

Diversidad cultural y pluralismo jurídico: administración de justicia indígena

Silvina Ramirez

1. El respeto a la diversidad cultural y las múltiples dimensiones desde dónde abordarlo..	2
2. Construcción de un nuevo Estado: el Estado pluralista	4
3. Condiciones necesarias para la construcción de un Estado pluralista	5
3.1. Derechos Individuales y Derechos Colectivos	5
3.2. Consecuencias jurídicas de la aceptación de la diversidad.....	7
3.3. Recepción de la diversidad por parte del Sistema Penal	10
4. Conclusiones Preliminares: hacia un nuevo paradigma.....	12

La diversidad cultural, el reconocimiento del derecho indígena y el pluralismo jurídico son temas relativamente novedosos en determinados ámbitos. En este artículo señalaré las características relevantes del tema que nos ocupa (1), los desafíos que la diversidad cultural plantea al Estado moderno (2), las condiciones para la construcción de un Estado pluralista (3), para finalmente destacar algunas conclusiones preliminares que atañen a un nuevo perfil estatal (4).

1. El respeto a la diversidad cultural y las múltiples dimensiones desde dónde abordarlo

La diversidad cultural, a pesar de ser un tema que traspasa los Estados latinoamericanos desde su misma conformación, no ha merecido una reflexión teórica ni análisis hasta -prácticamente- las últimas dos décadas. Las razones de esta falta de interés o abandono deben buscarse en una suma de diferentes factores. En Argentina, los pueblos originarios son numéricamente inferiores, lo que contribuyó a que se negara sistemáticamente su existencia, y con ella lo que representa su reconocimiento para los diferentes pueblos.

A ello puede agregarse los procesos de exterminio a los que fueron sometidos, así como los procesos migratorios europeos que empujaron a construir un Estado alrededor de la idea de "crisol de razas" que -análogamente al fenómeno migratorio que se produjo en Estados Unidos- se fortalecía en la homogeneidad, y en la disolución de las diferencias para no discriminar. En este escenario, los pueblos indígenas no tenían mayor cabida.

Sin embargo, y por impulso de movimientos sociales que promueven el reconocimiento de los derechos de los pueblos indígenas a nivel constitucional, la diversidad cultural se hace cada día más visible, provocando que los Estados deban dar cuenta de la protección de determinados derechos, lo que se habían negado a reconocer amparados en el principio de igualdad.

Cuando surge, entonces, la necesidad de reflexionar seriamente acerca del respeto de las diferencias, y de las consecuencias prácticas que se derivan -para el ordenamiento jurídico vigente- de considerar que coexisten, dentro de los límites de un mismo Estado, sistemas de regulación social claramente diversos, es insoslayable abordar el tema desde múltiples dimensiones, que puedan dar cuenta del fenómeno de la diversidad y a la vez orienten el mejor modo de plasmar una política criminal que contemple la igualdad ante la ley -paradójicamente- tolerando y respetando la diferencia.

Así, es imposible -y distorsionado en sus contenidos- pretender una comprensión cabal de la relevancia que representa el hecho de que la diversidad se traduzca en una legislación diferenciada, si no se contemplan las discusiones -filosófica/política, antropológica, sociológica, histórica y jurídica- suscitadas, teniendo presente que cada una es un presupuesto y un complemento de las restantes. La dimensión jurídica es tal vez el nivel de análisis menos interesante cuando se pretende reconstruir una discusión signada por un sinnúmero de escenarios posibles.

Brevemente, y a riesgo de desdibujar la presentación de las diferentes discusiones, mencionaré, a modo de una visión fugaz, estos debates, que sin lugar a duda llevan implícitos visiones del mundo encontradas, aunque no totalmente incompatibles. En el ámbito de la filosofía-política, la disputa suscitada que alcanzó su auge contemporáneo en los años 80, entre los comunitarios y los liberales, tiene como punto de partida la identificación de la unidad para el ejercicio de los derechos: la comunidad vs. el individuo¹. Lo que no es trivial, en la medida en que lo que se encuentra en juego es la justificación de la existencia de derechos colectivos; o si -por el contrario- todo puede ser reducido a la existencia de derechos individuales, y si la defensa de las minorías puede articularse satisfactoriamente con su vigencia (discusión que retomaré más adelante). De este modo, en el núcleo del debate la pregunta alrededor de la que se construyen las distintas teorías es cuál es el mejor modo de

¹ Así, se pueden enrolar entre los defensores del comunitarismo a autores tales como Michael Sandel, Alasdair MacIntyre, Michael Sandel y Michael Walzer. Desde la perspectiva liberal, son teóricos destacables John Rawls, Ronald Dworkin, Jeremy Waldron y Ernesto Garzón Valdés. También vale la pena mencionar a Joseph Raz y a Will Kymlicka como aquellos que han intentado encontrar una vía intermedia entre las dos corrientes mencionadas.

proteger a las minorías². Ciertamente, este debate tiene infinidad de matices, y más allá de que existen autores que se encuadran en uno u otro extremo, también existen aquellos que intentan adoptar una postura intermedia, destacando las ventajas de seguir defendiendo desde una postura liberal el ejercicio de determinados derechos, pero sin dejar de destacar la importancia que para el individuo reviste la membresía a un grupo étnico³.

No es el objetivo de este trabajo profundizar en esta discusión. Sólo pretendo llamar la atención sobre argumentos que constituyen el telón de fondo del diseño de determinadas instituciones, que adquirirán una dimensión importante cuando los procesos legislativos deban receptorlos. En cuanto a la perspectiva antropológica y sociológica, ambas se encuentran estrechamente vinculadas. No sólo porque la sociología jurídica y criminal se ha ocupado de la introyección de las normas culturales por parte de los individuos, sino porque también ha intentado zanjar - junto con la visión antropológica- cómo se determina la condición de indígena y cómo se resuelve el problema de la identidad⁴. En otras palabras, deslindar cuándo un individuo puede identificarse como miembro de una etnia determinada, y a qué se le llamarán pautas culturales. Cómo se define la cultura, y cuáles son los componentes de un sistema de regulación social que adquiere características específicas que lo diferencian radicalmente de aquel en el que nos encontramos inmersos, y que denominaré "occidental"⁵.

Los antecedentes históricos no son menos destacables. Ensayar un análisis de las distintas actitudes que ha asumido el Estado en su relación con las poblaciones indígenas es también analizar el status que han asumido estos individuos y su mayor o menor importancia en la correlación de fuerzas establecidas. En la época colonial existía un modelo *segregacionista*, que consideraba a los indígenas como individuos de segunda categoría. Eran absolutamente excluidos, y ocupaban el lugar más bajo del estrato social. Con la independencia, e influenciados por los ideales de la revolución francesa, se ingresó a un 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. A partir de la segunda década del siglo pasado, y con movimientos indígenas que empiezan a consolidarse, se produce el salto al siguiente modelo aplicado, el *integracionista*. Se reconoce la existencia de comunidades diversas, pero sólo por la necesidad económica de negociar, y porque estaba en discusión quiénes eran propietarios de la tierra. Se inicia así una suerte de reconocimiento de los derechos, pero absolutamente limitados, y sin admitir que el reconocimiento, para ser tal, debía ser más profundo⁶.

² Entiendo por "minorías" aquellos grupos de individuos que se encuentran en una mayor situación de vulnerabilidad y que carecen del suficiente poder para que sus demandas sean satisfechas. El término no se encuentra asociado con criterios cuantitativos, ya que las minorías pueden ser mayoría -cuantitativamente- y encontrarse en una posición de inferioridad en relación al resto de la sociedad.

³ Cfr. Raz, Joseph, *The Morality of Freedom*, Clarendon Press, Oxford, 1986. Raz, Joseph, *Ethics in the Public Domain*, Clarendon Press, Oxford, 1994. Kymlicka, Will, *Multicultural Citizenship -a liberal theory of minority rights-*, Clarendon Press, Oxford, 1995.

⁴ El problema de la identidad no es secundario, ya que de su clarificación depende a quién vamos a calificar como indígenas. Si es que está subordinado a la propia percepción del individuo, o si es preciso dejar lugar a los datos objetivos. Ésta discusión no es pacífica entre los antropólogos. Cfr. Díaz-Polanco, Héctor (Comp.), *Etnia y Nación en América Latina*, Consejo Nacional para la Cultura y las Artes, México, 1995.

⁵ Llamo occidental a la perspectiva no indígena, que contemporáneamente correspondería a la del mundo globalizado, que sin lugar a dudas es la predominante. Vale la pena aclarar que existen miradas no indígenas que no corresponderían a la denominación "occidental", tales como la de otras minorías.

⁶ Cfr. Yrigoyen Fajardo, Raquel, *Pluralismo y Sistema Nacional de Justicia*, Proyecto Justicia y Multiculturalidad, elaborado para la Misión de Naciones Unidas para Guatemala, 1997.

A partir de la elaboración de distintos instrumentos jurídicos internacionales, que superan la Declaración Universal de Derechos Humanos de Naciones Unidas aprobada en 1948, y que alcanzan su máxima expresión en el Convenio 169 de la OIT, es que se produce un salto hacia la conformación de un verdadero *Estado pluralista*, que no pretende otra cosa que la democratización del Estado y la Sociedad, partiendo de la existencia de la pluralidad de lenguas, de la pluralidad de culturas, y por ende, de la existencia irrefutable de pluralismo jurídico.

En estas páginas me centraré en la dimensión *jurídica-política*, como un modo de dejar claramente establecidas cuáles son las consecuencias de aceptar en el entramado del Estado la idea de diversidad cultural, y cuáles son los instrumentos idóneos con que el Estado cuenta para satisfacer determinadas demandas.

2. Construcción de un nuevo Estado: el Estado pluralista

La tesis de este artículo puede ser formulada de la siguiente manera: "no existe protección adecuada de las minorías étnicas, sino a través de la existencia de pluralismo jurídico". En otras palabras, uno de los desafíos que la diversidad cultural plantea al Estado moderno es, precisamente, la admisión de la existencia en un mismo ámbito territorial, de modos de resolución de conflictos diferenciados. Y las minorías étnicas reclaman el respeto del ejercicio de sus propios derechos.

Es notable el salto cualitativo que significa abandonar la idea de Estado- nación (un Estado uniformador que predica la unidad del orden jurídico estatal) para asumir la construcción de un nuevo Estado, signado por procesos de globalización (en donde la posibilidad de que instancias supraestatales puedan formular una política criminal alrededor de determinadas áreas es hoy una realidad) y por procesos de administración de justicia local, lo que confluye para perfeccionar un Estado que se enfrenta a la protección de sus minorías, sin que ello lo comprometa con su fragmentación o con la pérdida de su soberanía o unidad estatal.

Sin embargo, este concepto así formulado no es tan simple de entender o de hacer jugar en una realidad cada vez más dinámica. Las minorías tienden a reclamar medidas destinadas a beneficiarlas, y que no siempre son compatibles con la voluntad de las mayorías. La relación entre principio de mayoría y protección de las minorías no deja de ser una relación conflictiva, que se agudiza cuando las demandas provienen de pueblos cuyas características especiales no sólo los convierten en sujetos de derechos (como tales), sino que los habilita para reclamar el control de sus propias instituciones y formas de vida y de desarrollo económico y a mantener y fortalecer sus identidades, lenguas y religiones, dentro del marco de los estados en que viven.

En realidad, es posible ensayar un análisis que parta de preguntarse si es posible satisfacer las demandas de los pueblos originarios dentro de un esquema que no sólo les niega su identidad como nación, sino que -tomando como fundamento el principio de igualdad- es incapaz de realizar distinciones para no incurrir en un "tratamiento diferente".

El Estado moderno ha dado respuestas insuficientes al reclamo de los pueblos indígenas, ya sea profundizando su representatividad, y asegurando que los indígenas puedan estar representados en el Parlamento y que "su voz" sea escuchada (insuficiente, porque nada garantiza que estos cupos obligatorios puedan maximizar la participación y la toma de decisiones de los pueblos indígenas dentro del ámbito de una mayoría que no pueden vencer); ya sea mostrándose "sensible" hacia sus pautas culturales, a través, por ejemplo, del error de comprensión culturalmente condicionado, que contemplado en algunos códigos penales, aceptan la diversidad de modo paternalista e indulgente; o construyendo un discurso "pseudo pluralista", sosteniendo que los derechos individuales pueden dar respuestas a reivindicaciones en términos de una protección específica de sus identidades.

Si no reconocemos derechos diferenciados que surgen de las propias diferencias de estos pueblos, el Estado no podrá garantizar una inserción plena, que reduzca la vulnerabilidad de

los grupos afectados, y que les de cabida dentro de un marco democrático de interacción. Esto no significa que la tarea sea sencilla, y que no existan problemas que merezcan una reflexión más profunda (como lo es la vigencia de los derechos humanos), pero lo cierto es que hoy es impensable concebir un Estado de Derecho "genuino" que no implique el respeto a la diversidad. La pregunta sigue siendo cuáles son los caminos para que este respeto sea posible.

De lo que se trata, entonces, es de discutir cuál es la legitimidad de los Estados en donde la dimensión multiétnica es ya incuestionable. Y si los derechos individuales pueden dar respuestas a reivindicaciones en términos de una protección específica de sus identidades y tradiciones culturales distintivas.

No es casual, entonces, que en la última década en América Latina, exista un movimiento constitucional que incorpora -en el rango de norma fundamental- un reconocimiento expreso de la diversidad. Este movimiento permite hacer una lectura de la importancia que para los Estados ha adquirido la incorporación a su ordenamiento jurídico de normas que puedan dar cuenta de la existencia de pueblos indígenas, lo que a su vez permite transformar todo su entramado legislativo.

Desde esa perspectiva, las reformas políticas necesarias para construir un Estado multiétnico ya están en marcha, pero se encuentran con algunos obstáculos que cuestionan la necesidad de la incorporación de "otros derechos", que -prima facie- se apartan de la noción estándar de derechos individuales. Cuestión que será tratando en el próximo apartado.

3. Condiciones necesarias para la construcción de un Estado pluralista

3.1. Derechos Individuales y Derechos Colectivos

Sin lugar a dudas, una de las condiciones para la construcción de un Estado pluralista es la admisión -a su vez- de la existencia de derechos colectivos. No pretendo en esta presentación saldar la discusión -discusión muy extendida, por cierto- entre derechos individuales y derechos colectivos. Esta última noción es bastante imprecisa, pero al menos se entiende por tales aquellos derechos que surgen de la existencia de grupos que presentan características especiales, enmarcados en el ámbito de los derechos humanos (los así llamados derechos humanos de tercera generación). Sin embargo, una corriente importante dentro del pensamiento ius-filosófico sostiene que la asignación final es a los individuos que pertenecen a determinados grupos y que no son derechos de los grupos en cuanto tales.

Aparentemente, la noción de derechos colectivos pone en cuestión algunas asunciones del pensamiento político liberal contemporáneo, vinculadas al principio de igualdad (que resolvería todos los problemas), y propugnando un Estado neutral que no se involucre con determinados valores imperantes en la sociedad.

Esto nos lleva al debate entre comunitarista vs. liberales. Los primeros sostienen que los liberales son incapaces de dar cuenta de otro tipo de fenómenos, como la influencia de la comunidad en la conformación de la identidad cultural. Los liberales, por su parte, sostienen que la existencia de derechos de grupo supondría considerar que el respeto hacia los grupos es más importante que el respeto hacia los individuos, lo cual los vuelve incompatibles con los derechos humanos individuales.

Ahora bien, si los derechos colectivos son asignados a una minoría, ¿qué entendemos por minoría? En general, se hace referencia a un grupo de individuos que se encuentran en inferioridad respecto de otro conjunto, a los que se ven unidos de modo contingente, dentro del aparato estatal. ¿Pero cuáles son los elementos que determinan esa condición de inferioridad?? En algunas de las definiciones más corrientes, adoptadas por los instrumentos internacionales, estos elementos se clasifican en objetivos (etnia, religión, lengua, inferior en

número, en una posición no dominante) y subjetivos (voluntad del grupo de preservar su identidad específica).

Sin embargo, estas características también presentan aspectos discutibles, y no dan cuenta de otras minorías (villeros, homosexuales, mujeres) que también podrían agruparse bajo la órbita de este concepto. Parece ser que el elemento subjetivo de "concepciones compartidas" es uno de los elementos básicos a la hora de definir qué es lo que se entiende por minoría, cuando la pretensión es asignarle un determinado tipo de derechos.

Por lo que existe una relación directa entre el concepto de minoría y los derechos que existen para protegerla. En definitiva, de lo que se trata es de identificar los grupos que están en posición de reivindicar legítimamente derechos colectivos. Ya establecida esta relación, en general los colectivistas mantienen que los intereses de los grupos no son individualizables, reducibles o trasladables a la suma de los intereses agregados de sus miembros.

Sin lugar a dudas este tipo de postura teórica presenta innumerables inconvenientes, ya que cabría predicar que estas entidades colectivas tienen deberes hacia el grupo, y esto nos conduciría a otro problema, tal como que los grupos tienen determinados intereses (independientes de los intereses individuales, por ejemplo, preservación de sus rituales) y que éstos se encuentran por encima de los intereses y derechos individuales.

Sin embargo, y más allá del trasfondo ontológico y normativo de este debate, lo cierto es que la noción de derechos colectivos sigue siendo imprecisa, y necesita de un marco adecuado si lo que se quiere defender es la legitimidad -y necesidad- de dar respuestas a determinadas demandas grupales. Se postula tratar de apartarse del criterio de titularidad de estos derechos (esto es, admitir la existencia de una "agencia moral colectiva"), y definir los derechos colectivos atendiendo a la naturaleza del bien protegido, o a su especialidad.

Los derechos colectivos, desde esta conceptualización, serían derechos a bienes públicos. Y estos bienes deben ser importantes para el bienestar de un conjunto de individuos. Es por ello que los deberes que se imponen lo son para proteger el interés compartido de los miembros de un grupo. En cuanto a considerarlos derechos especiales, se relaciona directamente a la pertenencia a grupos culturalmente minoritarios y a la atribución de un valor al interés legítimo en su pertenencia.

Este valor está asentado, a su vez, en que las minorías -entendidas como aquellas cuyos miembros se ven como portadores de una identidad cultural distintiva, valiosa para ellos- entienden su cultura como un bien primario. Desde este punto de partida, el principio de no discriminación o de igualdad es insuficiente para amparar sus prácticas culturales. Se requiere del ejercicio de derechos colectivos -que protegen la diversidad de valores- para desarrollar la autonomía individual, pilar que sostiene las concepciones liberales.

Está claro, y esto ha sido remarcado en el apartado anterior, que la comunidad política en ocasiones no coincide con la comunidad cultural, por lo que el paradigma del Estado-nación deja lugar a una multiplicidad de naciones -en algunos casos- dentro de un mismo Estado. Son estas situaciones las que obligan a replantear si en el marco de los derechos contemplados por las constituciones de nuestros Estados, los derechos individuales son idóneos para enfrentar este tipo de situaciones.

Si el Estado, argumentando neutralidad, no se involucra en garantizar el acceso a prácticas culturales valiosas, no estaría contribuyendo a eliminar la vulnerabilidad a la que se encuentran expuestas las minorías, y en ese sentido, estaría violando el propio principio de igualdad. La igualdad exige el reconocimiento de derechos tales como el de autogobierno, el reclamo de la tierra, derechos lingüísticos que rectificarían las desventajas sufridas por las minorías por las decisiones de las mayorías.

Es en este sentido que los derechos colectivos implican una distribución desigual de derechos y deberes, fundamentado en un principio de diferencia que se encuentra implícito en la defensa

del principio de igualdad. Tal vez sea posible imaginar una vía intermedia -tal como lo hacen algunos autores como Kymlicka y Raz- en la que se afirma que para desarrollar la autonomía individual -concepto medular en el pensamiento liberal- es preciso proteger la diversidad de valores ejerciendo derechos colectivos. Y que las razones para proteger derechos colectivos deben buscarse en el respeto de los derechos individuales. Pero cualquiera sea su formulación, lo que parece incuestionable es que los derechos colectivos no son reducibles a derechos individuales. Y que para preservar los derechos de las minorías étnicas, es preciso admitir la existencia de bienes valiosos que no siempre pueden ser traducidos en bienes individuales.

3.2. Consecuencias jurídicas de la aceptación de la diversidad

El Estado se construyó alrededor del pensamiento liberal e ilustrado, con basamento en valores tales como la libertad individual frente al Estado y la igualdad formal ante la ley, mientras que los pueblos indígenas cimentaban su visión del mundo en la idea de justicia y de cooperación fraterna. La tensión producida entre estas dos visiones fue inevitable y lo sigue siendo.

A partir de la conformación de los nuevos Estados en América Latina, las constituciones que se establecieron tuvieron una clara inspiración en la Revolución francesa asentada sobre la base de derechos liberales de carácter universal. Luego de más de un siglo y medio, los Estados se enfrentan con la realidad de que la universalidad deseada no podía dar cuenta de derechos humanos que no eran respetados, tales como la preservación de la identidad y la convivencia con la diferencia, y se volvía, entonces, imprescindible encontrar vías por las cuales pudiera construirse unidad en la diversidad, lo cual era obstaculizado por la carencia de instrumentos jurídicos adecuados que contemplaran el problema.

Sin lugar a dudas que un movimiento tiene una fortaleza e incidencia mucho mayor que si se producen avances aislados en la materia. Una vez que el desafío del reconocimiento se ha planteado a nivel internacional, y que los Convenios de la OIT y de organismos de Derechos Humanos han permitido un mayor debate y han aportado legitimidad al tratamiento del lugar que les cabe ocupar a los pueblos indígenas en la estructura estatal, el camino se ha allanado. Existen bases comunes para que los pueblos indígenas lleven adelante su plan de vida asentado en valores que no necesariamente coinciden con nuestra mirada occidental. Esta necesidad de diferenciación en la solución de conflictos, pone de manifiesto la enorme importancia de volcar en un texto constitucional un reconocimiento explícito, que si bien no garantiza un avance cualitativo, sí fortalece las acciones que deben implementarse.

Los Pueblos indígenas reclaman un reconocimiento que atraviese transversalmente temas de importancia nacional como son los de la tierra, su condición política, sus formas de gobierno y administración de justicia, respeto a sus culturas, participación -en distintos niveles- de la toma de decisiones de gobierno. El punto es discernir hasta qué medida es conveniente introducir modificaciones sustantivas en las cartas magnas (lo que ya ha sucedido en la gran mayoría de los países latinoamericanos, que incorporan el tema del reconocimiento como una de sus garantías ciudadanas. En nuestra Constitución, el art. 75 inc. 17), y cómo preservar la coherencia tanto formal como real, de países que han ratificado el Convenio 169 de la OIT pero que no han cumplido con el compromiso asumido.

No obstante las resistencias mencionadas, a partir de los 80, y con mayor auge en los 90, se han producido reformas relevantes en la mayoría de las constituciones latinoamericanas, que avalan el criterio del respeto a los pueblos indígenas en el marco de un paradigma que ha transitado el camino de la asimilación-integración para llegar -finalmente- al desafío de la construcción de un Estado pluricultural. Si bien es cierto que en su mayoría se declara la existencia de un Estado multilingüe y pluricultural, también es cierto que se deja librado a la legislación secundaria la regulación y operatividad de lo contenido en las constituciones en forma de garantías. Éste es un rasgo que no puede ignorarse, porque se corre el riesgo de adherir a declaraciones de principios, cuando fácticamente los problemas se mantienen insolubles debido a una realidad aparentemente inalterable.

Así, desde Bolivia a Guatemala, desde Brasil hasta Colombia, numerosos países -en la modificación de sus constituciones- han incorporado el reconocimiento a la diversidad étnica y cultural, en concordancia con el Convenio 169 de la OIT. A todas luces esta medida es insuficiente para dar cuenta del inmenso desafío, pero constituye un avance lo suficientemente destacable en las estrategias que se diseñen para reafirmar la identidad de los pueblos indígenas.

A partir del Convenio 107 de la O.I.T., se inició un movimiento destinado a reconocer los derechos de los pueblos indígenas. Si bien este Convenio no alcanza a plasmar en su totalidad las demandas de estos pueblos, es preciso reconocer que significó un paso adelante en su historia traumática. Claro está que sólo representó el punto de partida, pero al menos profundizó un debate que ya se había planteado subrepticamente pero que aún no se había manifestado en su total dimensión.

El Convenio en cuestión cubría una amplia gama de temas relativos a los derechos a la tierra, a las condiciones de trabajo, a la salud y a la educación. Sin embargo, con el paso del tiempo (fue adoptado en 1957) se detectaron deficiencias que reclamaban un nuevo análisis. Este Convenio fue elaborado dentro del marco de un paradigma integracionista, que tendía a la incorporación de los pueblos indígenas a la sociedad mayor, regida por los órganos de administración estatal, sin dejar cabida a la propia decisión en temas que les concernían directamente. Una vez que las organizaciones indígenas adquirieron otro papel dentro de los propios estados, y que iniciaron un proceso de generación de conciencia y de reclamo activo a nivel internacional, surgió la necesidad de reemplazar este instrumento por otro más acorde con las perspectivas que adquieren una dimensión relevante y que involucra de lleno en las decisiones a los afectados por éstas.

El Convenio 169 de la O.I.T. reemplazó sustantivamente a su predecesor. En él se empezó a delinear claramente la voluntad de hacer efectivo un reconocimiento pleno, incorporando a su texto el compromiso asumido por los Estados ratificantes de reconocer la existencia del Derecho consuetudinario. Esto significó no sólo un avance notable en esta materia, sino que ha sido una clara señal de la Comunidad internacional respecto de la necesidad de reconsiderar el status de los pueblos indígenas, y en definitiva de diseñar el nuevo modelo para un Estado que se presenta como pluricultural.

Este Convenio adoptó medidas de vital trascendencia. Regula sobre consulta y participación, sobre condiciones de trabajo, seguridad social y salud, educación y medio ambiente. Constituye el instrumento más avanzado en la materia y, en los países que ya lo han ratificado, paulatinamente, se están tomando medidas destinadas a trasladar sus disposiciones a la realidad.

Reconoce los métodos propios de resolución de conflictos de las comunidades indígenas, con el límite que no se vulneren los derechos humanos. Asimismo, no reduce el reconocimiento del derecho consuetudinario (art. 8) a los casos civiles, sino que formula expresamente que "deberán respetarse los métodos a los que los pueblos interesados recurren tradicionalmente para la represión de los delitos cometidos por sus miembros" (art. 9, inc.1), con lo cual el Convenio 169 tampoco establece un límite material al derecho consuetudinario.

En cuanto a la competencia personal, el Convenio es explícito en lo que respecta a los casos penales, expresando que los métodos de los pueblos indígenas deberán respetarse en el caso de miembros de dichos pueblos. Deja el interrogante en relación a los no-indígenas que, estando dentro del territorio del pueblo indígena y teniendo un conflicto penal con un indígena, aceptasen someterse a dicha jurisdicción.

No es posible pasar por alto que las interpretaciones de la normativa constitucional son controvertidas, y que ha dado lugar -en cada uno de los países- a posiciones encontradas. Más aún teniendo presente que la lectura que se haga de la Carta Política tendrá directa repercusión sobre la legislación que se elabore de acuerdo a sus mandatos. Aún así, es posible afirmar que existe un consenso mínimo sobre la tendencia indiscutible de incorporar a las estructuras estatales las particularidades de los pueblos indígenas, y de legislar

promoviendo la mayor participación posible de los directamente interesados. De este modo, la articulación de una democracia no sólo formal sino sustantiva será posible.

Sin embargo, y a pesar de estos esfuerzos, alcanzar la no conflictividad y desincentivar la desconfianza sigue siendo una tarea ardua. Por una parte, en algunos países de alto componente indígena (como son los casos de Bolivia y Guatemala) la "minoría no indígena" (ahora sí, haciendo una utilización cuantitativa del término) se resiste a admitir la existencia, en un pie de igualdad, de derechos que con distintas fuentes son equiparables en términos de legitimidad y legalidad. Los argumentos son múltiples. A los ya mencionados cabe agregar el de un racismo disfrazado de paternalismo, y hasta el de un paternalismo -ejercido de buena fe- que no deja de ser profundamente perjudicial para los pueblos indígenas. Las resistencias también se atrincheran en aparatos jurídicos eruditos, en la no admisión de la existencia de otro tipo de valores, bajo la imperiosa necesidad de no desmembrar lo que tanto costó unir.

A pesar de las dificultades, no son todos obstáculos. Un sector importante promueve la reforma en este ámbito, sosteniendo una convicción muy fuerte de que sólo la conformación de un Estado plural podrá enfrentar los males de la globalización combinándolo con una soberanía no rígida, y con un nuevo acuerdo entre los distintos pueblos que componen el Estado. No hace falta ir muy lejos en la historia de nuestros pueblos para demostrar que movimientos como el de Chiapas intentan encontrar una síntesis entre las demandas indígenas, una nueva estructura política y la posibilidad de lidiar con un orden internacional al que se deben poner límites. Esta es una alternativa válida y atractiva para imaginarnos un orden sin violencia, en el que los pueblos indígenas puedan diseñar autónomamente sus planes de vida.

Pero tal vez sea importante tener presente que el obstáculo más importante en el nuevo diseño estatal no es la falta de instrumental normativo que lo regule, y mucho menos la falta de conciencia de pueblos que han sobrevivido - sin perder su singularidad- por siglos a los acontecimientos más devastadores (desde la conquista hasta guerras internas en los propios Estados, así como masacres contemporáneas que diezmaron su población. Baste citar como ejemplo el caso de Guatemala, y los operativos "tierra arrasada" llevados a cabo por el Ejército, en donde se eliminaron comunidades indígenas por completo). La falta de voluntad política encaminada a admitir y construir un genuino pluralismo estatal, aunada a una historia hostil que consideraba al indígena como alguien que -en el mejor de los casos- debía proteger, produce efectos altamente nocivos que dilatan la obtención de resultados en el corto y mediano plazo.

El sistema judicial, como uno de los pilares básicos del sistema democrático, tiene un rol preponderante a cumplir no sólo en el tratamiento de las minorías, sino en la construcción de un discurso basado en la no discriminación y la tolerancia. Esto, obvio es aclararlo, en el ámbito del "deber ser". En la realidad, el funcionamiento concreto de los sistemas de justicia no contribuye en gran medida a acrecentar un sentimiento de tolerancia en la sociedad, ya sea por su conservadurismo atávico, ya sea por su contribución sostenida al mantenimiento del status quo, lo que lo convierte en un segmento estático más que en un impulsor del cambio.

Los jueces deben asumir un papel relevante en el diseño de las nuevas instituciones, comprendiendo que en la medida que señalen en sus fallos interpretaciones de la ley proclives a profundizar la desigualdad ante la ley, fomentaran un trato discriminatorio y arbitrario.

Como productor de normas, el Poder Legislativo debe representar a los ciudadanos en sus demandas, a través de la elaboración de leyes que puedan conducir las expectativas ciudadanas. Para ello, debe hacer un esfuerzo no sólo de traducir lo más fielmente posible los intereses de quienes representan, sino que debe dar cabida al mayor número de posiciones que enriquezcan la discusión, sin excluir ninguna de ellas. En este sentido, también debe escuchar todas las voces y regular de modo distinto a quienes por sus características diferenciadas así lo ameriten. Es así que se ha legislado en algunos países (son ejemplos claros Bolivia, Guatemala, Colombia), siempre dentro de los procesos de reforma mencionados, normas que contemplan la diversidad cultural y que -en alguna medida- quiebran el orden jurídico monolítico permitiendo que se incorporen al mismo reglas que, evitando la discriminación, contemplan la existencia de esta diversidad.

Desde el Poder Judicial, la posibilidad de sentar jurisprudencia en casos paradigmáticos sobrepasa el ámbito estrictamente jurídico, creando conciencia de la importancia del respeto, la tolerancia y la no discriminación. Para ejemplificar, en el caso de Colombia, y a partir de la Constitución de 1991, la jurisprudencia constitucional ha sido rica y ha dejado establecida, a través de la interpretación, bases claras que indican claramente el contenido de sus normas en el caso de la diversidad étnica y cultural. De este modo, se establecen señales indubitables de cuáles son las medidas que pueden tomarse desde el interior del sistema judicial -caso colombiano- y que indican un avance frente a la discriminación y a la intolerancia.

3.3. Recepción de la diversidad por parte del Sistema Penal

En cuanto a la recepción del derecho indígena por parte del ordenamiento jurídico positivo -y más puntualmente por parte del sistema de administración de justicia penal- existen, al menos, tres caminos posibles:

1. El diseño de una ley especial, que articule dos jurisdicciones consideradas como independientes.
2. Incorporar en el articulado de las leyes sustantivas y adjetivas (en nuestro caso particular, el Código Penal y el Código de Procedimiento Penal) normas que respeten y regulen la relación entre grupos culturales diversos⁷.
3. Una vía intermedia, que incursiona en las dos alternativas mencionadas. De este modo se contempla la elaboración de una ley específica, a la vez que también se realiza una modificación del ordenamiento jurídico vigente.

Ambas vías mencionadas no son incompatibles, sino por el contrario cumplen la función de fortalecerse mutuamente. Si bien considero que lo deseable sería tomar las disposiciones de las Constituciones como operativas, y no requerir de una ley para que puedan hacerse efectivas, lo cierto es que las experiencias latinoamericanas demuestran la necesidad de una legislación puntual sobre el tema que nos ocupa. Por otra parte, es imprescindible adecuar los instrumentos jurídicos a la realidad que pretende regular, por lo que se imponen cambios en la normativa de cada Estado en particular.

Tal vez sea dentro del ámbito del sistema penal, en donde las diferencias y los conflictos se presentan más nítidamente. No sólo porque el derecho penal se encuentra fuertemente influenciado por determinadas valoraciones sociales (que al tratarse de cosmovisiones diferentes, son estas valoraciones las que agudizan dichas diferencias), sino porque es uno de los ámbitos más sensibles del ordenamiento jurídico, en donde la verdadera fuerza del Estado se hace ostensible, al considerarse que existe legitimidad para que infrinja una pena como consecuencia de una norma que lo disponga.

Normativamente, y a modo de ejemplo, en Bolivia la tercera alternativa expuesta ha sido la elegida. Por una parte, elaborar una ley (lo que actualmente configura un anteproyecto que aún no tiene trámite parlamentario) que coordine la interrelación recíproca entre ambas jurisdicciones. Por la otra, traducir las diferencias en el Código de Procedimiento Penal.

En cuanto al CPP boliviano⁸, sus normas disponen que existen modificaciones al procedimiento común en algunos casos específicos. El art. 391, dedicado a la diversidad cultural, prescribe que:

Cuando un miembro de un pueblo indígena o comunidad indígena o campesina sea imputado por la comisión de un delito y se lo deba procesar en la jurisdicción ordinaria, se observarán las normas ordinarias de este Código y las siguientes reglas especiales:

⁷ Un ejemplo de esta alternativa lo constituye el Código Penal peruano, que en su artículo 15 incorpora el "error de comprensión culturalmente condicionado".

⁸ El nuevo Código de Procedimiento Penal de Bolivia entró en vigencia el 1 de junio del corriente año

1. el fiscal durante la etapa preparatoria y el juez o tribunal durante el juicio serán asistidos por un perito especializado en cuestiones indígenas; el mismo que podrá participar en el debate; y,
2. antes de dictarse sentencia, el perito elaborará un dictamen que permita conocer con mayor profundidad los patrones de comportamiento referenciales del imputado a los efectos de fundamentar, atenuar o extinguir su responsabilidad penal; este dictamen deberá ser sustentando oralmente en el debate.

En cuanto a la extinción de la acción penal en el caso de aplicación del derecho indígena, el art. 28 dispone:

Se extinguirá la acción penal cuando el delito o la falta se cometa dentro de una comunidad indígena y campesina por uno de sus miembros en contra de otro y sus autoridades naturales hayan resuelto el conflicto conforme a su Derecho Consuetudinario Indígena, siempre que dicha resolución no sea contraria a los derechos fundamentales y garantías de las personas establecidos por la Constitución Política del Estado.

La Ley compatibilizará la aplicación del Derecho Consuetudinario Indígena.

En este caso en particular el derecho oficial recepta las particularidades culturales de los grupos étnicos, incorporando en el procedimiento común la participación de un perito que pueda dar cuenta de sus propias prácticas. Por otra parte, también el derecho oficial respeta la resolución de un conflicto producido en el seno de una comunidad indígena. La interacción entre ambos derechos queda así plasmado en las normas penales procedimentales, que reconocen claramente la existencia de una jurisdicción diferenciada.

Asimismo, en la provincia de Neuquén se elaboró el anteproyecto de Código Procesal Penal, que en su artículo 40 establece:

Cuando se trate de delitos que afecten bienes jurídicos propios de una comunidad indígena o bienes personales de alguno de sus miembros, y tanto el imputado como la víctima, o en su caso, sus familiares acepten el modo como la comunidad ha resuelto el conflicto conforme a su propio derecho consuetudinario, declarará la extinción de la acción penal.

En estos casos, cualquier miembro de la comunidad indígena podrá solicitar que así se declare ante el juez penal o el juez de paz en los casos que éste pueda intervenir.

Se excluyen los casos de homicidio doloso y los delitos agravados por el resultado muerte.

Cualquiera sea el camino elegido, el desafío de armonizar el ordenamiento jurídico no es menor, porque las diferentes normas son producto de cosmovisiones valorativas diversas. A pesar de las dificultades, es posible diseñar modos concretos de coordinación, que apunten a un respeto recíproco del modo de resolución de los conflictos. Siempre contemplando un común denominador, que no es otro que el respeto a los derechos humanos fundamentales.

Es por ello que una vez que se avanza en el camino del reconocimiento, el tema de los límites al ejercicio del derecho indígena es insoslayable. Constituye uno de los puntos más complejos de las discusiones, ya que involucra la admisión o no de la universalidad de ciertos valores que regirían sin hacer distinción de espacio, tiempo o culturas. En general existe consenso alrededor de la existencia de un límite que no puede ser traspasado, constituido por el pleno respeto de los derechos humanos fundamentales. La dificultad se presenta cuando se intenta conceptualizar lo que se entiende por derechos humanos fundamentales. Sin embargo, existe abundante material que desde las concepciones de derecho internacional aportan claridad al tema, y destacan un rasgo de humanidad común a todos los seres humanos, que no admite diferenciación en razón de raza, edad o religión.

Tal vez sea pertinente plantear la necesidad de iniciar un trabajo de resignificación de cierta concepción de los derechos humanos, que ha prestado poca atención a las posturas

indigenistas. Si bien en este trabajo defiende la importancia del respeto a los derechos humanos, no es posible pasar por alto que estos derechos humanos son definidos desde una "mirada occidental", que no profundiza sobre un paradigma intercultural, que es imperativo desarrollar para que el respeto hacia "el otro" sea genuino.

4. Conclusiones Preliminares: hacia un nuevo paradigma

Como ya ha sido consignado, los movimientos sociales han sido uno de los protagonistas de los procesos sociales. El Estado no ha concedido nada que no fuera el fruto del reclamo permanente que, desde distintos sectores, han presionado para que sus demandas sean escuchadas. Desde esta perspectiva, es posible afirmar que los procesos de renovación se han originado en la misma realidad para dar cauce a una renovación normativa, y obviamente teórica.

En este sentido, un derecho indígena en permanente vigencia, no escriturizado, absolutamente dinámico y en cambio constante, con un sistema de autoridades que goza de una profunda legitimidad en las comunidades, ha promovido la necesidad de una regulación que encuentre niveles de coordinación entre dos modos distintos de administrar justicia.

El pluralismo jurídico encuentra su raíz no en distinciones teóricas, sino por el contrario, en la imperiosa necesidad de dar respuestas. De este modo, se deja de lado la concepción monista del Estado, en donde se identifica al Estado con la nación, para admitir que puede existir un Estado con multiplicidad de naciones. También se produce una ruptura con la concepción clásica de que sólo el Poder Legislativo está legitimado para la producción de normas, y también se considera como legítimo la producción normativa ubicada en el seno de los pueblos indígenas, lo que -sin lugar a dudas- produce un cambio radical en la conformación de los Estados modernos.

En este sentido, el orden jurídico nacional no sólo se conforma ahora con las normas (generales o concretas) emitidas por las instancias mencionadas, sino también por las comunales. Se presenta, a nivel orgánico-estructural, la coexistencia de la jurisdicción oficial y la jurisdicción indígena, constituyendo esta última un fuero más dentro de los órganos de administración de justicia.

Es entonces que en el nivel fáctico se reconoce la existencia de diversidad, lo que implica la coexistencia de cosmovisiones distintas, de prácticas diversas, de culturas diferentes y lo que es crucial en el análisis de una justicia diferenciada: la existencia de intereses en conflicto. Es la propia realidad la que impulsa la necesidad de regulación de una convivencia que en muchos aspectos es forzada y no exenta de tensiones. Sólo con un tratamiento despojado de dobleces será factible alcanzar una unidad fundada en el respeto y la tolerancia de otros modos de vida.

En el nivel normativo es en donde se recepta la pluralidad. No se crea nada nuevo, sólo se reconoce lo ya existente. En la búsqueda del respeto a la diversidad, es que se integra el Estado con la Nación, encontrando vías de comunicación entre el derecho indígena y el derecho oficial, que no signifique la subordinación de uno a otro, sino por el contrario, la coexistencia armónica de múltiples sistemas jurídicos en un mismo ámbito, en donde uno de los pilares de genuinas democracias deliberativas sea el diálogo comprometido de los distintos actores que la componen.

Tomar en serio la protección de las minorías étnicas, entonces, es admitir la concepción de un Estado pluralista. Y construir un Estado pluralista es también aceptar el desafío que representa la existencia de pluralismo jurídico y las consecuencias que se derivan de él.