

JUSTICIA INTERCULTURAL. NORMAS Y CULTURAS EN UN MUNDO GLOBALIZADO

Francisco Colom González
Consejo Superior de Investigaciones Científicas (CSIC)

1. EL ANÁLISIS NORMATIVO DE LA CULTURA: LOS DÉFICITS DEL CONSTRUCTIVISMO.

El renacer de la filosofía política en el mundo anglosajón durante las últimas décadas suele atribuirse al interés despertado por los escritos de John Rawls sobre la teoría de la justicia.¹ Rawls atribuyó una filiación kantiana a su peculiar método filosófico, al que bautizó con el nombre de *constructivismo*. Este método consistía esencialmente en el diseño de un consenso regulador de la distribución de los recursos básicos de la sociedad sirviéndose de unos principios fundamentales: condiciones igualitarias de libertad y de posibilidad de acceso de los sujetos a las posiciones de poder, así como una disposición compensatoria de las desigualdades existentes. Suponiendo unos sujetos ignorantes de su propia ubicación en la estructura distributiva de su sociedad, tales principios se aplicarían a una serie creciente de contextos de elección para demostrar cómo, en virtud de su origen y reglas de derivación, comparten unas mismas cualidades normativas.² Rawls no se proponía con su trabajo, por tanto, identificar las concepciones de la justicia sostenidas por un grupo socialmente reconocible, ni tampoco desentrañar los factores que intervienen en la motivación de los sujetos o en la elaboración de sus juicios morales, sino establecer una serie de criterios válidos y defendibles sobre la justicia.

¹ John Rawls: *A theory of justice*, Oxford, Oxford University Press, 1971

² En las propias palabras de Rawls, “*la idea central [del constructivismo] consiste en establecer una conexión adecuada entre una particular concepción de la persona y unos primeros principios de justicia mediante un procedimiento de construcción*”. John Rawls: “Kantian Constructivism in Moral Theory: The Dewey Lectures”, en *Journal of Philosophy*, Vol. 77, No. 9 (1980), pg. 516

Las reacciones a la obra de Rawls dieron lugar al conocido debate académico entre posiciones filosóficas tildadas de *liberales* y *comunitarias*.³ En realidad, los bandos identificables en este debate venían a reproducir las pautas de otra disputa más antigua que, con distintos registros teóricos, se ha venido desarrollando desde la crítica de Hegel a los supuestos epistemológicos y morales del kantismo.⁴ En su versión contemporánea los elementos en liza remiten a un problema de fundamentación moral y de primacía ontológica entre lo *bueno* y lo *justo*. Desde la perspectiva *liberal* se ha mantenido que sólo bajo las garantías procedimentales de un criterio formal de justicia resulta posible alcanzar consensos políticos básicos en sociedades moralmente plurales como las modernas. A ello han objetado los *comunitarios* el sinsentido que supone tratar de distribuir bienes, reconocimiento y oportunidades de manera justa sin atender a los significados morales y culturales insertos en el tejido social de referencia. El problema no estribaría, pues, en la libertad de los individuos para asumir o determinar las normas que regulan su conducta, sino en los significados últimos que aportan sentido a la acción humana y, por ende, a cualquier conjunto de normas socialmente dadas.

Los términos de este debate se prolongaron hacia el terreno del *multiculturalismo* prácticamente bajo los mismos supuestos teóricos y con los mismos protagonistas intelectuales.⁵ Sin embargo, la inclusión de las *identidades* en una agenda filosófica nacida al calor de las reflexiones sobre la justicia supuso dar un giro de tuerca en la dimensión *trascendental* de la cultura, es decir, en las condiciones de posibilidad de la personalidad moral, inconcebible sin los atributos de autonomía, responsabilidad y capacidad de discernimiento que proporcionan las experiencias de socialización en el seno de unas estructuras culturales concretas. Pero someter las referencias de nuestra identidad a un escrutinio moral constituye una tarea muy distinta a la de asignar recursos y oportunidades de acuerdo con unos determinados criterios de justicia. Como es sabido, la *justicia distributiva* es una categoría de origen

³ Stephen Mulhall y Adam Swift: El individuo frente a la comunidad: el debate entre liberales y comunitaristas, Madrid, Ediciones Temas de Hoy, 1996.

⁴ Véase "El retorno de las metáforas comunitarias", en Francisco Colom González: Razones de identidad. Barcelona, Anthropos, 1998, Cap. 5

⁵ Cfr. Charles Taylor: Multiculturalism and "The politics of recognition". Princeton, Princeton University Press, 1992 y Will Kymlicka: Liberalism, Community and Culture. Oxford, Clarendon Press-New York. Oxford University Press, 1989

aristotélico cuyos principios sirven para orientar la asignación de recursos escasos, es decir, cuya disponibilidad es inferior a la demanda. Tales principios difieren en lo que respecta a los bienes sometidos a distribución, la naturaleza de los sujetos destinatarios y el criterio para realizar el reparto. Es evidente que numerosos bienes sociales no son de naturaleza distributiva, pues no son fungibles, pero no por ello son ajenos normativamente a los efectos de la distribución. Este es típicamente el caso de los conflictos y afrentas ligados a la identidad, como la discriminación, la marginación, los prejuicios, etc. Toda una vertiente de matriz hegeliana en la filosofía contemporánea se ha orientado en este terreno por el paradigma del *reconocimiento*, si bien es posible rastrear sus derivaciones en otros ámbitos, como el de la memoria, las reparaciones históricas y el daño moral en general.⁶ Se trata a grandes rasgos de una perspectiva guiada por los principios de la justicia compensatoria e interesada en la reparación moral y material de la dignidad herida.

No es sólo, pues, que las referencias de identidad se antepongan lógica y ontológicamente a cualquier criterio distributivo, reparatorio o compensatorio, ni que las identidades hayan de germinar y crecer en el seno de estructuras culturales viables, sino que una forma de identidad tan sólo se torna normativamente relevante cuando es humillada o deja de darse por supuesta. En ese caso, la posibilidad de argumentar moralmente sobre ella depende de su inclusión en un esquema espacio-temporal narrativamente desplegado. Nuestra identidad, por difusa o compleja que sea, ha advertido el propio Charles Taylor, no es algo que *tengamos*, sino lo que *somos*, y lo que entendemos que somos, podríamos añadir, necesariamente lo construimos mediante narraciones. La identidad es una forma de ser moralmente arraigada mediante la que nos situamos en el mundo e interpretamos nuestro lugar en él. Toda forma de identidad, ya sea individual o tenida por colectiva, se enfrenta en última instancia a la necesidad de explayarse narrativamente si desea cobrar un significado moral para los demás y para uno mismo. Como señaló

⁶ Las figuras filosóficas más fácilmente reconocibles en esta línea son el propio Charles Taylor: El multiculturalismo y "la política del reconocimiento", México, Fondo de Cultura Económica, 1993; Axel Honneth: La lucha por el reconocimiento: por una gramática moral de los conflictos sociales. Barcelona, Crítica, 1997. Merece también destacarse la idea de una *justicia anamnética* elaborada por Manuel Reyes Mate: La razón de los vencidos. Barcelona, Anthropos, 1991.

Paul Ricoeur, contamos historias porque las vidas humanas necesitan y merecen contarse: toda historia de sufrimiento clama venganza y pide narración.⁷

La ausencia de una perspectiva narratológica puede explicar por qué el debate guiado por la filosofía política de corte más analítico apenas ha permitido avanzar en el significado normativo atribuible a las referencias identitarias, más allá de la ponderación de los sustratos culturales del propio liberalismo y la defensa de una rígida correlación entre derechos y formas de identidad. Esa esterilidad se debe en parte a la hegemonía que ha cobrado en su ámbito el peculiar estilo constructivista que algunos han dado en denominar *rawlsianismo metodológico*.⁸ Desde esta perspectiva, conceptos como los de *cultura* o *identidad* se convierten en abstractos *bienes primarios* destinados a insertarse en una cadena argumentativa que combina la coherencia interna con el apoyo en intuiciones morales extraídas del sentido común. Por otro lado, resulta muy significativo que prácticamente ninguna voz autorizada desde la antropología haya terciado en el ya periclitado debate sobre el *multiculturalismo*.

Por lo demás, si bien la línea de argumentación de liberales y comunitarios se desarrolló fundamentalmente en el terreno de la filosofía política, sus derivaciones para la teoría jurídica y la sociología del derecho son evidentes. Concretamente, la intuición de que los principios de justicia deben contar con la aquiescencia de quienes se someten a ellos y en alguna medida pueden restañar las heridas morales abre la puerta, como en seguida veremos, para explorar los confines culturales en los que se inscriben. Esta es una tarea para la que ni el constructivismo moral de corte rawlsiano ni el positivismo jurídico se encuentran bien equipados. Ambas perspectivas comparten el rechazo a considerar las formas sociales de vida como fuente de autoridad normativa. En ellas podemos encontrar asimismo una concepción jerárquica del sistema de normas, ya sea en la forma de una gradación cualitativa de los consensos posibles –desde un *consenso constitucional* a un mero *modus vivendi*- o en la

⁷ Paul Ricoeur: *Tiempo y narración*, Madrid, Ediciones Cristiandad, 1987 (Vol. I), pg. 150

⁸ Pablo da Silveira y Wayne Norman: “Rawlsianismo metodológico: una introducción a la metodología dominante en la filosofía anglosajona contemporánea”, *Revista Internacional de Filosofía Política* N° 5/1995, pp. 125-52

distinción entre reglas primarias y secundarias.⁹ Si se acepta, por el contrario, que los ordenamientos legales son una codificación jurídico-política de prácticas morales socialmente vivas y que los principios de justicia no son abstractos códigos de normas, sino lo que unos agentes sociales oficialmente autorizados practican, podremos entonces reconocer la naturaleza policéntrica de numerosos sistemas jurídicos y la heterogeneidad de su eficacia normativa. Esto nos lleva a uno de los retos fundamentales del *pluralismo jurídico*: la posibilidad de interpretar las normas atravesando los confines culturales de los sistemas de leyes.

2. NORMAS VIVAS: LAS FUENTES DE LA OBLIGACIÓN MORAL.

El *pluralismo jurídico* puede interpretarse como un hecho social o como una corriente en la teoría jurídica contemporánea. En el primer sentido se refiere sencillamente a la inexistencia en una sociedad concreta de una fuente única y homogénea de autoridad jurídica, ya sea por la incapacidad política del Estado para imponerla –como es el caso de numerosos países del Tercer Mundo, donde el derecho consuetudinario de algunas minorías indígenas coexiste con el derecho positivo del Estado- o por la coexistencia organizada de dos o más sistemas jurídicos –como en Canadá, donde el derecho común de origen británico y el derecho civil de origen francés conviven sobre un principio territorial, o en numerosos países musulmanes, donde existe una articulación jurisdiccional entre el derecho islámico y el derecho positivo.¹⁰ El grado en que estos distintos órdenes legales pueden llegar a reconocerse entre sí es variable y depende de múltiples circunstancias. Como perspectiva teórica, el pluralismo jurídico asume el paralelismo y el carácter a menudo contradictorio de las legitimaciones que subyacen a las normas legales. Su premisa básica es que *“la noción de ‘ley’ no debe limitarse al derecho público, internacional y transnacional, sino que hay que ampliarlo para referirse a todas aquellas concepciones cognitivas y normativas objetivadas cuya vigencia se hace valer*

⁹ Véase, respectivamente, John Rawls: Liberalismo político, Barcelona, Crítica, 1996 y Herbert L. A. Hart: El concepto de derecho, Buenos Aires, Abeledo-Perrot, 1990.

¹⁰ Baudoin Dupret, Maurits Berger, Laila al-Zwaini: Legal pluralism in the Arab World, The Hague, Kluwer Law International, 1999.

con autoridad en el seno de una formación social dada”.¹¹ Los registros epistemológicos de esta consideración sociológica y antropológica del derecho se encuentran muy próximos a los planteamientos del comunitarismo filosófico.¹²

Eugen Ehrlich, uno de los padres de la sociología jurídica y testigo de la inextricable complejidad cultural del Imperio Austro-Húngaro, introdujo a comienzos del siglo XX la noción de *derecho vivo* (*lebendes Recht*) para criticar la perspectiva jurisprudencial clásica de su tiempo, que se limitaba al estudio de las codificaciones jurídicas e ignoraba la riqueza de las tradiciones legales que las subyacían. En su trabajo de campo sobre las normas que regulaban el matrimonio y la herencia en su región natal de Bucovina, Ehrlich descubrió que junto al poder legislativo y judicial ubicado en Viena existía un derecho consuetudinario independiente tanto o más importante que aquellos. Este derecho procedía de la práctica continuada, era socialmente aceptado y funcionaba de forma paralela, y no necesariamente contradictoria, al derecho estatal.¹³ En última instancia Ehrlich trató de mostrar la íntima relación existente entre normas sociales y legales: los derechos y las obligaciones vendrían marcados por normas de conducta, no por un abstracto imperativo legal.¹⁴ Así pues, para ganar una perspectiva histórica sobre el funcionamiento de un determinado sistema legal, el jurista debía buscar las raíces de las leyes coetáneas en las leyes pretéritas.

¹¹ Franz y Keebet von Benda-Beckmann: “The Dynamics of Change and Continuity in Plural Legal Orders”, en *The Journal of Legal Pluralism and Unofficial Law*, Nr. 53-54/2006, pg 1.

¹² Véase, por ejemplo, Hanne Petersen y Henrik Zahle: Legal Polycentricity: Consequences of Pluralism in Law. Dartmouth, Aldershot, 1995; Leon Sheleff: The Future of Tradition. Customary Law, Common Law and Legal Pluralism. London, Frank Cass, 2000

¹³ Eugen Ehrlich: Grundlegung der Soziologie des Rechts, München-Leipzig, Duncker & Humblot, 1913.

¹⁴ “Las normas que, por sí mismas, las personas que viven en comunidad consideran vinculantes son el derecho vivo. Tales normas constituyen un ordenamiento legal en la misma medida que las normas recogidas en los códigos jurídicos. La diferencia estriba en que las primeras cobran validez por la acción voluntaria de las partes, mientras que las segundas deben en gran medida hacerse valer mediante los juzgados y las autoridades públicas”. Eugen Ehrlich: Gesetz und lebendes Recht. Vermischte kleinere Schriften (ed. por Manfred Rehbinder), Berlin, Duncker & Humblot (Schriftenreihe zur Rechtssoziologie und Rechtstatsachenforschung; Bd. 61), 1986, pg. 233

Las tesis de Ehrlich fueron vehementemente criticadas por Hans Kelsen y el positivismo jurídico. Desde su concepción del derecho como una jerarquía unificada, la costumbre tan sólo podía convertirse en ley si podía retrotraerse a una *norma básica* o a una *regla de reconocimiento* sobre su origen y modo de creación. Posteriormente, en los años setenta del pasado siglo, la teoría de Ehrlich fue redescubierta por los antropólogos del derecho, quienes la aplicaron al estudio de los sistemas legales de las sociedades y modernas.¹⁵ A partir de ahí prendió un debate sobre la naturaleza de los distintos tipos de normas y sobre la interacción de los sistemas normativos que coexisten en una misma sociedad, de los que el ordenamiento jurídico estatal sería tan sólo uno de ellos. Desde esta perspectiva, lo importante del derecho no sería tanto su articulación coherente en normas primarias y secundarias sino la permanente negociación de su validez en los distintos ámbitos sociales, así como la forma de aplicarlas, evadirlas o asimilarlas a otros sistemas normativos.¹⁶

Si intentamos traer la evidencia empírica del pluralismo jurídico al terreno filosófico, la hermenéutica moral desarrollada por Michael Walzer con su idea de las *esferas de la justicia* constituye un útil instrumento heurístico.¹⁷ Como es sabido, Walzer descartó la existencia de principios universales de justicia. En su trabajo se apoyó por el contrario en la interpretación de las instituciones y prácticas de una sociedad dada y en las creencias de sus miembros sobre las mismas. La justicia es entendida así como un constructo social y cultural generado en el seno de cada comunidad política durante un período determinado de tiempo. Según este enfoque, la eficacia social de un esquema de justicia depende de un contexto de significados intersubjetivamente compartidos (*common understandings*) sin los cuales la asignación de bienes resulta ininteligible o es vivida como una arbitrariedad. Lo que desde una perspectiva filosófica se presenta como una apuesta metodológica, antropológicamente constituye una evidencia: el intento de aplicar unos criterios de justicia ajenos al *mundo de vida* en el que deben operar y cobrar

¹⁵ Leopold Pospisil: Anthropology of Law: a Comparative Theory. New Haven, 1972

¹⁶ Sally Falk Moore: Law as Process: an Anthropological Approach, London, Routledge & Kegan Paul, 1978.

¹⁷ Michael Walzer: Las esferas de la justicia: una defensa del pluralismo y la igualdad. México, Fondo Cultura Económica, 1993

sentido los torna estériles, esto es, incapaces de aportar los rendimientos de integración subjetiva y regulación social que se les supone como tales.¹⁸

Walzer fue más allá al mantener la irreductible heterogeneidad de los bienes sociales y la autonomía de los criterios de distribución que constituyen la materia de la justicia. Defendió, no obstante, la existencia de un fuerte vínculo entre el significado de los distintos bienes y sus correspondientes principios regulativos. Un caso extremo sería el de bienes como el amor, la gracia divina o el reconocimiento, cuya distribución por criterios ajenos a los que les son inherentes supondría una contradicción en los términos. En otros casos se avino a reconocer que el nexo entre bienes y principios de justicia no es estrictamente conceptual, sino más bien fruto de interpretaciones sociales, de manera que existe entre los individuos una tendencia preponderante a asociar determinados bienes con unos criterios distributivos concretos. Por emplear su terminología, cada uno de los ámbitos normativos delimitados por un tipo de bien constituiría una *esfera* de la justicia. El planteamiento de Walzer es pues pluralista tanto en el plano epistemológico como en el normativo: la justicia es lo que los miembros de una particular comunidad creen que es justo. Criticar desde fuera de una comunidad la vigencia de unos determinados criterios de justicia resultaría incoherente e inapropiado, pues la justicia sólo tiene sentido en un marco de significados compartidos. Dentro de ese marco, la *invasión* de unas esferas de justicia por principios regulativos que son propios de esferas distintas constituye una contravención moral. Esto explicaría por qué algunas reparaciones no hacen sino agravar el daño de quienes las reciben o determinados criterios de justicia son vividos como injustos o ininteligibles al traspasar los contextos históricos y culturales en que se originaron. La fórmula ideal de equilibrio a la que apuntaba este esquema remitía a una situación de *igualdad compleja*: un diseño social que permite a los individuos perseguir sus intereses y desarrollar sus capacidades en las distintas esferas distributivas, pero les impide trasladar a otras esferas la ventaja ganada en cada una de ellas, bloqueando así potenciales situaciones monopólicas de dominación.

¹⁸ Cfr. Simon Roberts: Order and dispute: an introduction to Legal Anthropology, New York, Penguin, 1979, Caps. 3 y 4

Las críticas a los planteamientos de Walzer fueron numerosas. Entre ellas destacan las que aluden a los vínculos establecidos entre bienes sociales y principios distributivos o a su identificación de la comunidad moral con la comunidad política, cuando existe de hecho una amplia y variada moralidad compartida por un universo de personas que no pertenecen a un mismo *demos*. En cualquier caso, las ideas de Walzer son tan sólo un recurso teórico para abordar la posibilidad de *traducción cultural* de los principios justicia. El problema de una teoría como la de Walzer estriba precisamente en que no ofrece explicación alguna sobre la dinámica de los significados socialmente compartidos, además de quedar expuesta al irresoluble debate entre objetivistas y relativistas morales, unas aguas en las que ha intentado nadar y guardar la ropa mediante el recurso a *mínimos* y *máximos* en la densidad de nuestras convicciones morales.¹⁹ Lo cierto es que las *esferas* de la justicia no sólo vienen delimitadas por los criterios regulativos de sus bienes, sino también y preponderantemente, como muestra la antropología jurídica, por los contextos culturales, sociales e institucionales en los que han de aplicarse.

Constituye una evidencia que las demandas de reconocimiento político y cultural de las minorías sociales son hoy en día más fuertes que nunca. El ingenuo universalismo eurocéntrico imaginado por la Ilustración ha dado paso a nuevas formas de particularismo moral que han buscado su justificación en la equidad social y en la reparación de pasados abusos. Si bien la pregunta por la universalidad de los valores morales constituye la piedra de toque de la conciencia occidental desde que a finales del Medioevo se vio abocada al encuentro antropológico con el *otro*, lo cierto es que la cuestión se planteó siempre en términos de hegemonía cultural: como evangelización del pagano primero, como progreso y civilización frente a la *barbarie* después y como exportación de la democracia o del socialismo en el último siglo. Los actuales movimientos indígenas americanos, por ejemplo, han recordado que los procesos forzados de aculturación a los que se les sometió desde el siglo XIX buscaron su legitimidad en los supuestos efectos benéficos que la pertenencia a una sociedad nacional, la propiedad privada de la tierra y el disfrute de los derechos de ciudadanía habrían de reportarles a sus sujetos. No se trataba

¹⁹ Michael Walzer: Moralidad en el ámbito local e internacional. Madrid, Alianza, 1996.

meramente, pues, de reprimir a los indígenas y desposeerlos de sus medios de vida, sino de presionarlos para que asumiesen una nueva identidad y forma de vida funcionales para el Estado moderno.²⁰ Como es sabido, el resultado de este proceso de aculturación se saldó frecuentemente con la desvertebración social de sus comunidades y con experiencias de anomia cultural entre sus miembros. Inversamente, la vitalidad de los movimientos neindigenistas en la actualidad tiene poco que ver con el resurgir de identidades ancestrales y bastante más con los procesos etnogenéticos directa o colateralmente activados por los procesos de modernización.

Las demandas de reconocimiento de los particularismos se han tornado tan perturbadoras para la imaginación homogénea del *orden moderno* por el hecho de que no se trata ya sólo de las minorías indígenas o de los viejos irredentismos nacionalistas quienes las protagonizan, sino de un fenómeno impulsado por la propia globalización de los procesos legislativos. Como ha advertido Klaus Günther, *“la mayoría de los debates académicos y políticos sobre el derecho se guían todavía por el concepto de un orden legal nacional, con una legislación centralizada y pública, un poder ejecutivo sometido a la ley y responsable ante el pueblo soberano y una judicatura relativamente autónoma comprometida con la gestión de un sistema legal legítimo”*. Sin embargo, con la proliferación de actores públicos y privados en procesos legislativos de orden intra-, inter- y supranacional, *“el concepto uniforme del derecho ya no puede mantenerse. En su lugar, la teoría jurídica debe lidiar con muy diversos sistemas normativos. La noción positivista de un único sistema jurídico, lógicamente ordenado y jerárquicamente diferenciado, se transforma en una pluralidad de regímenes jurídicos. El hecho del pluralismo jurídico*

²⁰ Resulta por lo demás interesante comparar las similitudes y diferencias de este proceso en el hemisferio norte y sur del continente. Véase, por ejemplo, Wilbur Jacobs: *Dispossessing the American Indian. Indians and whites on the colonial frontier* y New York, Scribner, 1972, y John Kicza (ed.): *The Indian in Latin American history: resistance, resilience and acculturation*. Wilmington, SR Books, 2000. Para un contraste entre las teorías tomistas y lockeanas sobre los títulos indígenas en el Nuevo Mundo, véase Anthony Paguen: “Dispossessing the Barbarian: the Language of Spanish Thomism and the Debate over the Property Rights of the American Indians”, en Anthony Paguen (ed.): *The Languages of Political Theory in early-Modern Europe*, Cambridge, Cambridge University Press, 1987, pp. 79-98. Para una visión de conjunto sobre la inserción de los pueblos indígenas en la estructura del Estado nacional en Latinoamérica, cfr. Florencia E. Mallon: “Indian Communities, Political Cultures and the State in Latin America (1780-1990)”, en *Journal of Latin American Studies*, Vol. 24 (1992), pp. 35-53.

parece convertir la idea de un sistema legal unificado en una mera ficción”. Su lugar está siendo ocupado cada vez más por “áreas fragmentadas de auto-regulación, practicadas por actores generadores de normas que se han dado ese poder a sí mismos y promulgan leyes con distinto grado de generalidad y alcance”.²¹

Al realizar este diagnóstico Günther no tenía en mente las nuevas minorías étno-culturales creadas por los procesos migratorios, sino organismos supranacionales con capacidad legislativa *de iure* o *de facto*, como la Unión Europea, la Organización Internacional de Comercio, el Banco Mundial o el Fondo Monetario Internacional, y también organizaciones no gubernamentales con poder de presión, como Amnistía Internacional, Greenpeace o Human Rights Watch. Para Günther son precisamente actores no estatales, carentes por tanto de autorización pública y legitimidad política, los elementos con mayor capacidad de influencia en el emergente derecho transnacional. Pero lo cierto es que esos mismos procesos han jugado en favor del reconocimiento de diversas formas de pluralismo jurídico entre grupos indígenas del Tercer Mundo y entre algunas comunidades de inmigrantes en las sociedades occidentales.

3. PLURALISMO JURÍDICO Y MINORÍAS ÉTNICAS.

Uno de los rasgos más sorprendentes de los movimientos indígenas contemporáneos en el continente americano ha sido la rapidez con que han logrado organizarse y presentarse como actores legitimados en la escena política internacional. Esta trayectoria puede compararse con la evolución en la propia legislación sobre derechos de los indígenas. Así, es notable el trecho recorrido desde el abstracto individualismo de la *Declaración Universal de Derechos Humanos* de 1948 hasta el reconocimiento de su derecho colectivo a la autodeterminación y a la supervivencia social y cultural en el *Proyecto de Declaración de las Naciones Unidas sobre los Derechos de los Pueblos Indígenas* de 1994.²² En el terreno político, los movimientos indígenas han

²¹ Klaus Günther: “Legal Pluralism and the Universal Code of Legality: Globalisation as a Problem of Legal Theory”. New York Univ. School of Law, Colloquium in Legal, Political and Social Philosophy <http://www.law.nyu.edu/clppt/program2003/readings/gunther.pdf>, pp. 1 y 3.

²² Otros hitos importantes en esa trayectoria fueron el Convenio Nr. 169 de la *Organización Internacional del Trabajo sobre pueblos indígenas y tribales en países independientes* (1989) y

conseguido convertirse durante este tiempo en interlocutores de reformas constitucionales (México), en negociadores de procesos de descentralización administrativa (Canadá) e incluso han provocado la caída de gobiernos nacionales (Bolivia). El resultado más palpable de este nuevo activismo indígena se ha reflejado, no obstante, en el plano jurídico. En clara ruptura con su tradición constitucional, casi la totalidad de los países latinoamericanos, además de Canadá, reconocen en la actualidad la naturaleza pluriétnica y multicultural de sus sociedades.²³ Este reconocimiento ha tenido como consecuencia la progresiva consolidación de formas de pluralismo jurídico que sancionan lo que venía siendo una situación de hecho: la pervivencia de los usos y costumbres en la autogestión de numerosas comunidades nativas. Por lo general, los movimientos en favor de la justicia indígena en América latina están terciados por el deseo de sus pueblos de ejercer un mayor control sobre las disputas internas y por lo que perciben como una incompetencia del Estado en la resolución de los conflictos.

Muy distinto es el caso canadiense, donde lo que está en juego no son las capacidades estatales, sino la conciencia de la marginación socioeconómica de los indígenas y su renovado papel político tras la reforma constitucional de 1982.²⁴ Pero hay que añadir que las *primeras naciones* no han sido los únicos actores que han presionado para la introducción del pluralismo jurídico en el sistema judicial canadiense. Las garantías al multiculturalismo recogidas en la Carta de Derechos y Libertades que sirve de preámbulo a la Constitución han sido utilizadas por algunos grupos religiosos para presionar en favor del reconocimiento de tribunales confesionales de arbitraje familiar. Desde el siglo XIX existía en las provincias anglófonas del país la posibilidad para los grupos

la *Declaración de las Naciones Unidas sobre los derechos de las personas pertenecientes a minorías nacionales o étnicas, religiosas y lingüísticas* (1992). Para un análisis jurídico de ese proceso en su conjunto, cfr. Patrick Thornberry: *Indigenous Peoples and Human Rights*. Manchester, Manchester University Press, 2002.

²³ Cfr. Donna Lee Van Cott: *The friendly liquidation of the past: the politics of diversity in Latin America*. Pittsburgh, University of Pittsburgh Press, 2000 y Alan Cairns: *Citizens plus: aboriginal peoples and the Canadian state*. Vancouver, UBC Press, 2000.

²⁴ Ambas dimensiones están claramente reflejadas en el voluminoso informe de 1996 de la Real Comisión sobre los Pueblos Indígenas. El informe recomendaba el inicio de una “*nueva relación*” entre Canadá y sus pueblos indígenas basada en su reconocimiento como “*naciones autónomas con un lugar único en el país*”. Canada. Royal Commission on Aboriginal Peoples: *Report of the Royal Commission on Aboriginal Peoples* (5 Vols.). Ottawa, The Commission, 1996.

cristianos y judíos de recurrir privadamente al arbitraje religioso en asuntos de familia. En octubre de 2003 una asociación musulmana, el Instituto Islámico de Justicia Civil, declaró su propósito de crear un tribunal islámico para aplicar la *sharia* a los musulmanes de Ontario en materias de derecho de familiar sobre un principio de voluntariedad. Como reacción al fuerte debate generado, el Consejero de Justicia de la provincia encargó a Marion Boyd, una asesora legal independiente, un informe sobre el uso del arbitraje. La preocupación estribaba en que este mecanismo se convirtiera en un ghetto judicial para los miembros más vulnerables de la sociedad, fundamentalmente mujeres recién inmigradas y grupos etno-religiosos marginados. El informe concluyó que “*Canadá es una sociedad multicultural en la que la tensión fundamental que ha de resolverse se sitúa entre el respeto a los grupos minoritarios y el respeto a los derechos individuales de los integrantes de esas minorías*”, pero no excluía la posibilidad del arbitraje religioso en casos de divorcio y herencia, siempre y cuando la promoción de vías alternativas de resolución de conflictos para las minorías se equilibrase mediante “un firme compromiso con la autonomía individual”.²⁵

En el Reino Unido, unas recientes declaraciones del arzobispo de Canterbury sobre la supuesta inevitabilidad de acomodar la *sharia* -el sistema legal islámico- en la legislación británica levantaron un gran revuelo. Como en otros países occidentales, en Gran Bretaña existen numerosas subculturas cuyos miembros han decidido regular su comportamiento en materia de dieta, status marital y sucesiones por una serie de normas auto-impuestas que difieren notablemente de las del resto de la sociedad. Lo que el arzobispo sugirió fue la posibilidad de reconocer una *jurisdicción plural* para que los musulmanes decidiesen libremente si resolver las disputas con sus correligionarios en una corte británica o a través de instituciones islámicas de arbitraje. Como se apresuró a añadir el Consejo Musulmán de Gran Bretaña, esa posibilidad tan sólo equipararía a los musulmanes con otras comunidades religiosas, como la judía, que disponen de sus propias instituciones para arbitrar disputas civiles e interpretar reglas y rituales. Los *Battei Din* o tribunales rabínicos existen en el

²⁵ Marion Boyd: Dispute Resolution in Family Law: Protecting Choice, Promoting Inclusion – Executive Summary, December 2004
<<http://www.attorneygeneral.jus.gov.on.ca/english/about/pubs/boyd/executivesummary.pdf>>

Reino Unido desde hace siglos, pero al amparo de una *zona gris* en el sistema jurídico han proliferado durante los últimos años toda una serie de prácticas informales de arbitraje islámico que, aunque no reconocidas como tribunales, son utilizadas como referencia autorizada por muchos musulmanes para la resolución de divorcios y herencias. La particularidad del caso británico estriba en que su sistema de derecho común reconoce la posibilidad de que dos partes consientan designar a una tercera para que arbitre una disputa, en este caso una institución religiosa. Lo único que se exige es que las partes implicadas *“libre y voluntariamente acuerden someterse a la jurisdicción y gestionen el procedimiento de forma justa y adecuada”*. Dadas esas condiciones, los resultados del arbitraje son vinculantes. Una cuestión diferente es que esas prácticas pretendan suplantar a los tribunales civiles o se aparten de la legislación británica. Pero más allá de la dimensión estrictamente jurídica, la preocupación alude a que las personas que participen de semejantes subculturas (particularmente las más vulnerables, como mujeres inmigrantes y niños) tengan el derecho y la posibilidad efectiva de salir de ellas y moverse en otros entornos culturales.

Ejemplos como éstos obligan a plantearnos por qué la relación entre sujetos y culturas no es contingente o aleatoria, sino que afecta de forma central a la formación de la conciencia moral, a la autoestima y a la identidad de los individuos. Una posible respuesta apunta precisamente al discernimiento moral que se desarrolla mediante el ejercicio competente de las capacidades sociales en el seno de unas redes de significados compartidos. Semejante competencia presupone una mínima familiaridad con los símbolos, valores y normas que definen culturalmente un perímetro de interacción social. La relación entre normas, significados culturales y competencias morales remite, pues, a la funcionalidad reguladora de los sistemas normativos y permite plantear posibles equivalencias en sus rendimientos. No se trata de afirmar que todos los sistemas de normas sean naturalmente compatibles entre sí ni que cumplan exactamente las mismas funciones, sino de advertir más bien que todos ellos deben dar respuesta a unos mínimos imperativos de regulación, particularmente en materias propias de la justicia distributiva y compensatoria. Es en esa función regulativa y en las competencias prácticas de los sujetos

implicados en ella donde podemos vislumbrar la hipotética compatibilidad de normas y principios más allá de sus sistemas originales de referencia.

Evidentemente, una dialéctica intercultural inspirada en valores universalistas debe plantearse una jerarquía axiológica en las reglas de interlocución y reconocimiento recíproco si no desea quedar atrapada en los dilemas del relativismo moral. Esta es, en todo caso, una prevención que hay que dirigir también contra el universalismo abstracto que confunde las declaraciones de derechos con la etnografía. La gestión de la diversidad cultural constituye un terreno que no puede quedar abandonado a la pugna entre etnomaniacos y jacobinos, sino intentar abrirse a una *modernidad reflexiva*, esto es, capaz de volver con criterios autocorrectivos sobre las dinámicas que la impulsan. Se trata, pues, de formular propuestas de análisis social capaces de identificar referencias pragmáticas para la conciliación de orientaciones morales dispares, pero no por ello inconexas o contradictorias, en contextos institucionalizados de diversidad cultural. Por particularista que se reivindique el discurso de algunos de los actores de la política de la diversidad, sus referencias normativas no se encuentran encapsuladas en el tiempo ni en el espacio. Todos ellos se sirven, por ejemplo, del lenguaje de los *derechos*, aunque en algunos casos lo hacen para restringir o matizar la presunta universalidad de aquellos proclamados en nombre del género humano.

Klaus Günther ha concebido esa tarea como la construcción de un metalenguaje legal, al que denomina *código universal de legalidad*, penetrado por la experiencia histórica y con principios y reglas jurídicas básicas, como las nociones de *derechos*, *debido proceso*, *sanción* o *competencia*.²⁶ Ese código exigiría su interpretación mediante procedimientos institucionalizados que garanticen los requisitos mínimos de autodeterminación democrática: el derecho a cambiar papeles entre el autor y el destinatario de las normas, la transparencia de los procesos de opinión y formación de la voluntad, igual acceso a los procedimientos legales y derechos igualitarios de participación para terceras partes. Esta estilización parecería retrotraernos a los criterios formales del viejo *constructivismo* rawlsiano. Sin embargo, existen algunos

²⁶ Op. Cit., pg. 11

procesos de innovación jurídico-cultural que aportan sugerentes perspectivas sobre la posible materialización de tales criterios. Tal es el caso de algunas experiencias del *derecho indígena*, tal y como se ha sido sedimentando institucional y políticamente en diversos países americanos, y de las reivindicaciones igualitarias de lo que se ha definido como *feminismo islámico*, un capítulo sin duda menos conocido de ese universo religioso que sus corrientes fundamentalistas. Lo relevante de ambos ejemplos no estriba sólo en que se trata de prácticas y discursos articulados desde la particularidad étnica o religiosa que han mostrado ser capaces de incorporar argumentos ajenos a sus ámbitos de referencia cultural, sino que lo han hecho para reinterpretar con criterios actualizados el sentido otorgado a sus propias tradiciones.

La autonomía jurídica de los pueblos indígenas se encuentra recogida en el Convenio 169 de la Organización Internacional del Trabajo y, de forma más explícita, en el Artículo 34 de la *Declaración de las Naciones Unidas sobre los Derechos de los Pueblos Indígenas*.²⁷ En la mayoría de los casos, sin embargo, la conciliación entre el derecho positivo y el derecho consuetudinario indígena sigue estando por articular, y no sólo por razones políticas o administrativas. Uno de los asuntos más controvertidos atañe a la compatibilidad de la jurisdicción indígena con los derechos humanos e individuales recogidos en las distintas constituciones nacionales. De hecho, uno de los obstáculos que lastró el avance de la citada *Declaración* en la Comisión de Derechos Humanos de las Naciones Unidas residía en las objeciones de algunos gobiernos al principio de autodeterminación y su preocupación por que sus artículos sobre derechos

²⁷ El Artículo 8.2 del Convenio 169 de la O.I.T. proclama que “[Los pueblos indígenas] *deberán tener el derecho de conservar sus costumbres e instituciones propias, siempre que éstas no sean incompatibles con los derechos fundamentales definidos por el sistema jurídico nacional ni con los derechos humanos internacionalmente reconocidos. Siempre que sea necesario, deberán establecerse procedimientos para solucionar los conflictos que puedan surgir en la aplicación de este principio*”. En esta misma línea, el Artículo 9.1 estipula que “*En la medida en que ello sea compatible con el sistema jurídico nacional y los derechos humanos internacionalmente reconocidos, deberán respetarse los métodos a los que los pueblos interesados recurren tradicionalmente para la represión de los delitos cometidos por sus miembros*”. Por su parte, el Artículo 34 de la *Declaración sobre los Derechos de los Pueblos Indígenas* menciona su “*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*”.

colectivos abran una brecha en la normativa consolidada sobre derechos individuales.

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

Los problemas de encaje entre el derecho consuetudinario indígena y el derecho positivo de sus respectivos Estados son múltiples y serios. Particularmente relevante es la tensión entre ámbitos jurisdiccionales, sobre todo cuando los implicados en un delito no son indígenas o, siéndolo, sus actos tuvieron lugar fuera de la comunidad, ya que es apreciable una tendencia entre los pueblos indios a interpretar la jurisdicción indígena como un atributo personal ligado a la pertenencia étnica y no en términos estrictos de autogobierno comunitario. Sin embargo, mientras que en países como Ecuador la justicia indígena intenta en buena medida suplir al derecho positivo y evitar el acceso de sus sujetos al sistema jurídico nacional, en Colombia se ha

desarrollado toda una jurisprudencia que persigue establecer los términos de conciliación entre ambas esferas.²⁸

La sentencia T-349/96 de la Corte Constitucional de Colombia resulta de especial interés en el asunto que aquí nos ocupa, ya que fue uno de los fallos a través de los cuales se buscó establecer los alcances y límites del fuero indígena constitucionalmente reconocido. Se trataba de la demanda contra la Asamblea General de Cabildos Indígenas de la región Chamí y el Cabildo Mayor Único por un nativo embera-chamí acusado de asesinato en su comunidad, que lo había condenado a veinte años de prisión tras juzgarlo en ausencia por el sistema local de usos y costumbres. El demandante solicitaba la tutela de la Corte por considerar transgredidos sus derechos al debido proceso, a la defensa, a la vida y a la integridad física consagrados en la Constitución colombiana. En la ponderación de los principios constitucionales sobre protección de la diversidad cultural, por un lado, y de derechos individuales por otro, el magistrado ponente -Carlos Gaviria Díaz- declaró acogerse a una versión de la regla *maximin* como criterio interpretativo: la maximización de la autonomía de las comunidades indígenas y la minimización de sus restricciones a las indispensables para salvaguardar intereses de superior jerarquía, identificando por tales el derecho a la vida, la prohibición de la esclavitud y la tortura y la legalidad de los procedimientos, los delitos y las penas, pues, concluía el ponente, “*únicamente respecto de ellos puede predicarse la existencia de un verdadero consenso intercultural*”.

Lo que resulta particularmente interesante de esta sentencia es su esfuerzo por interpretar desde el derecho positivo una equivalencia en el sistema de usos y costumbres a los bienes jurídicos cuya protección aquél promueve. Así, la noción de *debido proceso*, extraña a la mentalidad embera-chamí, encontraría según el magistrado ponente una equivalencia en la obligación de las autoridades indígenas a actuar conforme lo habían hecho en el pasado -es

²⁸ Para un estudio antropológico de las experiencias de justicia indígena en Ecuador, cfr. Fernando García: Formas indígenas de administrar justicia. Estudios de caso de la nacionalidad quichua ecuatoriana. Quito, FLACSO, 2002. Sobre la jurisprudencia colombiana, véase Esther Sánchez Botero-Isabel Cristina Jaramillo Sierra: La jurisdicción especial indígena. Bogotá, Procuraduría General de la Nación- Procuraduría Delegada para Minorías Étnicas 2001.

decir, con fundamento en las tradiciones que mantienen la cohesión social- y en el repudio comunitario a los abusos de autoridad, lo que implicaría una censura de la arbitrariedad, que es precisamente “*la finalidad que persigue el debido proceso*”. Otro tanto cabría afirmar del derecho de defensa del acusado, quien aun estando ausente de su propio juicio habría gozado de un sucedáneo válido en la representación de sus intereses por parte de sus parientes.

Es preciso señalar que dos de los magistrados declararon insuficientes en su voto privado las garantías para la defensa del acusado en el procedimiento seguido. De hecho, la sentencia admitió la tutela del demandante en lo referido a la violación del principio de legalidad de la pena y conminaba a la Asamblea General de Cabildos a juzgarlo nuevamente según sus prácticas tradicionales o bien a remitirlo al sistema judicial ordinario. Aun así, la Corte Suprema colombiana fue capaz de reconocer algunos de los bienes protegidos por las prácticas jurídicas indígenas, pese a que el derecho positivo no asume en sus efectos compensatorios la preservación de una identidad colectiva o la restauración de un orden sustantivo.

4. FEMINISMO ISLÁMICO, O LA POSTMODERNIDAD TRADICIONAL.

Un ejemplo muy distinto de transacción normativa entre ámbitos culturales heterogéneos podemos encontrarlo en algunas corrientes del feminismo islámico contemporáneo. Se trata de una corriente de naturaleza esencialmente intelectual dotada de un discurso moderno sobre los derechos de la mujer y con ramificaciones prácticas en el activismo cívico y cultural de numerosos países musulmanes.²⁹ Como era de esperar, no se ha visto libre de críticas que denuncian su incoherencia ideológica e irrelevancia social y que atribuyen su origen a los devaneos de un conjunto de académicas musulmanas insertas profesionalmente en las sociedades occidentales.³⁰ Al igual que otras corrientes reformistas en el seno del Islam contemporáneo, la voluntad

²⁹ En el primer aspecto resulta de especial interés el conjunto de entrevistas recogido en Elizabeth W. Fernea: In search of Islamic feminism: one woman's global journey. New York, Doubleday, 1998. En el plano del activismo cívico destacan organizaciones como *Sisters in Islam*, radicada en Malasia: <<http://www.sistersinislam.org.my>>

³⁰ Haideh Moghissi: Feminism and Islamic fundamentalism : the limits of postmodern analysis. London-New York, Zed Books, 1999.

modernizadora del feminismo islámico discurre por el núcleo de su tradición cultural y se sirve de sus instrumentos clásicos: los textos sagrados y sus técnicas interpretativas.³¹ La razón última de ello estriba en que, pese a descansar sobre un texto revelado, el Islam tan sólo contiene preceptos, no los detalles para llevarlos a la práctica y desarrollar así el modo de vida inspirado en ellos.

A la crítica de las interpretaciones sexistas del Corán las feministas musulmanas han debido añadir una estrategia defensiva frente a lo que consideran el discurso neocolonial de las feministas occidentales, poco predispuestas a ver potencial emancipador alguno en una religión que, en su versión convencional, consagra la jerarquía entre los géneros. El principal objetivo de su movimiento consiste, pues, en reinterpretar los textos sagrados e implicarse en un proceso ideológico que históricamente ha estado reservado a los hombres. Sus protagonistas ven su militancia feminista como parte inherente de su compromiso religioso, al que desean aportar su propia experiencia como mujeres. Para articular esta doble vocación se apoyan en la crítica de la epistemología islámica establecida y en una combinación de instrumentos hermenéuticos tradicionales (*tafsir* o ciencia de la exégesis del Corán, *ijtihad* o interpretación autónoma de las fuentes religiosas no cubiertas por los hadices) y postmodernos (la lingüística, el deconstruccionismo literario y el análisis histórico de textos). Su argumento fundamental mantiene que los textos coránicos abrigan en su seno el principio de equidad entre los géneros y entre los seres humanos en general. Ese contenido habría sido subvertido por las técnicas interpretativas del Corán, que más que nada reflejarían los intereses particulares de sus narradores y el patriarcalismo de las sociedades a las que pertenecieron. La jurisprudencia clásica y la interpretación de los hadices, los dichos y hechos atribuidos al profeta, habrían consolidado la hegemonía de los principios misóginos en la *sharia*, el sistema de normas

³¹ Como señala uno de los abogados del progresismo islámico en los Estados Unidos, “*una agenda progresista musulmana ha de ser a la vez progresista e islámica, en el sentido de que ha de derivar su inspiración del corazón de la tradición islámica. No puede sobrevivir como un injerto de humanismo secular en el árbol del Islam, sino que ha de nacer de esa misma entidad. Puede recibir [...] información de otros movimientos espirituales y políticos, pero ha de crecer en el suelo del Islam*”. Omid Safi (ed.): *Progressive Muslims: on justice, gender and pluralism*. Oxford, Oneworld, 2003, pp. 7-8.

islámicas que regula la vida social y privada de sus fieles.³² Nos encontramos, por tanto, ante una peculiar forma de sincretismo que persigue unos fines sociales típicamente modernos -la equidad entre los sexos- mediante instrumentos hermenéuticos de intención postmoderna -la deconstrucción del patriarcalismo islámico- para, en última instancia, reafirmar una posición tradicionalista: los textos coránicos como fuente de autoridad moral.

Los ejemplos analizados del derecho indígena y del feminismo islámico vienen a respaldar la tesis inicial de que resulta posible defender desde entornos culturales heterogéneos intenciones normativas *modernas* con lenguajes y principios que no lo son tanto. En ambos casos podemos reconocer unos valores universalistas de fondo asimilables formalmente a la acepción contemporánea de los derechos humanos: la dignidad humana y la legalidad de los procedimientos en un caso, la igualdad entre los géneros en el otro. Se trata de experiencias de aclimatación cultural y de traducción normativa que nos obligan a interrogarnos por las dinámicas de interpelación normativa de la modernidad tardía. Por un lado, los mitos románticos sobre la *autenticidad* siguen perviviendo con inusitada energía en el variado repertorio de las *políticas de la identidad*, cuando lo únicamente auténtico es la necesidad de sus actores de dotarse de recursos simbólicos eficaces durante los procesos acelerados de cambio social. Por otro, las aspiraciones universalistas de la modernidad ya no pueden darse por supuestas, sino que deben ganar su legitimidad demostrando que son capaces de aclimatarse socialmente y de aceptar interpelaciones morales desde otros entornos culturales. Este proceso, evidentemente, está repleto de aristas que provocarán roces dolorosos e inevitables, pero de la capacidad de llevarlo adelante dependerá que la agenda de la modernidad pueda fecundar la imaginación moral de quienes la recibieron como un fenómeno exógeno o impuesto -los que podríamos denominar *perdedores de la modernidad*- y han reaccionado frente a ella con un programa contrario.

³² Fatima Mernissi: Beyond the veil : male-female dynamics in modern muslim world. London, Saqi Books, 2003