



UNIVERSIDAD ANDINA
SIMÓN BOLÍVAR
Ecuador

UASB - DIGITAL

Repositorio Institucional del Organismo Académico de
la Comunidad Andina, CAN

El contenido de esta obra es una contribución del autor al repositorio digital de la Universidad Andina Simón Bolívar, Sede Ecuador, por tanto el autor tiene exclusiva responsabilidad sobre el mismo y no necesariamente refleja los puntos de vista de la UASB.

Este trabajo se almacena bajo una licencia de distribución no exclusiva otorgada por el autor al repositorio, y con licencia Creative Commons – Reconocimiento de créditos-No comercial-Sin obras derivadas 3.0 Ecuador



Interculturalidad crítica y pluralismo jurídico

Catherine Walsh

14 de abril de 2010

Ponencia presentada en: Seminario Pluralismo Jurídico, Procuraduría del Estado ; Ministerio de Justicia, Brasilia, 13-14 de abril 2010.

Ponencia presentada en el Seminario Pluralismo Jurídico, Procuradora del Estado/Ministerio de Justicia, Brasilia, 13-14 de abril 2010.

Interculturalidad crítica y pluralismo jurídico
Catherine Walsh¹
Universidad Andina Simón Bolívar, Ecuador

Falar sobre diversidade e diferença, implica posicionar-se contra processos de colonização e dominação. É perceber como, nesses contextos, algumas diferenças foram naturalizadas e inferiorizadas sendo, portanto, tratadas de forma desigual y discriminatoria.²

Derrumbar el mito de la democracia racial en Brasil y posicionarse en contra de la matriz colonial que esta democracia racial pretende obviar son labores que crucen todas las instituciones de la sociedad, incluyendo y particularmente la institución jurídica. No es de olvidar que fue el Ministerio de Justicia que organizó en 1996 el seminario internacional sobre “Multiculturalismo e Racismo e o papel da Ação Afirmativa nos Estados Modernos e Democráticos” donde el entonces Presidente Fernando Henrique Cardoso reconoció públicamente la presencia de racismo en Brasil, tomando así un paso histórico e importante.

La Ley 10.639.03 para la Enseñanza de Historia y Cultura Afro-Brasileira y Africana en la Educación Básica, las acciones afirmativas y la formación de la Secretaria Especial de Políticas de Promoção da Igualdade Racial son logros recientes en este sentido, que tienen su raíz en las luchas –aun presentes y porvenir- de los movimientos afrobrasileños. También es de destacar las luchas aun vigentes, conflictivas y presentes de los pueblos indígenas particularmente en torno a los derechos territoriales y al hacer efectivo la implementación del Convenio 169 de la OIT (recién ratificado en Brasil en 2002 con vigencia desde 2003),³ Convenio que

¹ Profesora principal y directora del Doctorado en Estudios Culturales Latinoamericanos, Universidad Andina Simón Bolívar, Quito, Ecuador. Tiene una larga trayectoria de colaboración con organizaciones indígenas y afrodescendientes en Ecuador y América Latina y de trabajo de abogacía legal.

² Secretaria de Educação Básica, *Indagações sobre currículo: diversidade e currículo*, Brasilia, MEC, 2007, citado en Luiz Fernandes de Oliveira, *Historias da África e dos africanos na escola*, Tesis doctoral, Pontifícia Universidade Católica, Río de Janeiro, abril 2010, p.63.

³ El hecho de que esta ratificación fue postergado por mucho tiempo debido tanto a temores sobre el reconocimiento de “pueblos” distintos al “pueblo brasileiro” como a cuestiones de nociones de propiedad es revelador. Ver Isabela Figueroa, “A Convenção 169 da OIT e o dever do Estado brasileiro de consultar os povos indígenas e tribais”, en *Convenção 169 da OIT sobre povos indígenas e tribais: oportunidades e desafios para sua implementação no Brasil*, ISA, São Paulo, mayo 2009.

también tiene significado para las comunidades quilombolas⁴, incluyendo en término de identidad, territorialidad y conocimientos, aunque el Estado brasilero no lo ha asumido por todo.⁵

Sin descontar la importancia de las iniciativas logradas en los últimos años en el campo jurídico-legislativo, es necesario considerar de manera crítica los límites reales de sus alcances. Al respecto podemos preguntar: ¿De qué manera el reconocimiento de la diversidad étnico-cultural y el añadido al sistema jurídico establecido de algunas leyes en torno a derechos indígenas y afros, comunidades quilombolas y comunidades tradicionales⁶, hacen derrumbar el mito de la democracia racial y la estructura jerárquica social-colonial que esta democracia racial ha pretendido obviar? ¿Son estos pasos jurídicos parte de una fisura profunda y real? ¿O, más bien, son estrategias de un Estado de Derecho re-adequado a la lógica multi-pluri-cultural del capitalismo transnacional y su proyecto neoliberal? ¿Un Estado que reconoce e incluye los pueblos indígenas y afrodescendientes pero que hace poco a repensar su estructura y sistema monocultural y uni-nacional (fuente misma de la desigualdad, la colonialidad y también del derecho positivista)? ¿Y cómo entender y ubicar el pluralismo jurídico en todo esto?

Esta ponencia pretende dar pautas para la consideración crítica de estas preguntas, con miras hacia la posibilidad de repensar y refundar el campo jurídico, y por ende, el mismo Estado y sociedad. Pero entendiendo que este refundar es una meta de muy largo alcance, me enfocaré aquí -de forma más inmediata- en analizar una perspectiva jurídica -distinta a la que existe en Brasil y aun muy emergente en la región (más que todo en Ecuador y Bolivia)- cuyo eje clave y referente fundamental se encuentra no en el pluriculturalismo sino en el proyecto político, ético y epistémico de la interculturalidad.

⁴ Las comunidades quilombolas son definidas en el Decreto No.4.887 de 20 de noviembre de 2003, Art. 2 como “grupos étnicos raciales, según criterios de auto atribución, con trayectoria histórica propia, dotadas de relaciones territoriales específicas, con presunción de ancestralidad negra relacionada a la resistencia a la opresión sufrida”. Ver Figueroa, op.cit.

⁵ Figueroa, op. cit.

⁶ Según el Decreto No. 6.040, de 2007, las “comunidades tradicionales” son “grupos culturalmente diferenciados y que se reconocen como tales, que poseen formas propias de organización social, que ocupan y utilizan territorios naturales como condición para su reproducción cultural religiosa, ancestral y económica, utilizando conocimientos, innovaciones y prácticas generadas y transmitidas por la tradición”. Ver Figueroa, op.cit.

Parto de tres problemas fundamentales enfrentando hoy el campo jurídico latinoamericano:

- El monismo legal que reduce el derecho al derecho estatal, totalizando las ideas-concepciones de derecho y de justicia y negando u obviando otros lugares de producción jurídica.⁷
- La oposición jerárquica e irreconocible entre el modelo positivista-estatal de derecho y modelos o sistemas de derecho consuetudinario (dando mayor reconocimiento y juridicidad a derechos indígenas que a derechos de los pueblos y comunidades afrodescendientes).
- El asumir que el pluralismo jurídico es inherentemente progresista⁸ y expresión máxima de diversidad étnica y jurídica (y por ende, la solución en sí) y que la interculturalidad es solo asunto del reconocimiento étnico-cultural, y no un problema histórico-estructural-racial-colonial en el cual estamos insertos todos, incluyendo también el modelo, estructura y práctica del Estado y su campo jurídico “nacional”.

Tomando estos 3 problemas fundamentales como fondo, analizo a continuación las posibilidades y los desafíos de la interculturalidad –entendida críticamente- y del pluralismo jurídico dentro de la coyuntura actual de América del Sur, donde el reconocimiento constitucional de la diversidad étnico-cultural que inició en los 90s (1988 en Brasil) es insuficiente hoy ante el carácter realmente plurinacional de la mayoría de los países y la necesidad de reconocerse como tales en su estructura jurídica y constitucional.⁹ Este análisis está organizado a partir de tres ejes temáticos centrales:

1. La comprensión de la problemática y proyecto político de la interculturalidad.
2. Los avances y las limitaciones del pluralismo jurídico.
3. La interculturalidad o *interculturalización* jurídica y la interpretación y construcción jurídica intercultural.

⁷ María Soledad Bellido, “Interculturalidad y pluralismo jurídico”, *Derecho - Revista de la Facultad de Derecho*, 2008. http://www.unsa.edu.pe/escuelas/de/rev.../093-100_08_MBellidoA01.pdf -

⁸ Boaventura de Sousa Santos, *La globalización del derecho: los nuevos caminos de la regulación y la emancipación*, Bogotá, Universidad Nacional de Colombia, 1998.

⁹ Esta necesidad de reconocerse como tales también está mencionado por Rodolfo Stavenhagen. Ver su texto: “Los movimientos indígenas en América Latina”, *Nuevamérica/Novamerica*, No.17, 2008, 4-17.

I. Hacia una comprensión de la problemática y proyecto político de la interculturalidad

El uso del término interculturalidad inicia con fuerza en América Latina en la década de los 90s, como parte de una nueva coyuntura política y jurídica centrada en la diversidad étnico-cultural. Tal coyuntura incluye el reconocimiento jurídico por parte de los Estados de las poblaciones indígenas y, en menor medida, de los afrodescendientes. Mientras se puede argumentar que este reconocimiento es una respuesta a las luchas y demandas de los movimientos sociales, también –y a la vez- se puede considerar como política conforme con las directivas de organismos multilaterales, más específicamente el Banco Mundial. Es precisamente en esta coyuntura política conflictiva –entre luchas históricas e intereses políticos y económicos- que emergen tensiones y paradojas en las comprensiones, usos y proyectos de la interculturalidad.

Ahora bien, en su forma más básica, la interculturalidad se entiende como la construcción de relaciones *entre* grupos, prácticas, lógicas y conocimientos distintos, a veces -aunque no siempre- con el afán de confrontar y transformar las relaciones del poder y las estructuras e instituciones que las mantiene, las que naturalizan las asimetrías y desigualdades sociales. Y es allí –con el afán de confrontar y transformar o no las relaciones y estructuras del poder- que encontramos el punto neurálgico de las tensiones y paradojas. Mientras los movimientos indígenas y afrodescendientes luchan por el reconocimiento y la defensa de lo propio dentro de un legado de poder colonial (así con miras hacia la decolonización), los Estados y sus aliados internacionales se forjan en las políticas de inclusión de corte multiculturalista-neoliberal como parte de las mismas estructuras políticas –y aparatos ideológicos- que los movimientos se empeñan en transformar.¹⁰ Hacer ver estas tensiones y paradojas ayuda a entender la complejidad de la problemática. También nos hace considerar por qué la pluralidad e interculturalidad jurídicas no son exactamente lo mismo. Exploramos a continuación estas tensiones y paradojas y su relación a dos perspectivas y proyectos distintos de la interculturalidad: la “interculturalidad crítica”

¹⁰ Camilo Pérez Bustillo, “De la ciudadanía multicultural a la interculturalidad: intentos recientes de reconstrucción del estado en México, Guatemala y Colombia,” Ponencia presentada en LASA, Washington D.C., 2001. Eso no es decir que los movimientos no luchan también por la inclusión. Más bien es reconocer que sus luchas generalmente no se quedan en la inclusión como meta única, sino en ella como parte de una mayor transformación político-social.

que proviene de las luchas y demandas de los movimientos, y la interculturalidad que viene desde arriba, la que es utilitario al sistema, es decir la “interculturalidad funcional”.

Las perspectivas y proyectos dispares de la interculturalidad crítica y la interculturalidad funcional

El significado político y crítico de la interculturalidad emerge a finales de los 80s, como principio ideológico del movimiento indígena del Ecuador dentro de su proyecto político, el que apunta la transformación de las relaciones entre pueblos, nacionalidades y otros grupos sociales, pero también del Estado uni-nacional, de sus instituciones sociales, políticas, económicas y jurídicas, y de las políticas públicas. En estos mismos años, también es identificado por el Consejo Regional Indígena de Cauca (Colombia), como “un proyecto político [...] para pensar en la construcción de sociedades diferentes [...], en otro ordenamiento social”.¹¹ En ambos casos, apunta un proyecto político, social, ético y epistémico, de re-visionar y rehacer el Estado y sociedad, tomando pasos hacia la construcción de condiciones distintas, no solo para los pueblos indígenas sino para el conjunto del país.

La interculturalidad entendida así críticamente va más allá de la diversidad, el reconocimiento y la inclusión. Revela y pone en juego la diferencia colonial y la colonialidad continua del poder. Con colonialidad me refiero al patrón o matriz de poder que se instala en el siglo XV y XVI, clasificando jerárquicamente las identidades sociales a partir de la idea de “raza”, posicionando en la cima y como superior a los blancos europeos y los “blaqueados” de América del Sur, y los pueblos indígenas y afros en los peldaños inferiores (como identidades negativas, homogéneas e inferiores).¹² Así a partir de este mismo patrón se estableció el eurocentrismo como perspectiva única de conocimiento, justificó la esclavización y deshumanización y descartó como bárbaros, salvajes y no modernos (leer: subdesarrollados y “tradicionales”) las filosofías, cosmologías, lógicas y sistemas de

¹¹ CRIC, ¿Qué pasaría si la escuela...? 30 años de construcción de una educación propia, Popayán, Consejo Regional Indígena de Cauca, 2004.

¹² Ver Aníbal Quijano, “Colonialidad del poder y clasificación social”, en *Journal of World Systems Research*, Vol. 6, No. 2, Binghamton, NY, State University of New York Binghamton, 2000, pp. 342-386.

vida de la gran mayoría: los pueblos indígenas y los pueblos de origen africano. Esta matriz o patrón -que siempre ha servido los intereses y necesidades del capitalismo- hace que la mirada se fija en Europa como modelo, perspectiva y modernidad ideal. Y es a partir de esta mirada –aun presente- que se formó los Estados nacionales y, por supuesto, sus sistemas jurídicos.

Desde esta perspectiva, la interculturalidad es un proyecto de carácter y orientación de-colonial, descolonizador. Apuntala y requiere la transformación y la construcción de condiciones de estar, ser, pensar, conocer, aprender, sentir, y vivir distintas. Por eso mismo, la interculturalidad entendida críticamente aun no existe, es algo por construir. Ahí su entendimiento, construcción y posicionamiento como proyecto político, social, ético y epistémico que se afirma en la necesidad de cambiar no solo las relaciones, sino también las estructuras, condiciones y dispositivos de poder que mantienen la desigualdad, inferiorización, racialización, discriminación, incluyendo con relación a las estructuras jurídicas.

No obstante, en los últimos años la interculturalidad es palabra de moda de los organismos internacionales, las Ongs y las instituciones y políticas estatales. En estos contextos, muchas veces pierde su arista luchadora, transformadora, de-colonial y crítica, y asume un significado y perspectiva que la hace utilitario o funcional al sistema. Aquí la interculturalidad no se distingue de mayor medida del multi-pluri-culturalismo. Me refiero a lo que se desarrolle en el ámbito estatal alrededor del establecimiento de derechos, políticas y prácticas institucionales que reflejan la particularidad de las “minorías” añadiendo o sumando ellas a los campos nacionales establecidos (de educación, salud y derecho, entre otros) sin necesariamente atacar las asimetrías y desigualdades, promover relaciones equitativas o incidir en la matriz colonial de poder aun presente. Tal adición e inclusión forma parte, de hecho, de la lógica multi-pluri-cultural del capitalismo neoliberal, una lógica que busca incorporarles a todos –claro de manera aun jerárquica y diferencial- al mercado.

Cada vez con más frecuencia en la región, estas políticas de inclusión están siendo re-nombradas como “interculturalidad”. Tal re-nombramiento encuentre raíces, más que

todo, en las directivas y políticas de organismos como el Banco Mundial, BID, PNUD¹³ y UNESCO, como también en las iniciativas de la Unión Europea, incluyendo en las entidades de cooperación internacional y en EUROsociAL, un convenio entre la Unión Europea, PNUD y CEPAL, con el apoyo del BM y BID, siendo Brasil, México y Colombia los países de su mayor financiamiento. Para resaltar su significado y objetivo – que se enraízan en el reconocimiento de la diversidad cultural con metas hacia la inclusión de la misma al interior de la estructura social establecida-, y siguiendo los planteamientos del filósofo peruano Fidel Tubino¹⁴, referimos a esta perspectiva de interculturalidad como “interculturalidad funcional”. Busca promover el diálogo, la convivencia y la tolerancia, sin tocar las causas de la asimetría y desigualdad social y cultural, y sin “cuestionar las reglas del juego”. Por eso, y como dice Tubino, “es perfectamente compatible con la lógica del modelo neo-liberal existente” que reconoce la diferencia, sustentando su producción y administración dentro del orden nacional, neutralizándola y vaciándola de su significado efectivo, y volviéndola funcional a este orden y, a la vez, a los dictámenes del sistema-mundo-moderno-colonial.

En este sentido, el reconocimiento y respeto a la diversidad cultural se convierten en una nueva estrategia de dominación, la que apunta al control del conflicto étnico-racial y la conservación de la estabilidad social con el fin de impulsar los imperativos económicos del modelo (neoliberalizado) de acumulación capitalista, ahora haciendo “incluir” los grupos históricamente excluidos a su interior. De hecho, es esta perspectiva de interculturalidad que orienta las nuevas políticas de inclusión y cohesión social promovidas por la cooperación internacional, y reflejadas en prácticamente todos los Ministerios de Educación y Cultura de la región, como también en las nuevas políticas de desarrollo (ahora con su nuevo paradigma-paradigma de desarrollo “humano integral”).¹⁵

¹³ Este uso funcional de la interculturalidad por parte del PNUD fue particularmente evidente durante la Asamblea Constituyente en Bolivia. Por medio de publicaciones escritas y producciones audiovisuales, PNUD –usando la voz de intelectuales bolivianos (varios de la llamada “izquierda”)- intentó posicionar la interculturalidad como un “nuevo sentido común”, que podría evitar etnocentrismos e indianismos y mantener Bolivia dentro de la economía. Ver Catherine Walsh, *Interculturalidad, Estado, Sociedad: Luchas (de)coloniales de nuestra época*, Quito, Universidad Andina Simón Bolívar/Abya Yala, 2009.

¹⁴ Fidel Tubino, “La interculturalidad crítica como proyecto ético-político”, Encuentro continental de educadores agustinos, Lima, enero 24-28, 2005. <http://oala.villanova.edu/congresos/educación/lima-ponen-02.html>

¹⁵ Para una discusión de este nuevo paradigma-“paradigma” y su aplicación en el caso ecuatoriano, ver Walsh, *Interculturalidad, Estado, Sociedad*, op.cit., y Catherine Walsh “Development as *Buen Vivir*: institutional arrangements and (de)colonial entanglements”, *Development* (Rome: Society for

Mientras que la interculturalidad funcional asume la diversidad cultural como eje central, apuntalando su reconocimiento e inclusión dentro de la sociedad y el Estado nacionales (uni-nacionales por práctica y concepción) y dejando por fuera los dispositivos y patrones de poder institucional-estructural -las que mantienen la desigualdad-, la interculturalidad crítica parte del problema de poder, su patrón de racialización y la diferencia que ha sido construida a función de ello. El enfoque y la práctica que se desprende la interculturalidad crítica no es funcional al modelo societal vigente, sino cuestionador serio de ello. Por tanto, su proyecto es implosionar -desde la diferencia- en las estructuras coloniales del poder como reto, propuesta, proceso y proyecto; es re-conceptualizar y re-fundar estructuras sociales, epistémicas y de existencias, que ponen en escena y en relación equitativa lógicas, prácticas y modos culturales diversos de pensar, actuar y vivir. Por eso, el foco problemático de la interculturalidad no reside solamente en las poblaciones indígenas y afro, sino en todos los sectores de la sociedad, con inclusión de los blancos-criollos-mestizos y blanqueados occidentalizados.

Y es por eso mismo que la interculturalidad debe ser entendida como designio y propuesta de sociedad, como proyecto político, social, epistémico y ético dirigido a la transformación estructural y sociohistórica (incluyendo a nivel jurídico), y asentado en la construcción entre todos de una sociedad radicalmente distinta. Una transformación y construcción que no quedan en el enunciativo, el discurso o la pura imaginación; por el contrario, requieren un accionar en cada instancia social, política, educativa y humana, incluyendo en las instancias jurídicas. No obstante, y como consideraremos a continuación, tal accionar queda muchas veces circunscrito al ámbito aditivo y funcional: a incluir algunas leyes específicas para los pueblos indígenas y afros al sistema nacional establecido o, en los mejores de los casos, a reconocer el pluralismo jurídico.

II. Los avances y las limitaciones del pluralismo jurídico

International Development), marzo 2010. Para una versión corta del último: “Desenvolvimento como *Buen Vivir*: arranjos institucionais e laços (de)coloniais”, *Nuevamérica/Novamerica*, 126, abril-junio 2010, 27-31.

El pluralismo jurídico pretende responder al problema del monismo jurídico: la noción de un solo sistema de derecho para todos, principio rector del Estado moderno uninacional y monocultural, y su poder normativo que suprime e inferioriza la diferencia estableciendo una sola forma de estar, ser, saber y vivir que se moldea a partir del patrón e imagen europeo. Por sí, el monismo jurídico sustentado en el sistema de derecho positivista occidental ha contribuido tanto al mantenimiento y reproducción de la colonialidad del poder como a la geopolítica dominante de la razón jurídica.

Hoy cada vez más se acepta que existen prácticas y sistemas ancestrales para ejercer la justicia y la autoridad que no responden al modelo de derecho positivista occidental, aunque en Brasil aun no existe formalmente este reconocimiento a nivel constitucional. La afirmación del derecho indígena tanto en las constituciones como en tratados y convenios internacionales y el reconocimiento aun emergente del derecho de las comunidades de raíz africana, -más que todo en las constituciones colombianas y ecuatorianas-, han logrado abrir discusiones sobre las posibilidades e implicaciones del *pluralismo jurídico*, es decir, la coexistencia de diversos órdenes normativos.

Entendemos estos diversos órdenes o sistemas en el sentido que sugiere Irigoyen: “una instancia social y política que tiene poder reconocido por administrar justicia, que posee las normas y los medios para crearlas y cambiarlas, autoridades y mecanismos para escogerlas, procedimientos para arreglar disputas, y un conjunto de sanciones para corregirlas”.¹⁶ Son instancias a veces practicadas al exterior o en los márgenes de la legalidad estatal, algo que Boaventura de Sousa Santos, por ejemplo, señalaba hace algunos años con relación a las favelas de Río de Janeiro; pero algo que también se enraíza en siglos de resistencia y lucha de mantener sistemas de vida arraigados a los territorios, como es el caso de las comunidades quilombolas. De esta manera, el pluralismo jurídico no es un nuevo fenómeno sino una realidad histórica; lo nuevo es su reconocimiento por parte de entidades internacionales y los Estados, un reconocimiento a veces problemático por el poder que implica en nombrar, controlar

¹⁶ Citado en Gina Chávez y Fernando García, *El derecho a ser: diversidad, identidad y cambio. Etnografía jurídica indígena y afroecuatoriana*, Quito, FLACSO / Petroecuador, 2004, 17.

y codificarlo, y por ser típicamente subordinado al sistema nacional-estatal, la única excepción siendo tal vez el caso de la nueva Constitución de Bolivia.¹⁷

No obstante, el hecho de que el reconocimiento emergente apuntala la relación entre derecho y sistemas colectivos de vida, es importante por la diferenciación que hace con el derecho positivista-individual y su modelo eurocéntrico moderno-colonial-capitalista. Tal reconocimiento se evidencia en la reciente Declaración de las Naciones Unidas sobre los Derechos de los Pueblos Indígenas que destaca la urgente necesidad de “respetar y promover los derechos intrínsecos de los pueblos indígenas, que derivan de sus estructuras políticas, económicas y sociales y de sus culturas, de sus tradiciones espirituales, de su historia y de su concepción de la vida, especialmente los derechos a sus tierras, territorios y recursos” (2007, 2).

Sin duda, estos nuevos reconocimientos abren una serie de interrogantes sobre el constitucionalismo político como también sobre la manera de concebir estos derechos con relación a los derechos “individuales y nacionales”. ¿Son los derechos indígenas simples añadidos de carácter “especial” a este sistema normativo establecido (algo que se evidencia claramente en la Constitución de Brasil), parte de un pluralismo jurídico “subordinado”? O, más bien, ¿forman parte de la necesidad cada vez más urgente de repensar y refundar el Estado y la sociedad, haciendo las diferencias sociohistóricas y culturales partes constitutivas de ellos? Al respecto, ¿qué sucede con los derechos de los pueblos afrodescendientes? Sin tener el mismo nivel de reconocimiento internacional que tienen los indígenas, ¿cómo concebir su especificidad?

El caso del Ecuador es ilustrativo. Como he señalado en otros lugares,¹⁸ la Constitución de 1998 permitió por primera vez el reconocimiento de los pueblos indígenas como sujetos de derechos (pero no de la misma manera los pueblos afro),

¹⁷ El ejemplo de Bolivia es instructivo por los esfuerzos hechos en la nueva Constitución a repensar y refundar todo el orden jurídico a partir de la pluralidad, estableciendo garantías para accionar el respeto de los derechos colectivos, destacando la acción popular e integrando seis tipos de derechos: fundamentalísimos, fundamentales y civiles, políticos, de las minorías, de los pueblos indígenas, originarios y campesinos, ambientales y económicos, sociales y culturales. No obstante, en esta refundación estructural, los afrobolivianos permanecen al margen.

¹⁸ Ver Catherine Walsh “Interculturalidad, reformas constitucionales y pluralismo jurídico”, en J. Salgado (comp.). *Justicia indígena. Aportes para un debate*. Quito: UASB/ Abya Yala, 2002, y Walsh, *Interculturalidad, Estado, Sociedad*, op.cit.

cuyo ejercicio implica la existencia en el país de diversos sistemas normativos. Conjuntamente con otros artículos, se dejó claro que las normas, costumbres y autoridades indígenas “constituyen y generan un Derecho diverso y autónomo del Derecho estatal, aunque articulado a éste en los términos que la Constitución establece”.¹⁹

La nueva Constitución de 2008 hace un avance afirmando que “los derechos se podrán ejercer, promover y exigir de forma individual o colectivo ante las autoridades competentes [que] garantizarán su cumplimiento (Art.11). Reconoce (aun como régimen especial) y garantiza –de conformidad con la Constitución y los pactos, convenios e instrumentos internacionales- 21 derechos colectivos (Art. 57). Además da pleno reconocimiento a la justicia indígena, pero claro es, siempre bajo el ojo de la -mal denominada- “jurisdicción ordinaria”:

Las autoridades de las comunidades, pueblos y nacionalidades indígenas ejercerán funciones jurisdiccionales, con base en sus tradiciones ancestrales y su derecho propio, dentro de su ámbito territorial, con garantía de participación y decisión de mujeres. Las autoridades aplicarán normas y procedimientos propios para la solución de sus conflictos internos, y que no sean contrarios a la Constitución y a los derechos humanos reconocidos en instrumentos internacionales. El Estado garantizará que las decisiones de la jurisdicción indígena sean respetadas por las instituciones y autoridades públicas. [...] La ley establecerá los mecanismos de coordinación y cooperación entre la jurisdicción indígena y la jurisdicción ordinaria (Art. 171).

A pesar de los avances que todo eso indica en términos del pluralismo jurídico, el problema sigue siendo igual: eso es al “abrir” el sistema jurídico –pluralizándolo- sin necesariamente repensar y refundarlo en su conjunto, una tarea que me parece necesario en un país y Estado ahora autodeclarados como “plurinacional e intercultural”. Pero también hay otro problema: a concebir el pluralismo a partir de la diferencia ancestral indígena como derecho mayor, así subordinado a los

¹⁹ Julio Cesar Trujillo, Agustín Grijalva, y Ximena Endara, *Justicia indígena en el Ecuador*, Quito, Universidad Andina Simón Bolívar / Abya Yala, 2001, 36, 39.

descendientes de la diáspora africana a ello, algo asimismo evidente en los instrumentos internacionales.

Algo semejante ocurre en la Constitución de Brasil donde las luchas del reconocimiento jurídico de las comunidades quilombolas no han recibido la misma atención o interés que el reconocimiento indígena. Mientras esta Constitución dedica un capítulo para los indios, las comunidades quilombolas aparecen sólo como “remanescentes” y dentro de una "disposición transitoria" (Art.68) sin garantía plena de sus derechos colectivos culturales, sociales y territoriales.²⁰ En un país de mayoría negra, llama la atención que además de esta consideración mínima, los afrobrasileños en su conjunto –y con las diferencias a su interior- están prácticamente ausentes.

Eso apunta un problema adicional: la manera de reconocer jurídicamente los afrodescendientes –como individuos, como comunidades o como “pueblos” de raíz ancestral. Ecuador es el único país en América Latina y el mundo que ha hecho el reconocimiento jurídico como “pueblos”, el que así permite el estatus de derechos colectivos, conocimiento colectivo, propiedad colectiva y formas ancestrales de organización territorial (sin ser dueños –como también es el caso de los indígenas- de los recursos no renovables).²¹ Derechos y formas de organización que por incluir niveles de autodeterminación, autogobierno y autonomía, abren consideraciones – aunque no explicitados en la Constitución ecuatoriana- a asuntos de ejercicio del pluralismo jurídico. Consideraciones que, para los pueblos y comunidades afros tanto de Ecuador como de América Latina, forman parte de un derecho ancestral y territorial que los Estados todavía poco interesan y comprenden.²²

Todo eso es de resaltar tres puntos y problemas claves:

²⁰ Ver César Augusto Baldi, “O reconhecimento jurídico das comunidades quilombolas”, *Consultor Jurídico*, 30 de julio de 2008. http://www.conjur.com.br/2008-jul-30/reconhecimento_juridico_comunidades_quilombolas.

²¹ Otro punto para recalcar en la nueva Constitución ecuatoriana es la incorporación dentro de los derechos fundamentales de la prohibición y sanción de la discriminación, como también la inclusión de medidas de acción afirmativa.

²² Al respecto de este derecho ancestral, ver Juan García y Catherine Walsh, “Derechos, territorio ancestral y el pueblo afroesmeraldeño”, en *Informe de Derechos Humanos de 2009*, Quito, Universidad Andina Simón Bolívar, 2010.

- a. El entendimiento del pluralismo jurídico como poco más que el reconocimiento oficial de la siempre existente jurisdicción indígena, obviando las distintas maneras que se ejercen jurisdicciones negras;
 - b. La identificación del pluralismo jurídico como algo “especial” con relación al sistema ordinario nacional, un añadido sin pretensión de inspirar e incitar un cambio de carácter plurinacional (siendo Bolivia el único ejemplo contrario); un pluralismo jurídico subordinado, subyugado y, por tanto, “no-ordinario”.
3. Las contradicciones inherentes en el reconocimiento, oficialización, codificación y regularización del derecho “propio” no-estatal.

Como bien señala Assies, “la legalización bien puede ser un dispositivo en la tecnología del poder, dominación y domesticación”.²³ No necesariamente implica o asegura la igualdad o la equidad. El mero hecho de que exista más de un sistema jurídico, no asegura que exista, siempre, la justicia adecuada y apropiada. No asegura que la supuesta superioridad del derecho positivo y estatal no regirá sobre el otro, que los derechos individuales y colectivos no entrarán en contradicción o que el problema de las relaciones del poder y de los conflictos interculturales desaparecerá. Tampoco asegura una consideración de la real complejidad de la diferencia colonial ni un cambio inmediato en las creencias y actitudes de la gente. De hecho, podría complicar la situación previa si no existe a la vez un rehacer crítico del orden normativo dominante y su permanencia como único ordenador.

Estas problemáticas reales son indicativas de la naturaleza engorrosa del pluralismo jurídico -particularmente en su manifestación y uso “subordinado”- y su arraigamiento a sistemas vistos como homogéneos y claramente delimitados, sin que necesariamente exista una relación entre ellos. Tal perspectiva se encuentra enraizada en el pensamiento occidental que promueve el conflicto y la separación entre modos de pensar y actuar en el mundo, siempre sobreponiendo uno al otro. En cierta forma, el pluralismo jurídico está dentro de este mismo paradigma de pensar; se concibe a partir de una *interpretación pluricultural* de la esfera de justicia que hace resaltar la separación y oposición de dos o más modos de concebir y practicar el derecho, uno

²³ Willem Assies, “La oficialización de lo no oficial: ¿Re-encuentro de dos mundos?,” texto preparado para el Curso Identidad, autonomía y derechos indígenas: Desafíos para el Tercer Milenio, Arica, Chile, 2000.

siendo la normativa nacional y la otra u otras diferente(s) a ella, la última siendo un añadido a la estructura legal establecida. Reconocer el pluralismo jurídico es aceptar el conflicto y la imposibilidad de convergencias entre estos sistemas. El propósito es dar atención y cabida a la particularidad étnica histórica y tradicional, no a repensar o transformar la estructura e institución jurídica en su totalidad. Por es, el pluralismo jurídico podría ser –así en su forma subordinada- un componente de la que criticamos anteriormente: la interculturalidad funcional.

En este sentido y sin descontar la importancia de su reconocimiento, particularmente dentro de un marco y práctica de simetría, igualdad y paridad, quiero poner en consideración la tercera y última temática: la posibilidad de trabajar hacia la interculturalidad o la *interculturalización* crítica jurídica y hacia una interpretación y construcción jurídica de carácter *intercultural*.

III. La interculturalidad crítica jurídica, y la interpretación y construcción jurídica *intercultural*.

Ahora bien, el problema no es el pluralismo jurídico en sí, sino el sistema de derecho nacional que sigue operando a partir de y con relación a un marco eurocéntrico, racializado, moderno-colonial, un marco centrado en el individuo y los intereses económicos, un marco ajeno, en su gran parte, de la realidad brasilera y latinoamericana. Aquí surgen preguntas distintas: ¿Qué ofrecen los derechos indígenas y afro para el derecho ya establecido, el así denominado derecho “nacional”? ¿No debería ser éste también repensado y refundado tomando en cuenta los criterios de la pluralidad e interculturalidad, y las realidades múltiples y diversas de blancos, blanco-mestizos, indígenas y afros del campo y de los urbes? Desde esta perspectiva -además de impulsar una pluralidad jurídica no subordinado, que permita el funcionamiento en términos igualitarios y equitativos de diferentes sistemas normativos cada uno con sus filosofías, lógicas, racionalidades y prácticas de vida- ¿cómo también relacionar, articular y hacer converger los derechos indígenas y afro con el derecho “nacional,” reconstituyendo este último plurinacionalmente e impulsando, a la vez, la construcción de una nueva inter-culturalidad jurídica –o mejor dicho, una *interculturalización jurídica*- para todos? Estas preguntas, a mi manera de ver, son centrales a los debates actualmente en curso.

Desde mi perspectiva, una interculturalización jurídica se concibe a partir de un marco distinto, el que encuentra sustento en la convergencia, la articulación y la complementariedad. Su afán no es desconocer o reemplazar el pluralismo jurídico. Más bien es profundizarlo, permitiendo que sirva como criterio para también pensar, pluralizar y equilibrar el derecho general “nacional”. Al respecto podemos señalar tres aspectos claves para su consideración.

El primero parte de la dimensión histórico-colonial; es decir, de los intentos de imponer desde las culturas, ideologías y poderes dominantes una normativa jurídico-política como control social, subalternizando o negando por completo la existencia de formas y prácticas originarias, ancestrales y culturalmente distintas a ejercer la autoridad y la justicia y a salvaguardar la armonía social. Es esta dimensión histórico-colonial -que predata y trasciende al Estado como también a las varias generaciones de derechos humanos- la que evidencia y mantiene presente el conflicto intercultural

que está al fondo del tema de los derechos; conflicto que demanda, más que un simple reconocimiento de otros sistemas normativos, la creación de nuevas estructuras jurídicas y una transformación constitucional integral de forma de-colonial.

El segundo aspecto -que se desprende del primero- tiene que ver con la actualización y el fortalecimiento de los sistemas “propios”, como paso necesario para poder construir relaciones y comprensiones interculturales, intersistémicas o íter-jurídicas, e intercivilizatorias,. Eso implica considerar las varias maneras ancestrales y contemporáneas de construir y ejercer pertenencia y convivencia, incluyendo, con respecto a la naturaleza y a la madre tierra, la territorialidad, las soberanías y las autonomías; la institucionalidad, y los saberes, valores y normas, incluyendo de la espiritualidad-religiosidad, que rigen y cimientan lo socio-cultural-colectivo, tanto en espacios rurales como en urbanos. Más que sólo fortalecer lo propio, esta reconstrucción y consideración permitirían vislumbrar el impacto e influencia fragmentadores del modelo neoliberal capitalista, alentando la posibilidad de sistemas y prácticas a la vez propios y contrahegemónicos.²⁴

El tercer aspecto tiene que ver con los esfuerzos por conciliar y articular, con miras hacia una posible convergencia que admita la creación de nuevas estructuras y una nueva institucionalidad jurídica plurinacional e intercultural. Aquí la idea no es reemplazar o sintetizar la pluralidad ni simplemente incluirla en el sistema “nacional” pluralizándolo, para permitir derechos en paralelo. Más bien, es la de buscar un reconocimiento e incorporación integrales como también una relación entre estos órdenes distintos yendo más allá de la polarización presente en el derecho positivista entre derecho colectivo y derecho individual. Es decir, se busca una *interculturalización* entre las formas de comprender y ejercer los derechos que son formas civilizatorias además de culturales; estoy hablando de una dinámica que permite transformar a la vez el curso jurídico político para todos.

²⁴ Por ser arraigados a la vida, los sistemas de justicia indígenas -y afro, aunque se debate al interior de estas mismas comunidades sobre si existen “sistemas” o más bien prácticas-, siempre han partido de la integración con la naturaleza. Por ende, expresa una posición muy distinta a la del derecho positivista que parte del individuo como sujeto del Estado monocultural, individuo abstraído de su entorno. No obstante, estos sistemas “propios” también han sido impactados, desestabilizados y, a veces, comprometidos y cooptados, debido a la presencia e intervención de compañías transnacionales, la extracción de recursos nacionales, la corrupción de dirigentes, la toma de tierras por colonos, la migración temporal, y todos los conflictos, divisiones y pugnas que estos cambios han propiciado.

Aquí y en forma concreta, una interpretación intercultural e intercivilizatoria podría posibilitar la utilización, de manera estratégica, de los recursos del derecho colectivo o propio para asegurar la función de justicia para sujetos indígenas o afros fuera de su comunidad y dentro de la jurisdicción del derecho individual. Además, podría abrir la posibilidad de jueces que hablan las lenguas de los pueblos y comunidades, competentes en término de la juridicidad indígena, afro y quilombola, y el establecimiento de prácticas de ejercicio de justicia dentro de tribunales que involucren además de jueces estatales, autoridades de los pueblos y comunidades.²⁵ Algo similar aparece en el planteamiento de la Subprocuradora General de la Republica de Brasil Ela Wiecko de Castillo, cuando habla de la necesidad de un “traductor cultural”, un profesional capaz de entender las distintas partes y su contexto socio-político y cultural, evitando que el “sistema judicial ignore la diversidad cultural y aplique el derecho siempre desde el punto de vista étnico-dominante”.²⁶ Sin embargo, es importante mantener en cuenta que siempre se pierde algo en la traducción.

Adicionalmente demandaría que la justicia, en su conjunto, tenga un sentido intercultural, propiciando el análisis de delitos desde los contextos culturales en los que se cometen, y alentando una consideración de las diferencias culturales y una conciliación en torno a ellas. La aplicabilidad de este análisis y consideración se extiende a todo no indígena juzgado en territorio indígena como también al indígena o afro que pertenece una comunidad territorial juzgado dentro de la jurisdicción “nacional”. Puede también extenderse a los conflictos interculturales, tanto entre colectividades –entre distintos pueblos indígenas, entre indígenas, campesinos, comunidades negras y quilombolas con sus lógicas distintas del territorio ancestral y derecho colectivo-, como entre la colectividad y el individuo, desafiando la polarización tan común en el derecho positivo entre un derecho absolutamente individual o absolutamente colectivo como existe, por ejemplo, con relación a la propiedad.

²⁵ En este sentido, es instructiva la experiencia canadiense. A partir de una práctica denominada “círculos de justicia”, se construye un proceso de juzgamiento que involucra a autoridades propias indígenas conjuntamente con jueces del Estado, en un proceso dialógico que busca consenso.

²⁶ Ver César Augusto Baldi, “Discussão sobre indígenas tem de abandonar concepção racista”, *Consultor Jurídico*, 2 de junio de 2008.

Ciertamente otro punto crítico a considerar gira en torno a la jurisdicción, ejercicio y aplicación de derechos más allá de una base territorial ancestral. Tal consideración es especialmente importante porque permite reconocer las maneras variadas contemporáneas de constituir y vivir en “comunidad” y “colectividad”, incluyendo ellas inventadas en las migraciones y comunidades urbanas, incluyendo las favelas.

Estos casos requieren incluir, como parte de un sistema jurídico intercultural, distintas maneras de concebir y ejercer los derechos, tanto individuales como colectivos, permitiendo que los pueblos indígenas y afrodescendientes sean considerados simultáneamente como individuos y como colectividades. De esta manera, los derechos de la colectividad pueden ser otorgados a miembros del grupo (individuos), al grupo como un todo o a un territorio donde el grupo constituye la mayoría. Todo esto abre también a consideración el hecho de que todas las comunidades no son necesariamente de carácter monolítico y homogéneo sino que en su formación y a su interior existe también una interculturalización, que el derecho no debe pasar por alto.

La interpretación intercivilizatorio-intercultural o, si se prefiere, la interculturalidad o interculturalización jurídica, no desplaza al pluralismo jurídico; profundiza su práctica y comprensión más allá de los sistemas y prácticas propios y del paradigma de oposición. Requiere que el sistema “uni-nacional” y su lógica-razón jurídica también se pluralicen e interculturalicen dentro de un marco de justicia, que parta de la realidad del país y no sólo del modelo del derecho moderno-universal-occidental-individual, modelo que, sin duda, es el que ha venido perpetuando la colonialidad; la autoridad pública monocultural, excluyente y clientelar, es clara manifestación de ella.

Esta interpretación *inter*, especialmente en sus aspectos delineados aquí, busca lo que Albó²⁷ ha llamado un *enriquecimiento y posible convergencia intercultural jurídica*. Esto permite incorporar de abajo hacia arriba, algunos principios subyacentes en el derecho propio ancestral al derecho estatal. Pero también requiere –algo particularmente clave en el caso de Brasil- asumir y enfrentar con responsabilidad el mito de la democracia racial y la muy presente discusión racial desde y con los

²⁷ Albó, op.cit.

movimientos sociales, para así empezar a construir una convivencia social donde la diferencia e igualdad puedan empezar a entretorse. Este proceso se puede entender como estrategia para enfrentar la colonialidad aún viviente, como herramienta crítica en el camino de-colonial hacia la construcción de una propuesta (inter)civilizatoria alternativa y de un Estado y sociedad radicalmente distintos.

A modo de cerrar

No hay receta ni tampoco un modelo ideal para repensar, reconstruir y refundar los sistemas de derecho y justicia en Brasil o América Latina, más que todo de manera que tome distancia de los legados coloniales, prototipos eurocéntricos y proyectos nacionales homogeneizantes y excluyentes. Sin embargo, el tiempo ya ha llegado de reconocer el daño hecho por asumir la modernidad euro-centrada como patrón única, por negar, blanquear y asimilar las diferencias, reproducir una matriz colonial arraigada al uso de la idea de “raza” y las prácticas de racialización, e imponer instituciones sociales desde una perspectiva, imaginario y Estado monocultural y un-nacional.

Esta ponencia, además de poner en escena esta problemática, intentó trazar algunos caminos posibles desde la interculturalización jurídica y el proyecto político, social, epistémico y ético de la interculturalidad, caminos encaminados hacia derrumbar el mito de la democracia racial, posicionarse en contra de la matriz colonial y abrirse a formas “otras” de asumir y hacer converger lo plural de lo nacional.

Al respecto, las palabras del Frantz Fanon parecen acertadas:

Para asegurar la esperanza, para darle densidad, hay que participar en la acción, comprometerse en cuerpo y alma en la lucha [pluri]nacional.²⁸

²⁸ Frantz Fanon, *Los condenados de la tierra*. México, Fondo de Cultura Económica, 1969.

Referencias

Albó, Xavier, “Derecho consuetudinario, posibilidades y límites”, Documento inédito, 2000.

Assies, Willem, “La oficialización de lo no oficial: ¿Re-encuentro de dos mundos?,” texto preparado para el Curso Identidad, autonomía y derechos indígenas: Desafíos para el Tercer Milenio, Arica, Chile, 2000.

Baldi, César Augusto, “Discussão sobre indígenas tem de abandonar concepção racista”, *Consultor Jurídico*, 2 de junio de 2008.

Baldi, César Augusto, “O reconhecimento jurídico das comunidades quilombolas”, *Consultor Jurídico*, 30 de julio de 2008.
http://www.conjur.com.br/2008-jul-30/reconhecimento_juridico_comunidades_quilombolas.

Bellido, María Soledad, “Interculturalidad y pluralismo jurídico”, *Derecho - Revista de la Facultad de Derecho*, 2008.
http://www.unsa.edu.pe/escuelas/de/rev.../093-100_08_MBellidoA01.pdf -

Chávez, Gina y García, Fernando, *El derecho a ser: diversidad, identidad y cambio. Etnografía jurídica indígena y afroecuatoriana*, Quito, FLACSO / Petroecuador, 2004.

CRIC, *¿Qué pasaría si la escuela...? 30 años de construcción de una educación propia*, Popayán, Consejo Regional Indígena de Cauca, 2004.

García, Juan y Walsh, Catherine, “Derechos, territorio ancestral y el pueblo afroesmeraldeño”, en *Informe de Derechos Humanos de 2009*, Quito, Universidad Andina Simón Bolívar, 2010.

Fanon, Frantz, *Los condenados de la tierra*. México, Fondo de Cultura Económica, 1969.

Figueroa, Isabela, “A Convenção 169 da OIT e o dever do Estado brasileiro de consultar os povos indígenas e tribais”, en *Convenção 169 da OIT sobre povos indígenas e tribais: oportunidades e desafios para sua implementação no Brasil*, ISA, São Paulo, mayo 2009.

Oliveira, Luiz Fernandes, *Historias da África e dos africanos na escola*, Tesis doctoral, Pontifícia Universidade Católica, Río de Janeiro, abril 2010.

Pérez-Bustillo, Camilo, “De la ciudadanía multicultural a la interculturalidad: intentos recientes de reconstrucción del estado en México, Guatemala y Colombia,” Ponencia presentada en LASA, Washington D.C., 2001.

Quijano, Aníbal, “Colonialidad del poder y clasificación social”, en *Journal of World Systems Research*, Vol. 6, No. 2, Binghamton, NY, State University of New York Binghamton, 2000, 342-386.

Santos, Boaventura de Sousa, *La globalización del derecho: los nuevos caminos de la regulación y la emancipación*, Bogotá, Universidad Nacional de Colombia, 1998.

Stavenhagen, Rodolfo, “Los movimientos indígenas en América Latina”, *Nuevamérica/Novamerica*, No.17, 2008, 4-17.

Tubino, Fidel, “La interculturalidad crítica como proyecto ético-político”, Encuentro continental de educadores agustinos, Lima, enero 24-28, 2005.
<http://oala.villanova.edu/congresos/educación/lima-ponen-02.html>

Walsh, Catherine, “Desenvolvimento como *Buen Vivir*: arranjos institucionais e laços (de)coloniais”, *Nuevamérica/Novamerica*, No.126, abril-junio 2010, 27-31.

Walsh, Catherine, “Development as *Buen Vivir*: Institutional Arrangements and (De)colonial Entanglements,” *Development* (Rome: Society for International Development), marzo 2010, 15-21.

Walsh, Catherine, *Interculturalidad, Estado, Sociedad: Luchas (de)coloniales de nuestra época*, Quito, Universidad Andina Simón Bolívar/Abya Yala, 2009.

Walsh, Catherine, “Interculturalidad, reformas constitucionales y pluralismo jurídico”, en Judith Salgado (comp.), *Justicia indígena. Aportes para un debate*. Quito: Universidad Andina Simón Bolívar/ Abya Yala, 2002.