haber suscrito y ratificado el Convenio 169 de la OIT y la Declaración de la ONU sobre los derechos de los Pueblos Indígenas, Chile es el único país andino que no contempla a nivel constitucional el reconocimiento de los pueblos originarios, criminaliza la causa mapuche mediante la aplicación de la ley antiterrorista, permite sin consulta previa –y en los casos en los que la aplica lo hace a través de un procedimiento inconsulto- el desarrollo de proyectos de extracción minera, forestales, hidroeléctricos, etc.; el país no ha logrado entablar una relación que cumpla con los más básicos estándares internacionales²⁹. Mientras el resto de América vislumbra un horizonte pluralista, la política nacional de Chile sigue anclada en un modelo de asimilación e integración.

En el anexo al Informe Final del Grupo de trabajo Legislación e Institucionalidad, varios especialistas en derecho indígena que no estaban de acuerdo con las conclusiones a las que arribó la sub-comisión jurídica, resumen el trato del Estado chileno a los indígenas en los siguientes términos: “El trato dado por el Estado Chileno a los indígenas en el pasado en sus esfuerzos por construir el “Estado-nación”, ha sido uno de imposición, de negación y de asimilación. A lo largo de dos siglos el

²⁹ Ver Informe Anual sobre Derecho Humanos del Centro de Derechos Humanos de la Universidad Diego Portales, Capítulo “Derechos Humanos y Pueblos Indígenas. Ver también Informe de año 2009, 2010. Disponible en <http://www.derechoshumanos.udp.cl/informe-anual-sobre-derechos-humanos-en-chile-2011/>. También Informe Anual 2010 del Instituto de Derecho Humanos Chile. Disponible en <http://www.politicaspUBLICAS.net/panel/consulta/734-indh-decreto124.html> . Ver también Informe de James Anaya a Chile: “Principios internacionales aplicables a la consulta en relación con la reforma constitucional en materia de derechos de los pueblos indígenas en Chile”. Disponible en: http://www.politicaspUBLICAS.net/docs/Relator_especial_InformeConsultaChile24Abril2009.pdf. Todos visitados por última vez el 10 de Octubre de 2011.

Estado ha intentado convertir a pueblos soberanos en poblaciones sometidas. Ha negado la existencia y validez de sus sistemas políticos y normativos. Ha limitado y fragmentado sus territorios en reducciones, y más tarde en hijuelas, contribuyendo al empobrecimiento de los indígenas. Ha excluido y discriminado a los individuos indígenas que las practican.”

Las características señaladas a propósito de los campos jurídicos americanos tienen validez para Chile. El campo jurídico chileno presenta altos grados de autoritarismo que se manifiestan en la excesiva represión en contra de los mapuches y las protestas sociales, el proceso de consulta implementado de manera inconsulta, etc. Así mismo, existen altos grados de ineficacia instrumental y un uso excesivo del poder simbólico del derecho. Esto puede apreciarse en diversos ámbitos, v.gr., en los anuncios de nuevas inclusiones de enfermedades en el Plan Auge a fin de crear la apariencia de mayor cobertura en salud, mientras el real acceso a la garantía se encuentra limitado por otros criterios³⁰; la aplicación de la ley antiterrorista frente a protestas sociales a fin de resguardar el orden público; la promoción de proyectos de ley que agravan penas y tipifican como delitos los instrumentos de la protesta social, como tomas y marchas, para que -bajo el pretexto de detener desmanes- se obstaculice las expresiones del descontento ciudadano, etc.

En relación a la pluralidad jurídica, la presencia de culturas distintas dentro del Estado es un hecho innegable. Las concepciones de los pueblos originarios en relación a la propiedad sobre los territorios, gobiernos locales, respeto del medio ambiente, usos de agua, etc., no han sido respetadas por el Estado. Es necesaria la investigación empírica para verificar el uso que del sistema judicial hacen los pueblos originarios, el contenido del derecho indígena de cada pueblo y la manera en que se resuelven o resolvían controversias en su interior³¹.

3. Razones para sostener la preeminencia del derecho indígena sobre el derecho estatal.

Conforme a los análisis hechos en el primer capítulo, que muestra al Estado-nación como productor monopólico del derecho -ingenio de la cultura occidental y de su particular manera racionalizada de ver el mundo- que sustenta su legitimidad en la legalidad; y el análisis efectuado en

³⁰ Ver Zuñiga, 2008, 2009

³¹ Existen algunos casos que podría resultar interesantes investigar desde la perspectiva pluralista y en algunos de los cuales ya se han realizado los primeros estudios psicológicos y jurídicos: la concepción mapuche de la tierra como un todo y no separada de los recursos naturales que alberga como ocurre en el derecho oficial; el uso de marihuana en la cultura Rapa Nui (Mancilla, Pereira, Zamora; 2001); la tierra en Rapa Nui (Andueza, 2006); el uso de hoja de coca en la culturas Aymaras (Barrientos, 2008); en general, el uso de drogas en las culturas indígenas, la represión del delito en comunidades indígenas alejadas de centros urbanos, etc.

el segundo capítulo, que muestra al derecho indígena como un fenómeno de pluralidad jurídica con trasfondo histórico-cultural, sostengo la tesis *que en un campo jurídico que alberga una pluralidad normativa de este tipo, debe primar el derecho indígena sobre el derecho oficial estatal, pues sólo de esta manera se encuentra efectivamente garantizado el respeto de la diversidad cultural.*

Desde un punto de vista histórico, los pueblos indígenas latinoamericanos son los pobladores originarios de estos territorios. Producto de una de una situación de sometimiento y dominación estructural, el colonialismo, colectivos de una cultura antagónica usurparon sus territorios, los redujeron a espacios fragmentados, esclavizaron e impusieron su particular manera civilizada de ver el mundo (Palacios, 2005: p. 244). Cuando hablamos de indígenas estamos haciendo referencia a una cultura³² anterior a la formación de los actuales Estados, que pese a siglos de injusticias ha sobrevivido a las imposiciones culturales ajenas y demandan hoy su derecho a vivir conforme a su propia cultura, conservada y reproducida en los espacios a los que han quedado reducidos. El Estado democrático civilizado, sucesor del Estado colonial, no puede permanecer indiferente a demandas que revierten tal nivel de legitimidad histórica. Si el respeto de los derechos humanos constituye una de las bases fundamentales sobre las que descansan los actuales Estados, ¿resulta coherente construir todo un sistema de derechos y garantías inspirados en la dignidad del hombre, obviando una realidad que da cuenta de las históricas injusticias vividas por los pueblos indígenas, los que aun hoy reivindican sus territorios y el derecho a vivir conforme a su cultura?

Si teóricamente el Estado surge en virtud de un pacto social entre los habitantes de un territorio concreto, no pueden quedar comprendidas en él aquellas poblaciones originarias que no concurren a su formación, ni se sienten representadas, por este ingenio político reflejo de los valores de la cultura dominante. Aun si se considerara que integran el Estado, la ciudadanía degradada de la que gozan -resultado de las constantes exclusiones económicas, sociales y culturales- genera la ruptura del pacto y legitima cualquier tipo de insurgencia contra el mismo, pues devuelve a los actores a su estado de naturaleza primigenio (Palacios, 2005: p. 246). Las clases dominantes latinoamericanas crearon los Estados unilateralmente, sin pactar con las poblaciones indígenas, imponiendo su visión del mundo; se valieron del derecho para construir un concepto de nación homogénea, a través de la negación de la realidad indígena primero, imponiendo su asimilación

³² León Olivé nos entrega distintos conceptos de cultura desde una perspectiva antropológica. Me parece adecuado el que toma de E.B. Taylor: “La cultura o civilización, es aquel todo complejo que incluye el conocimiento, las creencias, el arte, la moral, las leyes, las costumbre y cualesquiera otros hábitos y capacidades adquiridos por el hombre en cuanto miembro de una sociedad” (Olivé, 2004: p. 35)

después, y finalmente, procurando su integración a la nación civilizada. De esta legitimidad histórica la Comunidad Internacional se ha hecho eco³³. Son solo algunos pocos países, entre los que se cuenta Chile, los que aún perseveran en la ilusión del Estado como reflejo de una nación homogénea, y en la idea del quiebre que de la soberanía supondría el reconocimiento del carácter pluriétnico y pluricultural del Estado.

El Derecho Internacional ha avanzado hacia el reconocimiento de los derechos colectivos de los pueblos indígenas. Se ha asumido que los derechos individuales no constituyen el instrumento idóneo para proteger a las minorías, filosofía que inspiró los tratados internacionales anteriores al Convenio 169 de la OIT³⁴, el primero referido íntegramente a indígenas. Vital importancia revisten - además del Convenio 169- la Declaración de la ONU sobre los derechos de los Pueblos Indígenas y el artículo 8º, letra j, del Convenio sobre la Diversidad Biológica³⁵. Hoy el derecho internacional reconoce a los pueblos indígenas como sujetos titulares de derechos colectivos de carácter político y participatorio, derechos sobre sus tierras, territorios, recursos naturales y también derechos culturales.

3.1. El pluralismo jurídico del Convenio 169 de la OIT.

En el preámbulo del Convenio 169 se reconoce “la aspiración de los pueblos a asumir el control de sus propias instituciones y formas de vida y de su desarrollo económico y a mantener y fortalecer sus identidades, lenguas y religiones dentro del marco de los Estados en que viven.” El citado tratado, impone al Estado el deber de considerar el derecho consuetudinario o costumbre indígena al momento de aplicar la legislación nacional (artículo 8.1)³⁶. A su vez, los pueblos tienen el derecho de conservar sus costumbres e instituciones propias, siempre que ello *no sea incompatible*

³³ Véase Aylwin y Yáñez, 2009

³⁴ La Carta de la ONU de 1945, la Declaración Universal de Derechos Humanos de la ONU de 1948, el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos y el de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, ambos de 1966. Para un análisis detallado de los tratados internacionales y declaraciones relativas a los pueblos indígenas véase Anaya, 2006.

³⁵ “Con arreglo a su legislación nacional, respetará, preservará y mantendrá los conocimientos, las innovaciones y las prácticas de las comunidades indígenas y locales que entrañen estilos tradicionales de vida pertinentes para la conservación y la utilización sostenible de la diversidad biológica y promoverá su aplicación más amplia, con la aprobación y la participación de quienes posean esos conocimientos, innovaciones y prácticas, y fomentará que los beneficios derivados de la utilización de esos conocimientos, innovaciones y prácticas se compartan equitativamente” (art. 8, letra j)

³⁶ “Al aplicar la legislación nacional a los pueblos interesados deberán tomarse debidamente en consideración sus costumbres o su derecho consuetudinario.”(art. 8.1)

con los derechos fundamentales reconocidos en el sistema nacional e internacional (artículo 8.2)³⁷. El deber señalado al Estado aparecería como una forma muy débil de pluralismo jurídico, pues simplemente impondría *considerar* el derecho consuetudinario cuando se *aplica* la legislación nacional. Sin embargo, sabido es que para determinar el alcance de los tratados, más aún los referidos a derechos humanos, debemos considerar la aplicación que de él han hecho el resto de los países contratantes, las interpretaciones de organismo internacionales – principalmente la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos- y la costumbre internacional. A estos elementos me referiré más adelante, pero por ahora señalaré que considerándolos en su conjunto, y a la luz del artículo 34³⁸ de la Declaración de derechos de los Pueblos Indígenas de la ONU –que como también explicaré más adelante plasma costumbre internacional-, y del reconocimiento efectuado en el preámbulo del propio Convenio, la voz “*considerar*” debe entenderse como sinónimo de “*respetar*” el derecho indígena.

En cuanto a los métodos de resolución de controversias que puedan existir al interior de los pueblos indígenas, el Convenio contempla que ellos deberán ser respetados por el Estado bajo la condición que sean compatibles con el sistema jurídico nacional y los derechos humanos internacionalmente reconocidos (artículo 9.1)³⁹. Esta condición no puede ser entendida como una exigencia de concordancia absoluta -procedimental y orgánica- entre ambos sistemas, pues el derecho en tanto producto cultural revierte distintas características según el contexto en el cual surge. La relación de compatibilidad debe buscarse con referencia a los principios básicos que inspiran el sistema jurídico nacional, y por tanto, al igual que en el caso del artículo 8 de la Convención, el derecho indígena no deberá infringir los derechos fundamentales reconocidos en el orden nacional e internacional (Aylwin, Salamanca, Lillo, 2003: p. 201; Carmona, 2009: p. 74).

En un sistema que no reconoce explícitamente a nivel constitucional el carácter pluriétnico y multicultural de la nación, podrían presentarse mayores dificultades para la exigibilidad de este

³⁷ “Dichos pueblos deberán tener el derecho de conservar sus costumbres e instituciones propias, siempre que éstas no sean incompatibles con los derechos fundamentales definidos por el sistema jurídico nacional ni con los derechos humanos internacionalmente reconocidos. Siempre que sea necesario, deberán establecerse procedimientos para solucionar los conflictos que puedan surgir en la aplicación de este principio.”(art.8.2)

³⁸“Los pueblos indígenas tienen derecho a promover, desarrollar y mantener sus estructuras institucionales y sus propias costumbres, espiritualidad, tradiciones, procedimientos, prácticas y, cuando existan, costumbres o sistemas jurídicos, de conformidad con las normas internacionales de derechos humanos.” (Art. 34)

³⁹ “En la medida en que ello sea compatible con el sistema jurídico nacional y con los derechos humanos internacionalmente reconocidos, deberán respetarse los métodos a los que los pueblos interesados recurren tradicionalmente para la represión de los delitos cometidos por sus miembros.” (art. 9.1)

derecho. Sin embargo, en países como Chile, donde los tratados internacionales relativos a derechos humanos tienen rango constitucional y representan un límite a la soberanía -poder legislativo, ejecutivo, judicial y constituyente-, el Convenio sería parte integrante del sistema jurídico nacional modificando la propia constitución en virtud del artículo 5° inciso segundo de la Carta Magna (Nogueira, 1997: p. 26). Estas disposiciones sólo podrán ser modificadas bajo la forma prevista en esos tratados o en virtud de las normas generales de derecho internacional⁴⁰. Si dentro de los derechos humanos encontramos el derecho de las personas a vivir conforme a su propia cultura, lógico resulta entonces que ellas sean juzgadas conforme a las valoraciones, valores, por las autoridades y conforme a los procedimientos propios de su cultura.

Desde un punto de vista doctrinal⁴¹ y jurisprudencial⁴², no sólo los tratados internacionales referidos a derechos humanos, ratificados y vigentes, integran el sistema jurídico nacional; también las normas relativas a derechos humanos cuyas fuentes sean la costumbre internacional y los principios generales del derecho (Meza-Lopehandia, 2009: p. 107 y ss.). No sólo en virtud del contenido del Convenio 169 de la OIT puede sostenerse la primacía del derecho indígena sobre el Estatal. Al analizar el carácter y contenido de los derechos contemplados en la Declaración de la ONU sobre los derechos de los Pueblos Indígenas, la Jurisprudencia Internacional y las legislaciones latinoamericanas comparadas, se desprende la misma conclusión, esto es, en los campos jurídicos latinoamericanos con pluralidad jurídica derivada de la coexistencia de sistemas normativos indígenas con el estatal, prima el derecho indígena sobre el del Estado.

3.2. El pluralismo jurídico de la Declaración de las Naciones Unidas sobre los Derechos de los Pueblos Indígenas.

El contenido de la Declaración es absolutamente armónico con el del Convenio 169. Las normas que hacen referencia al derecho indígena son el art. 5° que consagra el derecho de los

⁴⁰ Artículo 54.1 inciso 5° de la Constitución Política de la República de Chile: “Las disposiciones de un tratado sólo podrán ser derogadas, modificadas o suspendidas en la forma prevista en los propios tratados o de acuerdo a las normas generales de derecho internacional.”

⁴¹ En este sentido Nash, 2003: p. 5.

⁴² Doctrina sentada por la Corte Suprema en caso “Lauritzen y otros con Fisco”. En el considerando 53 establece: “la costumbre y los tratados figuran entre las fuentes tradicionales, a las cuales hay que agregar los principios establecidos por la jurisprudencia internacional, especialmente por la Corte de Justicia Internacional y los contenidos en las legislaciones nacionales de los Estados”. En *Revista de Derecho y Jurisprudencia*, Vol. 52, Segunda Parte, Sección 1, pp. 444 y ss.

pueblos indígenas a conservar y fortalecer sus propias instituciones⁴³; el art. 23 que establece el derecho a delinear su propio desarrollo⁴⁴; y el art. 34 que estipula el derecho a promover y mantener sus propias estructuras institucionales, tradiciones, costumbre y sistemas jurídicos. Desde el punto de visto de este instrumento internacional, el derecho indígena no requiere el reconocimiento del derecho estatal para tener vigencia. La declaración va más allá del Convenio 169 y consagra el derecho de los pueblos indígenas a la libre determinación (art. 3°)⁴⁵ en los mismos términos que hacía, en relación a los países en procesos de descolonización, el art. 1° del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos y el de Derechos Económicos. Una cuestión problemática constituye el carácter vinculante de Declaración -la que para algunos carecería de tal fuerza a raíz de su calidad de declaración y no de tratado-; sin embargo, en opinión de James Anaya y Siegfried Wiesser⁴⁶, los contenidos centrales de la Declaración de la ONU reúnen los elementos para ser considerados normas de derecho internacional consuetudinario. Si relacionamos esto con la integración al sistema jurídico nacional de las normas relativas a derechos humanos con fuente en la costumbre internacional -doctrina sentada por la Corte Suprema chilena- las normas de la declaración, igual que las del Convenio 169, integran el derecho nacional, y siguiendo a Nogueira -por versar sobre derecho humanos- tienen el carácter de autoejecutables (1997: p. 37). Bartolomé Clavero también extrae la fuerza obligatoria de la Declaración de sus artículos 38 y 42⁴⁷, en los cuales se dispone que tanto las Naciones Unidas, sus órganos de tratado, los órganos especializados y los propios Estados, tienen el deber de promover el respeto, plena aplicación y eficacia de las disposiciones de la Declaración. El

⁴³“Los pueblos indígenas tienen derecho a conservar y reforzar sus propias instituciones políticas, jurídicas, económicas, sociales y culturales, manteniendo a la vez su derecho a participar plenamente, si lo desean, en la vida política, económica, social y cultural del Estado.” (art. 5)

⁴⁴“Los pueblos indígenas tienen derecho a determinar y a elaborar prioridades y estrategias para el ejercicio de su derecho al desarrollo. En particular, los pueblos indígenas tienen derecho a participar activamente en la elaboración y determinación de los programas de salud, vivienda y demás programas económicos y sociales que les conciernan y, en lo posible, a administrar esos programas mediante sus propias instituciones.” (art. 23)

⁴⁵ “Los pueblos indígenas tienen derecho a la libre determinación. En virtud de ese derecho determinan libremente su condición política y persiguen libremente su desarrollo económico, social y cultural.” (art. 3)

⁴⁶ Citados en Aylwin, 2009: p. 27.

⁴⁷ “Los Estados, en consulta y cooperación con los pueblos indígenas, adoptarán las medidas apropiadas, incluidas medidas legislativas, para alcanzar los fines de la presente Declaración” (art. 38). “Las Naciones Unidas, sus órganos, incluido el Foro Permanente para las Cuestiones Indígenas, y los organismo especializados, en particular a nivel local, así como los Estados, promoverán el respeto y la plena aplicación de las disposiciones de la presente Declaración y velarán por la eficacia de la presente Declaración.” (art. 42)

mismo autor destaca cómo a través del art. 35⁴⁸ del Convenio 169 -que consagra el principio de interconexión, universalidad e indivisibilidad de los derechos humanos- se eleva el perfil del Convenio y podrían recepcionarse los contenidos de la Declaración para los Estado parte de la Convención de la OIT (Clavero, 2009: p. 6)

Una norma importante de la Declaración, desde el punto de vista de la historia nacional y la del pueblo mapuche, constituye el artículo 37.1 En él se consagra el derecho de los pueblos indígenas a que sean observados y respetados los tratados y otros arreglos constructivos celebrados con los Estado o sus sucesores⁴⁹. En el repaso histórico de las actitudes que los Estado latinoamericanos han asumidos frente a los pueblos indígenas, he consignado los tratados celebrados, bajo la forma de parlamentos, por el pueblo mapuche con la colonia primero, y luego con el Estado de Chile en los albores de su independencia. Este constituye otro argumento para defender la vigencia de una situación de pluralismo jurídico en el sistema nacional.

3.3. El pluralismo jurídico en la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos⁵⁰.

Los principios que, en materia de derechos humanos, puedan extraerse de la Jurisprudencia de Organismos Internacionales, también ingresan al sistema jurídico nacional sea en virtud de la Costumbre Internacional o mediante la interpretación fidedigna y suprema que se le reconoce a la Corte Interamericana respecto de la Convención Americana de Derecho Humanos (Nogueira, 2003: p. 235). A continuación ejemplificaré con tres casos cómo es que, en este ámbito, se ha establecido la preeminencia del derecho indígena sobre el nacional.

En sentencia del 10 de septiembre de 1993, dictada en el caso “Aloeboetoe y otros Vs. Surinam”, se sanciona a este último por el trato denigrante y muerte que sufrieron siete indígenas

⁴⁸ “La aplicación de las disposiciones del presente Convenio no deberá menoscabar los derechos y las ventajas garantizados a los pueblos interesados en virtud de otros convenios y recomendaciones, instrumentos internacionales, tratados, o leyes, laudos, costumbres o acuerdos nacionales.” (art. 35)

⁴⁹ “Los pueblos indígenas tienen derecho a que los tratados, acuerdos y otros arreglos constructivos concertados con los Estados o sus sucesores sean reconocidos, observados y aplicados y a que los Estados acaten y respeten esos tratados, acuerdos y otro arreglos constructivos” (art. 37.1)

⁵⁰ He elegido tres sentencias de la Corte para demostrar el reconocimiento de la preeminencia del derecho indígena sobre el nacional. Para otros casos véase: Caso “Yakye Vs. Paraguay”, año 2005. Disponible en: http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_125_esp.pdf. Visitado por última vez el 10 de 06 de Octubre de 2011. Y también ver: Caso “Saramaka Vs. Surinam”, año 2008. Disponible en: http://www.tc.gob.pe/corte_interamericana/seriec_185_esp.pdf. Visitado por última vez el 09 de Octubre de 2011.

pertenecientes a la tribu Saramaca. En relación a los familiares que debían ser indemnizados por parte del Estado de Surinam, la Corte reconoce la preeminencia del derecho indígena sobre el nacional, pues estableció que para determinar las calidades de hijo, cónyuge y ascendiente debía estarse al derecho de la tribu de Saramaca y no al derecho de familia de Surinam, pues éste no tenía eficacia en la tribu.⁵¹ El fallo reconoce como único límite para la aplicación del derecho local, el respeto de los derechos fundamentales que consagra la Convención Americana.

En el caso de la Comunidad Mayagna (Sumo) Awas Tingni Vs. Nicaragua, se discute el incumplimiento en que incurre este último al no tomar medidas para asegurar el derecho a la tierra de las comunidades indígenas y otorgar una concesión forestal para la explotación de madera en sus territorios ancestrales. La Corte, en fallo del 31 de Agosto de 2001, estableció que para determinar la propiedad sobre la tierra debía tenerse en cuenta el derecho consuetudinario indígena. Así la posesión basada en la costumbre, aún a falta de título, habilita para que se les reconozca la propiedad sobre ellas⁵².

En el caso de la Comunidad Sawhoyamaya Vs Paraguay, se denunció al Estado paraguayo por no garantizar el derecho de propiedad ancestral de la comunidad, al no resolver satisfactoriamente la tramitación de reivindicación territorial que se encontraba pendiente desde 1991. La Corte, en fallo de 29 de Marzo de 2006, reconoció las formas de usar y gozar de los bienes *dadas por la costumbre de los pueblos*. Agregó que desconocer esto, significaría reconocer que sólo existe una manera de usar y disponer de los bienes, haciendo ilusoria la protección de la propiedad garantizada por el artículo 21 de la Convención Americana⁵³.

⁵¹En el párrafo 62 del fallo se establece que los términos de hijo, cónyuge y ascendientes "...deben ser interpretados según el derecho local. Este, como ya se ha indicado (supra, párr. 58), no es el derecho surinamés porque no es eficaz en la región en cuanto a derecho de familia. Corresponde pues tener en cuenta la costumbre saramaca. Esta será aplicada para interpretar aquellos términos en la medida en que no sea contraria a la Convención Americana. Así, al referirse a los "ascendientes", la Corte no hará ninguna distinción de sexos, aún cuando ello sea contrario a la costumbre saramaca." Disponible en http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_15_esp.pdf. Visitado por última vez el 10 de Octubre de 2011.

⁵² El fallo establece: "151. El derecho consuetudinario de los pueblos indígenas debe ser tenido especialmente en cuenta, para los efectos de que se trata. Como producto de la costumbre, la posesión de la tierra debería bastar para que las comunidades indígenas que carezcan de un título real sobre la propiedad de la tierra obtengan el reconocimiento oficial de dicha propiedad y el consiguiente registro.". Disponible en: http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_79_esp.pdf. Visitado por última vez el 10 de Octubre de 2011.

⁵³ El párrafo 120 del fallo establece: "120. Asimismo, este Tribunal considera que los conceptos de propiedad y posesión en las comunidades indígenas pueden tener una significación colectiva, en el sentido de que la pertenencia de ésta "no se centra en un individuo sino en el grupo y su comunidad". Esta noción del dominio y de la posesión sobre las tierras no

3.4. El pluralismo jurídico en el derecho comparado latinoamericano.

La mayoría de los países latinoamericanos ha incorporado a sus Constituciones el reconocimiento de la multiculturalidad presente en la sociedad. No sólo eso, muchos de los Estados han dado paso a un reconocimiento del pluralismo jurídico en sus propias Cartas Fundamentales, como una consecuencia natural de la diversidad cultural. Chile no puede permanecer ajeno a la evolución que ha experimentado el derecho internacional comparado, así como tampoco de la que da cuenta el derecho de los tratados y la costumbre internacional. A continuación expondré el caso de tres países latinoamericanos que han incorporado el reconocimiento de la jurisdicción indígena en su Carta magna: Colombia, Perú y Ecuador⁵⁴

La Constitución Colombiana en su artículo 246 reconoce que “Las autoridades de los pueblos indígenas podrán ejercer funciones jurisdiccionales dentro de su ámbito territorial, de conformidad con sus propias normas y procedimientos, siempre que no sean contrarios a la Constitución y leyes de la República. La ley establecerá las formas de coordinación de esta jurisdicción especial con el sistema judicial nacional”. La Corte Constitucional de ese país, interpretando este precepto ha establecido que el límite no está referido a todas las normas constitucionales y legales, sino que la interpretación debía orientarse a la maximización de la autonomía de las comunidades⁵⁵. En otro fallo, basándose en los artículos 8.2 y 9.1 del Convenio 169, la Corte ha señalado que el límite -al reconocimiento de la jurisdicción indígena- lo constituyen los derechos fundamentales constitucionales, en tanto éstos

necesariamente corresponde a la concepción clásica de propiedad, pero merecen igual protección del artículo 21 de la Convención Americana. Desconocer las versiones específicas del derecho al uso y goce de los bienes, dadas por la cultura, usos, costumbres y creencias de cada pueblo, equivaldría a sostener que sólo existe una forma de usar y disponer de los bienes, lo que a su vez significaría hacer ilusoria la protección del artículo 21 de la Convención para millones de personas.” Disponible en: http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_146_esp2.pdf. Visitado por última vez el 10 de Octubre de 2011.

⁵⁴ Es necesario destacar que no son los únicos países que han efectuado este reconocimiento. Para un análisis más detallado puede verse Colmenares, 2006 y también Carmona, 2009.

⁵⁵Fallo T- 349/96, Considerando 2.3: “Interesa aquí, particularmente, el estudio de los límites que se fijan para el ejercicio de las facultades jurisdiccionales conferidas de manera potestativa a las autoridades de las comunidades indígenas, a la luz del principio de la diversidad cultural, pues si bien la Constitución se refiere de manera general a “la Constitución y la ley” como parámetros de restricción, resulta claro que no puede tratarse de todas las normas constitucionales y legales; de lo contrario, el reconocimiento a la diversidad cultural no tendría más que un significado retórico. La determinación del texto constitucional tendrá que consultar entonces el principio de maximización de la autonomía que se había explicado anteriormente.” Disponible en: www.justiciaviva.org.pe/jurispu/colombia/02.doc. Visitado por última vez el 10 de Octubre de 2011

representan un “...código universal de convivencia y diálogo entre las culturas y naciones, presupuesto de la paz, de la justicia, de la libertad y de la prosperidad de todos los pueblos...”⁵⁶.

En el caso de Perú, el artículo 149 de su Carta Fundamental dispone que: “Las autoridades de las Comunidades Campesinas y Nativas, con el apoyo de las Rondas Campesinas, pueden ejercer las funciones jurisdiccionales dentro de su ámbito territorial de conformidad con el derecho consuetudinario, siempre que no violen los derechos fundamentales de la persona. La ley establece las formas de coordinación de dicha jurisdicción especial con los Juzgados de Paz y con las demás instancias del Poder Judicial”

La Constitución Ecuatoriana en tanto, dispone en el inciso tercero del artículo 191: “Se reconocerán el arbitraje, la mediación y otros procedimientos alternativos para la resolución de conflictos, con sujeción a la ley. Las autoridades de los pueblos indígenas ejercerán funciones de justicia, aplicando normas y procedimientos propios para la solución de conflictos internos de conformidad con sus costumbres o derecho consuetudinario, siempre que no sean contrarios a la Constitución y las leyes. La ley hará compatibles aquellas funciones con las del sistema judicial nacional.”

En el caso de Chile no existe un reconocimiento explícito a nivel Constitucional, no obstante puede sostenerse su incorporación en virtud del artículo 5°, inciso 2°, según se ha expuesto en las páginas anteriores. Con rango legal encontramos la ley 19253, denominada ley Indígena, la que consagra una forma leve de pluralismo jurídico. En su artículo 7° reconoce el derecho de los indígenas a mantener y desarrollar sus manifestaciones culturales mientras no sean contrarias al orden público, la moral y las buenas costumbres⁵⁷ -no en la misma calidad de derecho colectivo que el Convenio 169-. El artículo 54 le reconoce valor al derecho indígena bajo el nombre del “costumbre”, siempre que se trate de un caso entre indígenas, ella se acredite, y no sea contraria a la Constitución Política⁵⁸. En relación a esta limitación Cristóbal Carmona propone seguir la interpretación, que de

⁵⁶ Fallo T-254/94. Disponible en: <http://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/1994/T-254-94.htm>. Visitado por última vez el 10 de Octubre de 2011.

⁵⁷“El Estado reconoce el derecho de los indígenas a mantener y desarrollar sus propias manifestaciones culturales, en todo lo que no se oponga a la moral, a las buenas costumbres y al orden público. El Estado tiene el deber de promover las culturas indígenas, las que forman parte del patrimonio de la Nación chilena.” (art. 7)

⁵⁸“La costumbre hecha valer en juicio entre indígenas pertenecientes a una misma etnia, constituirá derecho, siempre que no sea incompatible con la Constitución Política de la República. En lo penal se la considerará cuando ello pudiere

un precepto con similares limitaciones, realizó la Corte Constitucional Colombiana -según se ha explicado más arriba-, pues ella se basa en los artículos 8.2 y 9.1 del Convenio 169, del cual es también parte Chile, y porque la aplicación que del tratado hacen los otros Estados, es uno de los elementos que deben considerarse al momento de interpretar y aplicar las normas del Convenio. En relación a las facultades jurisdiccionales de los pueblos indígenas no existe una norma legal que las reconozca, en consecuencia, solo queda entenderlos contemplados a nivel Constitucional en virtud de la integración al sistema jurídico nacional de las normas internacionales sobre derechos humanos, según se expuso antes.

servir como antecedente para la aplicación de una eximente o atenuante de responsabilidad. Cuando la costumbre deba ser acreditada en juicio podrá probarse por todos los medios que franquea la ley y, especialmente, por un informe pericial que deberá evacuar la Corporación a requerimiento del Tribunal.” (inc. 1° y 2° art. 54)

CONCLUSIONES.

En campos jurídicos como los latinoamericanos -donde la subsistencia de pueblos indígenas genera la existencia de un tipo específico de pluralidad jurídica- el derecho de estos pueblos prima sobre la normatividad estatal, pues es una manifestación del derecho a la libre determinación y a la preservación de su propia cultura e instituciones, todos con claro reconocimiento internacional.

Ha quedado demostrado que en los Estados Latinoamericanos -producto de su ubicación periférica y semiperiférica en el sistema capitalista- coexisten con el derecho estatal, diversos ordenes jurídicos que surgen, sea de la multiculturalidad presente en un mismo espacio geopolítico (v.gr., el derecho indígena); como reacción al orden Estatal (v.gr., el derecho impuesto por grupos paramilitares); o bien, de la ausencia o ineficacia del Estado y su derecho, como es el caso de los fenómenos de pluralismo jurídico sociológico (v.gr., el derecho de Pasárgada y las rondas campesinas).

Los Estados Latinoamericanos, forjados a la luz de la cultura europea racionalizada, reclamaron -y reclaman algunos, como el Chileno-, la exclusividad en la creación del derecho en la sociedad. Los derechos indígenas, desde este punto de vista, solo tendrían validez si reúnen la autorización estatal para su creación. Se expuso cómo este tipo de legitimación traslada la cuestión a las bases mismas del sistema, a la legitimidad del Estado en tanto organización habilitada para dictar normas obligatorias. Si ni para los nacionales de un Estado resulta suficiente elemento legitimador del orden jurídico el criterio de legalidad, con menor razón podemos exigir a los Pueblos Indígenas, como condición para que puedan regirse por su propio derecho, el reconocimiento legal de sus sistemas normativos; pues estos pueblos -como queda demostrado en la evolución histórica expuesta en el tercer capítulo- no han formado parte del pacto social que constituyó al Estado, ni pertenecen a la cultura racionalizada que forjó la actual organización jurídico política de la sociedad occidental. Los grupos que son portadores de una cultura determinada la vierten también en sus sistemas normativos; demandar la preeminencia de la normatividad estatal solo puede justificarse sosteniendo la superioridad de la cultura occidental sobre la indígena, lo cual es impresentable a la luz del desarrollo que ha experimentado el sistema internacional de derechos humanos.

El campo jurídico latinoamericano se ha caracterizado, desde los tiempos de la Colonia hasta la actualidad, por la pluralidad jurídica, la ineficacia instrumental del derecho y el autoritarismo. Todas estas características tienen entre sus causas la falta de legitimidad del orden jurídico estatal. El

derecho indígena constituye un fenómeno de pluralidad jurídica con un histórico trasfondo cultural; es una de las manifestaciones de la diversidad cultural presente en los Estados Latinoamericanos, aunque estos se hayan configurado sin considerar la especificidad indígena, negando primero esta realidad bajo el supuesto de una nación homogénea, luego intentando su asimilación, y posteriormente, su integración a la nación.

El derecho internacional en sus diversas fuentes (tratados, costumbre, jurisprudencia y principios generales), así como gran parte del derecho comparado latinoamericano, reconocen el derecho colectivo de los pueblos indígenas a la autodeterminación, a conservar y vivir conforme a su Derecho -bajo el nombre de costumbre o derecho consuetudinario- y a la plena vigencia de sus métodos de resolución de controversias. La dirección tomada por el sistema internacional no puede ser otra si se sostiene el respeto de la diversidad cultural. Atrás han quedado los temores de secesión que implicaría la autodeterminación, pues se ha entendido que las demandas de los pueblos indígenas se orientan a obtener, dentro de las fronteras nacionales, el pleno respeto de su cultura como una forma de alcanzar la máxima autonomía individual de sus miembros.

Tras la estructura racional formal del derecho se invisibilizan las razones por qué, en países como Chile, no se reconoce constitucionalmente el carácter pluriétnico y multicultural del Estado, y se criminalizan las demandas indígenas que exigen el respeto de sus derechos territoriales ancestrales, sus sistemas normativos y su cultura. Estas razones quedan en evidencia si se observa la facilidad con que los Estados nacionales adaptan su legislación a políticas económicas neoliberales dictadas por instituciones capitalistas de injerencia global, y se promueven megaproyectos mineros, energéticos o industriales en el territorio de los pueblos originarios. En términos de la teoría del campo jurídico, son los grandes poderes económicos (actores), quienes impiden que el sistema jurídico nacional reconozca explícitamente un pluralismo jurídico de jure; se valen de sus relaciones personales y económicas con la clase política, y su capacidad de lobby (capitales), para crear, mediante la producción normativa estatal, una visión oficial del mundo favorable a sus intereses (privilegios).

No obstante la falta de reconocimiento constitucional en nuestro país, la prevalencia del derecho indígena sobre el nacional puede sostenerse mediante la incorporación que a nuestro ordenamiento hacen las normas internacionales relativas a derechos humanos; sea en virtud del artículo 5° inciso 2° de la Constitución, en relación a los tratados, o bien, mediante la doctrina sentada por los tribunales superiores de justicia respecto de aquellas normas con fuente

consuetudinaria o jurisprudencial. Antes que el unilateralismo estatal -que esconde un unilateralismo económico-, es preferible que prime la pluralidad jurídica que existe en los hechos, pero garantizada por un pluralismo jurídico de jure - reflejo de la valoración, respeto y articulación armónica de la diversidad-, estatuido a través de un dialogo intercultural que reconozca como condiciones el respeto de los derechos humanos, pues como sostuvo la Corte Constitucional Colombiana, constituyen un “...código universal de convivencia y diálogo entre las culturas y naciones, presupuesto de la paz, de la justicia, de la libertad y de la prosperidad de todos los pueblos...”

BIBLIOGRAFÍA.

Anaya, James (2006): “*Los derechos de los pueblos indígenas* “. En *Pueblos indígenas y derechos humanos*, Universidad de Deusto, Bilbao, España. Disponible en: <http://www.observatorio.cl/sites/default/files/biblioteca/ManualPueblosIndigenas%20U%20Deusto.pdf>. Visitado por última vez el 09 de Octubre de 2011.

Anaya, James (2009): “*Principios internacionales aplicables a la consulta en relación con la reforma constitucional en materia de derechos de los pueblos indígenas en Chile*”. Disponible en: http://www.politicaspUBLICAS.net/docs/Relator_especial_InformeConsultaChile24Abril2009.pdf. Visitado por última vez el 10 de Octubre de 2011

Andueza, Pablo (2006): “*La tierra en Rapa Nui como desafío jurídico intercultural*”. en *Revista de Ciencias Sociales N° 51*, Facultad de Derecho y Ciencias Sociales de la Universidad de Valparaíso. Edeval, Valparaíso, Chile

Aylwin, José y Yáñez, Nancy (2009): “*La aplicación del Convenio N° 169 en el derecho internacional*”, en: *Las implicancias de la ratificación del Convenio N° 169 de la OIT en Chile*. Disponible en: <http://www.observatorio.cl/sites/default/files/biblioteca/Las-implicancias-de-la-ratificaci%C3%B3n-del-Convenio-N%C2%B0-169-de-la-OIT-en-Chile-DCTO-N%C2%B0-10-SEGUNDA-EDICI%C3%93N-FINAL.pdf>. Visitado por última vez el 10 de Octubre de 2011.

Aylwin, Salamanca, Lillo (2003): “*Propuestas de orden jurídico para un nuevo trato entre el Estado y los pueblos originarios*”, en el Anexo al Informe Final Comisión Legislación y Justicia, Comisión Verdad Histórica y Nuevo Trato. Disponible en http://beingindigenous.org/libros_digitales/cvhynt/v_iii/t_i/v3_t1_informe_final_grupo_juridico.html. Visitado por última vez el 10 de Octubre de 2011

Barrientos, Ignacio (2008): “*Licitud del porte y uso de la hoja de coca*”. En *Revista de Política Criminal*, disponible en: http://www.politicacriminal.cl/n_05/A_4_5.pdf. Visitado por última vez el 10 de Octubre de 2011.

Benatti, José y Gómez, Antonio (1994): “*El pluralismo jurídico y las posesiones agrarias en la Amazonía*”. En *El Otro Derecho* N° 16, 1994. Disponible en: <http://ilsa.org.co:81/biblioteca/dwnlds/od/elotrdr016/elotrdr016-01.pdf>. Visitado por última vez el 10 de Septiembre de 2011.

Bengoa, José (2000): “*Historia del pueblo mapuche. Siglo XIX y XX*”, Sexta edición. LOM Ediciones, Santiago.

Bobbio, Norberto (1980): “*Contribución a la teoría del derecho*”, Fernando Torres Editor S.A., Valencia, España.

Bobbio, Norberto (1987): “*Teoría General del Derecho*”, Temis, Bogotá

Borello, Raúl (2001): “*Sobre el pluralismo jurídico*”, disponible en: <http://es.scribd.com/doc/46179603/borello-raul-sobre-el-pluralismo-juridico>. Visitado por última vez el 10 de Septiembre de 2011.

Carbonnier, Jean (1977): “*Sociología Jurídica*”, Editorial Tecnos, Madrid. (Traducción de Luis Díez-Picazo) Título original: “*Sociologie Juridique*”.

Cárcova, Carlos María (2007): “*La construcción discursiva de la legitimidad social en el marco de la democracias pluralistas*”, en *Revista de Ciencias Sociales* N° 52, Facultad de Derecho y Ciencias Sociales de la Universidad de Valparaíso: *Homenaje a Jürgen Habermas*. Edeval, Valparaíso, Chile

Carmona, Cristóbal (2009): “*La aplicación del Convenio N° 169 en el derecho comparado*”, en: Las implicancias de la ratificación del Convenio N° 169 de la OIT en Chile. Disponible en: <http://www.observatorio.cl/sites/default/files/biblioteca/Las-implicancias-de-la-ratificaci%C3%B3n-del-Convenio-N%C2%B0-169-de-la-OIT-en-Chile-DCTO-N%C2%B0-10-SEGUNDA-EDICI%C3%93N-FINAL.pdf>. Visitado por última vez el 10 de Octubre de 2011.

Clavero, Bartolomé (2009): “*Cometido del Foro Permanente para las Cuestiones Indígenas a la Luz del Valor Vinculante y con Vistas a la Mayor Eficacia del Derecho Internacional de los Derechos Humanos*”. Disponible en: [www.un.org/esa/socdev/unpfii/.../EGM Art 42 Clavero.doc](http://www.un.org/esa/socdev/unpfii/.../EGM_Art_42_Clavero.doc). Visitado por última vez el 10 de Octubre de 2011.

Colmenares, Ricardo (2006): “*El Derecho Consuetudinario Indígena en Centro y Sur América: El caso Venezuela*”. Disponible en: http://www.scielo.org.ve/scielo.php?pid=S1315-62682006000300004&script=sci_arttext. Visitado por última vez el 10 de Octubre de 2011.

Correa, Martín y Mella, Eduardo (2010): “*Las razones del illkun/enojo. Memoria, despojo y criminalización en el territorio mapuche de Malleco*.” LOM Ediciones, Santiago.

García, Mauricio (1991): “*Eficacia simbólica y eficacia instrumental del derecho*”, en *El otro Derecho*. Disponible en: <http://ilsa.org.co:81/biblioteca/dwnlds/od/elotrdr007/elotrdr007-01.pdf>. Visitado por última vez el 18 de Agosto de 2011.

García, Mauricio y Rodríguez, César (2003): “*Derecho y Sociedad en América Latina: propuesta para la consolidación de estudios jurídicos críticos*”, en *Derecho y Sociedad en América Latina: Un Debate Sobre los Estudios Jurídicos Críticos*, disponible en <http://ilsa.org.co:81/biblioteca/dwnlds/eclvs/eclvs03/eclvs03-01.pdf>. Visitado por última vez el 18 de Agosto de 2011.

Garriga, Carlos: (2004): “*Orden jurídico y poder político en el antiguo régimen*”, en *Historia y Derecho, Historia del Derecho*, N° 16. Disponible en: http://www.istor.cide.edu/archivos/num_16/dossier1.pdf

Habermas, Jürgen (1986): “*Ciencia y Técnica como ideología*”, Editorial Tecnos, Madrid (traducción de Manuel Jiménez Redondo). Título original: *Wissenschaft und Technik als “Ideologie”*, 1968,

disponible en: <http://es.scribd.com/doc/7032679/Habermas-Ciencia-y-tecnica-Como-Ideologia>.

Visitado por última vez el 18 de Agosto de 2011.

Hoekema, André (2002): “*Hacia un pluralismo jurídico formal de tipo igualitario*”. En *El Otro Derecho* N° 26-27, 2002. Disponible en: <http://ilsa.org.co:81/biblioteca/dwnlds/od/elotrdr026-27/elotrdr026-27-03.pdf>. Visitado por última vez el 10 de Octubre de 2011.

Informe Anual 2010 del Instituto de Derecho Humanos Chile. Disponible en <http://www.politicaspUBLICAS.net/panel/consulta/734-indh-decreto124.html>. Visitado por última vez el 10 de Octubre de 2011

Informe Anual 2011 sobre Derecho Humanos del Centro de Derechos Humanos de la Universidad Diego Portales, Capítulo “Derechos Humanos y Pueblos Indígenas. Disponible en <http://www.derechoshumanos.udp.cl/informe-anual-sobre-derechos-humanos-en-chile-2011/>.

Visitado por última vez el 10 de Octubre de 2011

Korsbark, Leif y Mercado, Florencia (2002): “*La sociedad plural y el pluralismo jurídico, un acercamiento desde la antropología del derecho*”. Disponible en <http://www.bibliojuridica.org/libros/4/1670/10.pdf>. Visitado por última vez el 10 de Octubre de 2011.

Meza-Lopehandia, Matías (2009): “*El Convenio N° 169 de la OIT en el sistema normativo chileno*”, en: *Las implicancias de la ratificación del Convenio N° 169 de la OIT en Chile*. Disponible en: <http://www.observatorio.cl/sites/default/files/biblioteca/Las-implicancias-de-la-ratificaci%C3%B3n-del-Convenio-N%C2%B0-169-de-la-OIT-en-Chile-DCTO-N%C2%B0-10-SEGUNDA-EDICI%C3%93N-FINAL.pdf>. Visitado por última vez el 10 de Octubre de 2011.

Munné, Guillermo (2006): “*Racionalidades del derecho según Max Weber y el problema del formalismo jurídico*”, en <http://www.biblioteca.org.ar/libros/200507.pdf>, visitado por última vez el 15 de Agosto de 2011.

Nash, Claudio (2003): “*La incorporación de los instrumentos internacionales de derechos humanos en el ámbito nacional: la experiencia chilena*”. Disponible en:

http://www.cdh.uchile.cl/conferencias_charlas/Nash/Derechos_Humanos-Unicef.pdf. Visitado por última vez el 10 de Octubre de 2011.

Nogueira, Humberto (1997): “*Los tratados internacionales en el ordenamiento jurídico chileno*”. En Revista Ius et Praxis, año 2 N°2. Disponible en: <http://redalyc.uaemex.mx/pdf/197/19720203.pdf>. Visitado por última vez el 10 de Octubre de 2011.

Nogueira, Humberto (2003): “*Una senda que merece ser transitada: la sentencia definitiva de casación de la quinta sala de la Corte de Apelaciones de Santiago, Rol 11821-2003, caso Miguel Ángel Sandoval Rodríguez*”. En Revista Ius et Praxis año 9 N° 2. Disponible en: <http://redalyc.uaemex.mx/pdf/197/19790208.pdf>. Visitado por última vez el 10 de Octubre de 2011.

Olivé, León (2004): “*Multiculturalismo y pluralismo*”. Disponible en: <http://trabajaen.conaculta.gob.mx/convoca/anexos/Multiculturalismo%20y%20pluralismo.PDF>. Visitado por última vez el 10 de Octubre de 2011.

Oliveira, Luciano (2003): “*Pluralismo jurídico y derecho alternativo en Brasil. Notas para un balance*”. en *Derecho y Sociedad en América Latina: Un Debate Sobre los Estudios Jurídicos Críticos*, disponible en <http://ilsa.org.co:81/biblioteca/dwnlds/eclvs/eclvs03/eclvs03-01.pdf>. Visitado por última vez el 18 de Agosto de 2011.

Palacios, Francisco (2005): “*Materiales para una legitimación del reconocimiento constitucional del derecho colectivo indígena*”. Disponible en: http://www.cebem.org/cmsfiles/archivos/Pueblos_Indigenas_Derechos_Colectivos.pdf. Visitado por última vez el 10 de Octubre de 2011.

Peña, Aldunate, Aylwin (2003): “*Informe Final Comisión Legislación y Justicia, Comisión Verdad Histórica y Nuevo Trato*”. Disponible en http://beingindigenous.org/libros_digitales/cvhynt/v_iii/t_i/v3_t1_informe_final_grupo_juridico.html. Visitado por última vez el 10 de Octubre de 2011.

Pereira, Claudio y Zamora, Cristián (2001): “Isla de Pascua: sentido y significado del consumo de drogas en jóvenes Rapa Nui. Un estudio de factores psicológicos, socioculturales e individuales”. Disponible en: <http://www.psicologiacentifica.com/bv/psicologiapdf-165-isla-de-pascua-sentido-y-significado-del-consumo-de-drogas-en-jovenes-rapa-nui-u.pdf>. Visitado por última vez el 10 de Octubre de 2011.

Ramírez, Silvina: “*Diversidad Cultural y Pluralismo Jurídico: Administración de Justicia Indígena*”, disponible en: <http://www.indigenas.bioetica.org/DOCTRINA-Ramirez.pdf>. Visitado por última vez el 18 de Agosto de 2011.

Salvat, Pablo (2007): “*Jürgen Habermas y la tensión legalidad/legitimidad: una contribución para el debate*”, en *Revista de Ciencias Sociales*, N° 52: *Homenaje a Jürgen Habermas*. Edeval, Valparaíso, Chile

Santos, Boaventura de Sousa (2007) “*El discurso y el poder (ensayo sobre la sociología de la retórica jurídica)*” en *Revista Crítica Jurídica* N° 26, Agosto de 2007. Disponible en: <http://www.revistas.unam.mx/index.php/rcj/article/view/16772>.

Squella, Agustín (2003): “*Filosofía del Derecho*”, Editorial Jurídica de Chile, Santiago.

Weber, Max (2008): “*Economía y sociedad*”, 2° Edición, Fondo de la cultura económica, México (traducción de José Medina Echavarría, Juan Roura Parelle, Eduardo García Máynes y José Ferrater Mora). Título original: *Wirtschaft und Gesellschaft. Grundriss der Verstehenden Soziologie*.

Wolkmer, Antonio Carlos (1991): “*Pluralismo jurídico, movimientos sociales y prácticas alternativas*”. En *El Otro Derecho* N° 7 -1991. Disponible en: <http://ilsa.org.co:81/biblioteca/dwnlds/od/elotrdr007/elotrdr007-02.pdf>. Visitado por última vez el 18 de Agosto de 2011.

Wolkmer, Antonio Carlos (2003): “*Pluralismo jurídico: nuevo marco emancipatorio en América Latina*”, en *Derecho y Sociedad en América Latina: Un Debate Sobre los Estudios Jurídicos*

Críticos. Capítulo 11. Disponible en: <http://ilsa.org.co:81/biblioteca/dwnlds/eclvs/eclvs03/eclvs03-11.pdf>. Visitado por última vez el 18 de Agosto de 2011.

Yrigoyen, Raquel (2002): “*Rondas campesinas y desafíos del pluralismo legal en el Perú*”. Disponible en: <http://www.jus.unitn.it/cardozo/Review/2008/Fajardo.pdf>. Visitado por última vez el 30 de Agosto de 2011.

Yrigoyen, Raquel (2006): “*Hitos del reconocimiento del pluralismo jurídico y el derecho indígena en las políticas indigenistas y el constitucionalismo andino*”. En *Pueblos indígenas y derechos humanos*, Universidad de Deusto, Bilbao, España. Disponible en: <http://www.observatorio.cl/sites/default/files/biblioteca/ManualPueblosIndigenas%20U%20Deusto.pdf>. Visitado por última vez el 09 de Octubre de 2011.

Zúñiga, Alejandra (2008): “*Entre la igualdad y la eficiencia en materia sanitaria*”. Disponible en: <http://redalyc.uaemex.mx/src/inicio/ArtPdfRed.jsp?iCve=55412249007>. Visitado por última vez el 10 de Octubre de 2011.

Zúñiga, Alejandra (2009): “*Justicia y racionamiento sanitario en el Plan AUGE: dilemas bioéticos asociados a la distribución de recursos escasos*”. Disponible en: <http://www.revistas.uchile.cl/index.php/AB/article/viewFile/15681/16152>. . Visitado por última vez el 10 de Octubre de 2011.