

INTERCULTURALIDAD

LA TEORÍA DE LA FACTICIDAD Y LA VALIDEZ DE J. HÁBERMAS DENTRO DE LA POLÉMICA ENTRE DERECHO CONSUETUDINARIO INDÍGENA Y EL DERECHO POSITIVO¹

XV DOCUMENTO PARA EL PROYECTO HACIA MÉRIDA CIUDAD EDUCADORA Y DEL CONOCIMIENTO

LUIS OQUENDO Y HÉCTOR SIERRA
Grupo de investigación de la Consciencia Social
Universidad de Los Andes. Mérida. Venezuela. Universidad del Zulia.
profesorouquendo@hotmail.com

RESUMEN

El objeto de este artículo es tratar de establecer la posibilidad de la relación entre la teoría de J. Habermas (1998) acerca de la tensión entre la facticidad y la validez en el derecho y su aplicabilidad a contextos específicos dentro del escenario de la vida cotidiana o “mundo. Dentro de esta perspectiva, se buscará articular su teoría a la comprensión de la tensión existente entre el derecho positivo y el derecho consuetudinario indígena, partiendo de la necesidad de hacer un análisis acerca de cómo a través de los acuerdos intersubjetivos se puede pensar en la legitimación de la validez de las normas jurídicas de los pueblos amerindios, fundamentado en el diálogo intercultural. Este análisis conducirá a exponer un seguimiento al origen mismo de la tensión entre ambos tipos de derecho, desde la historia y la identidad cultural, para construir más adelante una hipótesis mediadora a partir de un pluralismo jurídico-cultural inscrito en el pan indigenismo, Oquendo (2007, 2009).

Palabras claves: facticidad, validez, derecho consuetudinario, acuerdos intersubjetivos, derecho positivo

HÁBERMAS J. FACTICITY THEORY AND VALIDITY WITHIN THE COMMON LAW CONTROVERSY BETWEEN INDIGENOUS AND POSITIVE LAW

ABSTRACT

The purpose of this article is to try to establish the possibility of the relationship between the theory of J. Habermas (1998) about the tension between facticity and validity in law and its applicability to specific situations within everyday life scenario or “world. Within this perspective, we seek to articulate his theory to the understanding of the tension between positive law and indigenous customary law, based on the need to do an analysis of how through intersubjective agreements can think of legitimation of the validity of legal norms of the Amerindian peoples, based on intercultural dialogue. This analysis will lead to exposing to track origin of the tension between the two types of law, from history and cultural identity, to build a hypothesis mediator later from a legal -cultural pluralism enrolled in bread indigenism Oquendo (2007, 2009).

Keywords: Facticity, validity, common law, intersubjective agreements, positive law

¹ Este artículo es producto del Seminario Derecho consuetudinario Vs Derecho positivo desde una perspectiva antropológica dictado por el Dr. Luis Oquendo en el Postgrado de Ciencias Políticas de la Universidad de Los Andes durante el período A 2012

POSTULADO INICIAL

Nuestra intención es ante todo destacar la idea habermasiana que sostiene que a través del entendimiento intersubjetivo se puede lograr resolver el dilema de la “*obediencia a la ley*”; contemplando la posibilidad de una coerción fáctica y, a la vez, de una validez legítima de orden racional y social².

Habermas (1998) plantea la necesidad de comprender, cómo con la entrada de nuevos esquemas de integración y funcionalidad social (desacralizados), surge una construcción del orden normativo jurídico, particularizado por los procesos de entendimientos intersubjetivos o de “*acuerdos afines con sentido*”, Max Weber,³ siendo esto lo que le dará validez en sí mismo a dicho orden⁴. A pesar de que Habermas propone dicho razonamiento en función de reivindicar su teoría de la “*acción comunicativa*” como fundamento del entendimiento entre la aplicación del orden normativo y las acciones sociales en el “*mundo de la vida*”.

En este sentido, nuestra propuesta consiste en rescatar la pertinencia de dicho postulado dentro de un dilema mayor, como lo es el generado a partir de la tensión entre derecho consuetudinario indígena y el derecho positivo occidental a partir de la declaración 169 de la OIT. Así, en lo relacionado con la aplicabilidad y la obediencia de las normas jurídicas dentro de los contextos donde intervienen, pretende desde la perspectiva de la interculturalidad alcanzar la dialogicidad entre el multiculturalismo y los derechos de los pueblos indígenas, y en segundo lugar, busca el mantenimiento de un orden social entablado a partir de la concepción de libertad e igualdad promovidas desde los estados modernos liberales y democráticos como instrumento para crear la ruptura entre ambos derechos.

Siguiendo lo planteado, Camilo Borrero García (2003) hace una aproximación para la comprensión de dicho dilema; quien propone la dualidad a que se enfrenta el Estado, que es garante de los derechos fundamentales de los individuos nacidos en su territorio, pero que, a la vez, tiene el reto de tener que ceder su terreno frente a las formas como las etnias construyen su identidad colectiva e individual, más cuando se trata de aceptar la manera particular como se establecen los deberes y los derechos dentro de los integrantes de la comunidad.⁵

De acuerdo con Habermas, dentro de su Teoría de la Acción Comunicativa, en su enfoque de los acuerdos afines, se podría partir de una primera hipótesis de coerción fáctica del derecho, en la que el Estado—pensando en una posible solución al suscitado dilema de aplicación de la norma dentro de una comunidad indígena—antepone la condición general de ciudadano a la de miembro particular de una comunidad, es decir, reivindica la legitimidad de los derechos y los deberes individuales por encima de los derechos colectivos, amparándose en su condición de Estado liberal y democrático. Esto nos podría conducir a replantear el concepto de norma, pues la norma jurídica en el derecho positivo es distante de la norma en el derecho consuetudinario, pues este último no legitima la norma de acuerdo a “*principios obligatorios*”, Dworkin, en tanto que las normas jurídicas, léase derecho positivo construye las normas a partir de la eticidad del grupo de individuos, intelectuales que la han elaborado.

Siguiendo con lo anterior, hemos seleccionado un caso que ocurrió en Colombia, donde un indígena de la *comunidad Pijao* fue acusado de asesinato y juzgado bajo el derecho occidental, pasando por encima de las normas de carácter consuetudinario establecidas por ellos convencionalmente, contradiciendo lo expuesto

² Habermas, Jürgen. *Facticidad y Validez*. Madrid. Ed. Trotta. 1998. p.87.

³ Para Weber la validez de un orden social debe estar relacionada con unos acuerdos a fines con sentido, es decir, que son acuerdos distintos a los que se entablan de manera casual, por costumbre o con el único propósito de recibir un beneficio particular. Mediante estos acuerdos afines con sentido es que el autor considera que se puede hablar de un orden legítimo, ya que como motivo primordial de la obligación individual se encuentra un *deber ser* de tipo racional y voluntario. En: Max Weber. *Economía y Sociedad*. México. F.C.E. 1944. Pp. 25-26.

⁴ Habermas, Jürgen. *Facticidad y Validez*. Madrid. Ed. Trotta. 1998. p.87.

⁵ BORRERO GARCIA, Camilo. *Multiculturalismo y Derechos Indígenas*. Bogotá D.C., CINEP. 2003. P.15.

en la Carta Magna de 1991, artículo 246,⁶ esto a pesar de haber de los avances del derecho consuetudinario indígena del Estado Colombiano. De la misma manera, en Venezuela con el caso de Sabino⁷ ocurrido el 13 de octubre del 2009, se invisibilizaron las conquistas de los pueblos indígenas de Venezuela en el capítulo VIII de la Constitución de 1999 y la Ley de Los Pueblos Indígenas.

Así pues, bajo una segunda hipótesis, se podría tomar el caso contrario, es decir, la aplicación fáctica de la norma desde el derecho consuetudinario indígena, que amparado y legitimado por la tradición y los códigos internos de legislación, también cae en ciertas ocasiones en violaciones directas a los derechos individuales, como en el caso ocurrido dentro de la *comunidad Ayo Ayo* en Bolivia en el año 2004⁸. Allí, de manera un tanto arbitraria, se aplicó el castigo de la pena de muerte a un miembro de la comunidad, a pesar de que dentro de la comunidad se reconocía que dicha práctica entraba en contradicción con los derechos fundamentales estipulados convencionalmente por la ONU y, también, de la constitución vigente del país. Esto nos lleva a planteamientos que haremos en otro trabajo acerca de la universalización de los derechos humanos, si estos se instalan en la racionalidad como instrumento del ser y del hacer del hombre.

En los ejemplos anteriores se devela la incompatibilidad existente entre el carácter fáctico de la aplicación de la norma y la validez social o individual de la misma, lo cual, es a la vez, una evidencia de la incompatibilidad entre los acuerdos entre el derecho consuetudinario indígena y el derecho positivo. En los dos primeros casos,

⁶ Este caso específico se desarrolló dentro de la comunidad Pijao, del Resguardo Chenche Amayarco en el municipio de Coyaima (Tolima). El Indígena Hermógenes Prada asesino a otro indígena local dentro de su misma comunidad, por lo cual fue sentenciado por la justicia ordinaria a doce años de prisión (de los cuales cumplió ocho). El indígena y la comunidad a la cual pertenecía se manifestaron indignados porque fueron negados sus derechos consuetudinarios sobre la legislación de los crímenes dentro su comunidad. Así que éste tuvo que acudir a las instancias constitucionales como lo es la tutela, para que fueran reconocidos sus derechos. De todas formas tuvo que pagar ocho años en una prisión del Estado, cuando dentro de su comunidad habría tenido que cumplir con una sanción disciplinaria con la cual él se reivindicaría socialmente. En: MARTINEZ Ubáñez, Simón. HERNANDEZ Guerra, Ángel. *Territorio y Ley en la Sociedad Wayuu*. Fondo Mixto para la promoción de la cultura y las artes de la Guajira. 2005. p. 98.

⁷ El conflicto tal como lo expusimos ocurrió en octubre del 2010 y fue dilatado hasta tal punto que fue llevado a una Circunscripción Judicial que no correspondía por Jurisdicción, dejando sin lugar las excepciones presentadas por el abogado defensor de Sabino Romero. Estas mismas excepciones fueron presentadas en la fase preparatoria ante el Juzgado de primera instancia en lo Penal en funciones de de Control extensión del Municipio Rosario de Perijá, Villa del Rosario del Circuito Judicial Penal del estado Zulia y que declarado sin lugar según decisión N-1.006 de fecha 23 de Octubre de 2009 y luego impugnada en la Sala 02 de la Corte de Apelaciones del Circuito Judicial del Estado Zulia. Este a su vez confirmó la decisión de la Primera Instancia mediante la decisión signada bajo el No 436-09. Los desafueros judiciales van en contra la Carta Magna de Venezuela en su articulado comprendido desde el 119 al 126. El artículo 260 de la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela reconoce la jurisdicción especial indígena que a la letra dice “Las autoridades legítima de los pueblos indígenas podrán aplicar en su hábitat instancias de justicia con base a sus tradiciones ancestrales y que solo afecten a sus integrantes, según sus propias normas y procedimientos siempre que no sean contrarios a esta Constitución, a la ley ya al orden público. De igual manera el artículo 141 En los procesos penales que involucren indígenas se respetarán las siguientes reglas: 1- No se perseguirá penalmente indígenas por hechos tipificados como delitos, cuando en su cultura y derecho estos actos sean permitidos, siempre que sean incompatibles con los derechos fundamentales establecidos en la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela, los tratados, pactos y convenciones internacionales suscritos y ratificados por la República...” Sigo lo que en el expediente del PODER JUDICIAL , CIRCUNSCRIPCIÓN JUDICIAL DEL ESTADO TRUJILLO CIRCUITO JUDICIAL PENAL, Tribunal Penal de Juicio, Trujillo de fecha 10 de mayo de 2011, textualmente dice: “ la autoría de la muerte de la ciudadana Mireña Romero en su representado Alexander Fernández quien accionó un arma de fuego en contra la ciudadana que era además la pareja y estaba embarazada de él y que supuestamente Sabino Romero fue quien le ordenó que disparara... la , CIRCUNSCRIPCIÓN JUDICIAL DEL ESTADO TRUJILLO, administrando justicia en nombre de la República Bolivariana de Venezuela y por autoridad de la Ley, decide, PRIMERO: DECLARA INCULPABLE al ciudadano Alexander Fernández, venezolano, Cédula de Identidad No 20166873...por motivos fútiles y con alevosía en grado de autor...SEGUNDO DECLARA INCULPABLE al ciudadano Sabino Romero Izarra, venezolano, Cedula de identidad No 7693418, ocupación cacique de la comunidad, fecha de nacimiento 2 de febrero de 1965, edad 45 años, domiciliado en la Comunidad de Chapktapa, Sierra de Perijá, Municipio Machiques estado Zulia, por la comisión de los delitos de Homicidio intencional calificado por motivos fútiles y con alevosía...” El estado venezolano a través de la CIRCUNSCRIPCIÓN JUDICIAL alega”. El hecho no se cometió en un hábitat natural indígena (sic) naturales propias de la culturas indígenas como bohíos o chabones por cuanto se trata de una finca con estructuras propias urbanas; por lo tanto solicita que sean juzgados estos acusados por este tribunal...”.

⁸ Este caso ocurrió en el 14 de junio del 2004 en la comunidad Ayu Ayu ubicada en el altiplano de Bolivia, en donde bajo la acusación de corrupción se condenó a muerte al alcalde de la comunidad Benjamín Altamirano, desconociéndole el derecho a la legítima defensa y el derecho fundamental a la vida. Caso citado por la abogada Kimberly Inksater, en su tesis de grado que lleva como nombre “*Resolviendo tensiones entre Derecho Indígena y Normas de Derechos Humanos a través del Pluralismo Juri-Cultural Transformativo*”. Facultad de Derecho de la Universidad de Ottawa. 2006. P. 1.

la imposición de las normas por parte de los Estados colombiano y venezolano puede considerarse legítima dentro del sistema jurídico positivo, pero deja de tener una validez efectiva en lo que dentro de la acción de la Teoría Comunicativa de Habermas hace parte del entendimiento racional intersubjetivo. En consecuencia, el Estado desconoce la posibilidad real de una discusión racional y consensual con la comunidad indígena antes de tomar la decisión judicial. Por lo demás, la resolución, es también un atentado contra el derecho a las minorías étnicas y culturales en lo que tiene que ver con las formas propias de vida, ya que éstas deben ser respetadas en aras de garantizar la libertad pluriétnica y pluricultural, tal como ha sido señalado por la OIT dentro de su ARTÍCULO 169 (Capítulo 26) y en el ARTÍCULO 27 de la ONU y la OEA sobre los derechos especiales indígenas, además de los principios establecidos constitucionalmente en la constitución de 1991 (Colombia) y 1999 (Venezuela) que van a ser expuestos posteriormente.

En el último caso referido, debe hacerse hincapié en que a pesar que internamente la norma de la pena de muerte se encuentra establecida legítimamente dentro de la comunidad, existe una negación del principio individual que ampara el principio de la vida, por lo que la validez de la misma a nivel social se encuentra deslegitimada.

Siguiendo lo expuesto, cabría plantearse el dilema de ¿qué es lo que hace posible la validez de la norma a nivel social? Teniendo en cuenta que lo que está de por medio es el reconocimiento de los derechos colectivos por parte del Estado, pero, también, el reconocimiento de los derechos individuales por parte de las comunidades indígenas.

EL PANINDIGENISMO

Desde los años 70 se viene hablando de Panindigenismo, pero desde varias perspectivas, las cuales las resumiremos en dos tendencias. La primera, marxista, le da un carácter clasista y el análisis que expone es desde la metodología del materialismo histórico, soslayando el enclave europeo que configura este pensamiento, además niega en sus propuestas y desarrollo, la Tolerancia y la Paz que han sido instrumentos de los pueblos amerindios para resolver sus conflictos. La segunda tendencia, etnocentrista, que plantea la resolución de los conflictos y su análisis y explicación sólo desde la visión del mundo indígena. Esta niega los 500 y tantos años de “contacto” con otros procesos civilizatorios. El panindigenismo lo entenderemos a partir de la explicación y análisis de los hechos, accidentes y conflictos visto desde la totalidad donde las partes que conforman las situaciones y problemas sean examinadas en un primer momento que surgieron y luego su relación con la totalidad. Es decir, la pluriculturalidad será el eje transversal de análisis y explicación. Oquendo⁹ ha planteado el pan indigenismo a partir de los postulados del Congreso de Barbados I, II y III que se resume en que los pueblos amerindios deben construir a partir de su lengua y su historia la resolución de los conflictos sin menoscabar las otras sociedades. El pan indigenismo en el ámbito del derecho consuetudinario debe orientarse en la construcción de una ciudadanía pluricultural para lograr la dialogicidad en las normas jurídicas del derecho positivo y el derecho consuetudinario. Esto exige una eticidad discursiva que algunos pueblos amerindios lo expresan en la manera de la resolución de sus conflictos e inclusive en la comprensión que subyace cuando exponen lo que ellos consideran como “nación indígena”.

LA OBEDIENCIA COMO PUNTO DE PARTIDA ENTRE LA FATCICIDAD Y LA VALIDEZ DENTRO DE LA TENSIÓN EXISTENTE ENTRE EL DERECHO POSITIVO Y EL DERECHO CONSUETUDINARIO.

La solución a esta contradicción es compleja de definir, pues, en primera lugar, se podría aducir que toda norma es válida socialmente mientras esta se aplique y se obedezca correctamente. Sin embargo, aquí surge otra contradicción, la que parte de analizar hasta dónde la obediencia por sí misma es causa de legitimación de la norma. Un acercamiento a una posible solución de la contradicción se halla en la tercera

⁹ Luis Oquendo- La interculturalidad en las culturas amerindias. Ponencia leída en Congreso de Culturas Indígenas. Universidad del Zulia. 2010

parte del segundo capítulo titulado *El derecho como categoría de la mediación social*, donde Habermas(1998) comenta la manera cómo Kant contempla la validez de las normas jurídicas, a saber, desde la posibilidad de que el derecho responda a los presupuestos de coerción y libertad;

“Las reglas jurídicas establecen condiciones de coerción, bajo las que el arbitrio de uno pueda concertarse o conciliarse con el arbitrio del otro conforme a unas leyes general de libertad [...] Las condiciones de coerción sólo necesitan ser percibidas por los destinatarios como un motivo empírico para un comportamiento conforme con la regla; pues una acción por deber, es decir, la obediencia al derecho moralmente motivada, es algo que por razones analíticas no puede imponerse mediante coerción. Pero por otro lado, una conciliación del arbitrio de cada uno con el arbitrio de todos los demás, es decir, la integración social, sólo es posible sobre la base de reglas normativamente válidas, que desde un punto de vista moral -conforme a una ley general de libertad- merezcan el reconocimiento no coercitivo, es decir, el reconocimiento racionalmente motivado de sus destinatarios. Si bien las pretensiones fundadas en derechos van asociadas con facultades de ejercer coerción, han de ser seguidas también en todo momento por la pretensión normativa de validez que le es inherente, es decir, por respeto a la ley.”¹⁰

Lo más importante en el caso que nos ocupa es tratar que con la propuesta de una ley general de libertad, Kant está tratando de remediar la dualidad entre el ser y el deber ser en el derecho, al señalar que toda obligación encargada de respaldar la efectividad de la ley y la norma jurídica debe, por un lado, ser asumida moral y racionalmente por el individuo y, por otro lado, debe estar plenamente consensuada por todos aquellos que serán sus destinatarios. Esto no quiere decir, claro, tal como lo comprende Kant, que se pueda dejar al libre arbitrio la obligación que se tiene con la norma que ha sido socialmente validada. En general, una ley coercitiva que desee ser validada socialmente a partir de la obediencia, tiene que partir del principio de la consensualización racional y colectiva, en donde cada individuo debe encontrarse reconocido como parte de ella, porque libremente eligió hacerlo así. No obstante, también el individuo debe comprometerse moral y éticamente a respetar la ley, en función de mantener los acuerdos establecidos socialmente.

Aplicado al caso que nos compete, se trataría de que surja un entendimiento dialogado y consensuado entre el Estado y los pueblos indígenas para establecer conjuntamente las normas que van a definir el orden al interior de la misma. Por ese motivo, el Estado como primer actor, tendría que concientizarse de la importancia que tiene el reconocimiento de una legislación indígena independiente, la cual es el producto de un consenso colectivo que, normalmente, tiene toda una significación de tipo histórico, religioso y social, muchas veces desconocida por las instituciones estatales. No es nada nuevo, el hecho de que en varias ocasiones se haya llamado la atención a los distintos países donde se encuentran los pueblos indígenas para se les reconozca su derecho a que se respeten sus tradiciones jurídicas de sus comunidades, de hecho, en uno de los últimos informes, el relator especial para la UNESCO hace recomendaciones en ese sentido:

El Relator Especial recomienda que los Estados realicen estudios exhaustivos y, de ser necesario, introduzcan reformas en sus sistemas de justicia para proteger mejor los derechos de los pueblos indígenas. Invita a la Comisión de Derechos Humanos a tratar de esta cuestión con los Estados Miembros. Las reformas deberían comprender el respeto de las costumbres jurídicas, el idioma y la cultura indígenas en los tribunales y en la administración de justicia; la plena participación de los indígenas en la reforma de la justicia y el establecimiento de mecanismos de justicia alternativos.¹¹

¹⁰ Kant, citado por Habermas en: *Facticidad y Validez*. p. 91-92.

¹¹ Lo anteriormente mencionado hace parte del informe del relator especial de la UNESCO, Rodolfo Stavenhagen, acerca de la situación de los pueblos indígenas en el mundo. En: Rodolfo Stavenhagen, *Los Pueblos Indígenas y sus Derechos*, UNESCO, México, 2004. pp. 75-76.

A propósito, Oquendo¹² plantea lo siguiente:

Hay mecanismos panlingüísticos que el hombre indígena ha venido absolviendo a través de su práctica social como es la institución de parentesco wayuu donde cada uno de los treinta y cinco términos de parentescos contienen un rol en la institución familiar y una praxis milenaria. ... el uso y aplicabilidad de los términos de parentescos por los miembros de la sociedad guajira genera progresión histórica y lingüística. El recorrido histórico del pueblo wayuu se relaciona por la participación de la familia en los acontecimientos que han participado o se ha visto en la necesidad de participar por la resolución de conflictos los cuales no disminuye al pueblo wayuu, al contrario lo enriquece históricamente.

De igual manera, también sería responsabilidad de las comunidades indígenas el hecho de reconocer los límites que como asociación independiente tienen con respecto a la aplicación de las normas, para que, en todo caso, no se vayan a presentar eventos en donde se violen derechos fundamentales de tipo individual o colectivo, o, en su defecto, se permita la impunidad en los casos donde se afecten los mismos. Es importante recalcar que los pueblos indígenas tengan en cuenta que ellos también hacen parte del Estado, por lo tanto tienen unos deberes de tipo constitucional con los cuales se encuentran comprometidos como ciudadanos. No obstante, este comentario habría que revisarlo a la luz de las teorías de Estado- Nación y cómo se insertan o están inscritos los pueblos amerindios en la participación del Estado venezolano, colombiano que en otro trabajo será planteado.

Un punto de encuentro, basado en acuerdos intersubjetivos racionales y dialogados, como los que propone Habermas en su teoría de la “*acción comunicativa*”, debe permitir remediar las tensiones surgidas en la defensa de cada uno de las formas de derecho, y posteriormente, comprometer conjuntamente a los miembros de ambas partes en la discusión de la pertinencia y la validez de las normas establecidas conjuntamente. Sin embargo, hay que tener en cuenta, que no es posible hacer referencia a la validez de una las normas desde la tensión entre el derecho consuetudinario indígena y el derecho positivo occidental, sin haberse cuestionado antes acerca del origen mismo de la tensión. Es por este motivo que en el siguiente apartado se hará referencia a dos de los aspectos que parecen ser de una gran relevancia para comprender parte del origen de la tensión entre ambas formas de derecho, a saber, la historia y la identidad cultural.

LA TENSION DE LA FACTICIDAD Y VALIDEZ ENTRE EL DERECHO CONSUTUDINARIO INDIGENA Y EL DERECHO POSITIVO OCCIDENTAL ES TAMBIÉN UN PROBLEMA HISTÓRICO Y DE IDENTIDAD CULTURAL

Es necesario tener en cuenta que la tensión entre el derecho consuetudinario indígena y el derecho positivo no es algo que nació intempestivamente como una simple discusión jurídica-procedimental entre los legisladores del Estado-Nación y los pueblos indígenas. El problema de la tensión entre estos dos tipos de derecho es histórico, tal como lo señala Boaventura de Sousa Santos refiriéndose al pluralismo jurídico: “El contexto sociológico básico en que se dio el interés por el problema fue, como en muchos otros asuntos, el colonialismo; es decir, la coexistencia en un mismo espacio arbitrariamente unificado como colonia, el derecho del Estado colonizador y de los derechos tradicionales... El conocimiento sociológico del pluralismo jurídico, esto es el conocimiento de las diferencias socio-económicas, políticas y culturales en que se basaba, se volvió indispensable para asegurar la pacificación de las colonias a través de una gestión (económica) de los recursos coloniales”.¹³

¹² Luis Oquendo. *Los derechos lingüísticos de los pueblos indígenas*. Ponencia leída en el CONGRESO NACIONAL DE LOS DERECHOS DE LOS PUEBLOS INDÍGENAS. UNIVERSIDAD DE LOS ANDES, MÉRIDA. 2009

¹³ Citado por Camilo Borrero García del Libro *Estado, derecho y luchas sociales* de Boaventura De Sousa Santos. Op. Cit. *Multiculturalismo y Derechos Indígenas*. P. 17.

Así pues, no se puede entablar en un momento actual una discusión entre las dos clases de derecho sin tener que remontarse al choque de culturas producto de los más de quinientos años de resistencia indígena, pues, a partir de ese evento, se han transformado los órdenes sociales existentes desde ese entonces hasta ahora. Es indudable que el peso del colonialismo y el neocolonialismo interno ha permeado el desarrollo de las instituciones jurídicas occidentales, convirtiéndolas muchas veces en instrumentos de poder, por medio del cual se explota, se expropia y se niega los derechos indígenas en aras de los intereses particulares o del Estado, tal como nos lo hacen recordar instituciones como la UNESCO.

Los derechos por los que han luchado tanto tiempo los pueblos indígenas en distintas partes del mundo, se derivan de las circunstancias históricas, sociales, políticas y culturales en las que estos derechos les fueron sustraídos y negados. Se trata en primer lugar, de los procesos de conquista y colonización que emprendieron los diversos imperios que el mundo ha conocido, sobre todo los imperios europeos a partir de la llamada Era de los Descubrimientos. La colonización de tierras lejanas condujo con frecuencia a la destrucción de los pueblos originarios que en ellas habitaban; el despojo de sus riquezas y recursos; el sometimiento de sus poblaciones a la explotación económica (esclavitud, servidumbre, encomiendas, tributos etc.); el desmantelamiento de sus formas propias de gobierno y su subordinación a las del conquistador. Estos procesos continuaron en muchas partes después de la disolución de los imperios coloniales y la construcción de los Estados Nacionales, en los cuales con frecuencia fueron prohibidas las lenguas indígenas, despreciadas sus culturas y formas de vida y acelerada su asimilación por medio de políticas educativas, lingüísticas y culturales. Continuó también, salvo raras excepciones y hasta la actualidad, el despojo de sus tierras y recursos, así como la discriminación contra sus culturas, religiones e identidades.¹⁴

En consecuencia, partiendo de dicha premisa, la tensión entre el derecho positivo y el derecho consuetudinario indígena, comienza a tomar otro rumbo, ya que de lo que se trata es de involucrar la necesidad del reconocimiento de los indígenas no solamente como ciudadanos dentro del Estado-Nación modernos, sino también como habitantes de una comunidad con saberes ancestrales, que construyen gran parte de sus instituciones sociales -incluyendo las jurídicas- bajo unos principios de orden cosmogónico y simbólico-religioso, con el fin de mantener un equilibrio armónico entre el hombre, la naturaleza y la vida. Ellos no contemplan las instituciones en función de la preservación del poder como suele suceder constantemente en el caso de las sociedades modernas occidentales. Por eso, a pesar de ver cómo su cultura se fue deteriorando los hechos los vienen demostrando, ellos desean continuar manteniendo elementos con los cuales preservar sus tradiciones, entre ellos, el derecho a la autonomía jurídica, que es la manera como se ejerce el control y el orden internamente. Este hecho implica que los Estados liberales reconozcan el derecho de los pueblos indígenas, no como un acto de fe o una concesión de tipo humanitario-igualitario, sino como parte de una justa demanda que realizaban los ciudadanos de grupos minoritarios y multiculturales para que se valore su identidad y su autonomía jurídica.

Por otra parte, hay que partir de la hipótesis de que pensar en una identidad indígena, significa reconocer la influencia que tiene el colonialismo en la construcción de dicha identidad, porque tal como lo señala Guillermo Bonfil Batalla, (1981) “El indio surge con el establecimiento del orden colonial europeo en América; antes no hay indios, sino pueblos diversos con sus identidades propias [...] La categoría de indio designa el sector colonizado y hace referencia necesaria a la relación colonial”.¹⁵ Así, comprendiendo dicha especificidad, se podrá comprender mejor el origen de una identidad indígena sin apasionamientos ni prejuicios, sino más bien buscando que exista un reconocimiento de sí mismos por parte de los indios

¹⁴ Cfr. STAVENHAGEN Rodolfo. (Asesor para asuntos indígenas de la UNESCO). *Los Pueblos Indígenas y sus Derechos*. UNESCO. México. P.12.

*Es la manera como dentro de la comunidad Wayuu se le dice al hombre occidental.

¹⁵ BONFIL, BATALLA, Guillermo. *Utopía y Revolución: El pensamiento político contemporáneo de los indios en América Latina*. México. Editorial Nueva Imagen. 1981. p. 19.

dentro de dicha dinámica, de tal manera que luego puedan defender su causa abriendo la posibilidad de la dialogicidad intercultural.

EL PLURALISMO JURÍDICO COMO FACTOR DE MEDIACIÓN DE LA TENSION EXISTENTE ENTRE EL DERECHO CONSUECUDINARIO INDÍGENA Y EL DERECHO POSITIVO OCCIDENTAL

El aceptar la idea de la identidad y la multicultural como factores de incidencia en la tensión sostenida entre el derecho consuetudinario indígena y el derecho positivo, permite abrir el debate para que se comience a pensar al factor de identidad y multiculturalidad como una de las razones que permiten la validez social de la norma desde la obediencia racional y colectiva. Esto conlleva necesariamente asimilar, tal cómo se señaló con anterioridad, que el problema de la identidad está ligado a la posibilidad de una autonomía jurídica; es decir, retomando el postulado de Habermas, que los destinatarios del derecho sean los mismos que legitimen el orden jurídico a partir de la construcción autónoma, racional y dialogada de las normas de convivencia.¹⁶ En este caso, deben ser los mismos pueblos indígenas, autores o coautores de las normas con las que se va a ordenar su comunidad, lo cual no quiere decir que deban dejar de lado la preocupación por establecer diálogos permanentes con el derecho occidental, pero manteniendo lo intercultural y el panindigenismo en la construcción de un Estado multicultural mientras no se caiga en la tentación de una autonomía jurídica exacerbada donde se niegue la condición humana.

Con el descubrimiento del pluralismo jurídico se abre una base teórica para enfrentar la tensión entre el derecho consuetudinario y el derecho positivo, buscando precisamente que se reconozca una autonomía indígena en la manera como se instituyen y se aplican las leyes dentro de la comunidad. Varios son los autores que han escrito acerca de dicha problemática como Raquel Yrigoyen, Rachel Seider y Donna Lee Van Cott, entre otros, sin embargo, para este trabajo, se tomará la propuesta de Kimberly Inksater sobre un pluralismo Jurídico transformativo, en donde la autora plantea que a pesar de la tensión entre las dos culturas jurídicas puede haber un reconocimiento de una autonomía indígena capaz de hacer efectivo la aplicación de las normas sancionatorias en los casos de delitos criminales.¹⁷ Su tesis parte de los estudios realizados acerca del pluralismo jurídico en el mundo y específicamente en Latinoamérica, pues, es donde ella considera que se ha dado más el debate acerca de la defensa de pluralismo jurídico y la autonomía indígena. En ese mismo sentido ella considera que es en Bolivia y en Colombia donde más se ha amparado constitucionalmente el derecho consuetudinario¹⁸, pero, también, es donde se presenta el mayor conflicto por el uso de castigos corporales, que en ocasiones (como en el caso señalado anteriormente) atentan contra los derechos fundamentales.¹⁹

¹⁶ HABERMAS, Jürgen. *La inclusión del otro: estudios de teoría política*. Barcelona. Editorial Paidós Básica. 1999. pp. 189-227.

¹⁷ Cfr. Inksater. "Resolviendo tensiones entre Derecho Indígena y Normas de Derechos Humanos a través del Pluralismo jurídico-cultural transformativo". p. 5.

¹⁸ En Colombia, a partir de la constitución de 1991, se dio un reconocimiento especial a los asuntos indígenas y multiculturales como parte del Estado. Específicamente los Artículos (1), (7), (8) y (10), hacen referencia al reconocimiento por parte del Estado de una diversidad étnica, cultural y plurilingüística; los Artículos (68), (70), (72), abogan por el respeto a la identidad cultural indígena, por la igualdad frente a los demás ciudadanos y por la inclusión dentro del patrimonio cultural del país; los Artículos (171) y (176) proponen la inclusión de una circunscripción nacional y una circunscripción especial para que los indígenas puedan ocupar cargos políticos dentro del Estado; y los Artículos (246), (330), (329) en correspondencia con el Art.(63), que abogan por el respeto hacia el autogobierno y las instituciones administrativas y legislativas indígenas, al igual que, por la defensa de sus territorios; cabe notar que este último aspecto es el que más ha generado polémica dentro del país, ya que el territorio indígena se ha visto vulnerado constantemente por el Estado, por acuerdos de tipo económico y comercial. En el caso de Bolivia, la Constitución Política del Estado, 1994 (Bolivia), enmendada por Ley No. 2650, 2004 Art. 1 [Constitución o Constitución Boliviana], reconoce al Estado Boliviano como multiétnico y pluricultural; el Artículo (171) que protege los derechos económicos, sociales y culturales de los pueblos indígenas y el Artículo (28) del Código de Procedimiento Penal que reconoce la jurisdicción penal de las autoridades indígenas. Hay que tener en cuenta que los derechos indígenas en Bolivia comenzaron a tener una mayor relevancia dentro del Estado con la elección de Evo Morales como presidente, lo cual es irónico dentro de un país que tiene la mayor parte de la población de origen indígena.

¹⁹ *Ibid.* pp. 2-3.

Dentro de su análisis, la autora cree que es necesario realizar un balance de lo que hasta ahora se ha escrito acerca del tema, por eso parte de la crítica hacia algunos de los enfoques tratados. Una de sus críticas está dirigida a aquellas teorías que a pesar de defender la pluralidad cultural y jurídica siguen aprobando un orden jurídico centralizado en el poder estatal, como en el caso de M.B. Hooker, Margaret Davies, Hoekema, entre otros. Otra de las cosas que rescata la autora es la necesidad de comprender los estudios acerca de pluralismo jurídico desde la diferenciación de contextos propios de la variedad cultural, para no caer en una homogenización de las conclusiones entorno a las prácticas jurídicas indígenas, como lo quiere hacer Sousa De Santos.²⁰ Finalmente resalta el papel del pluralismo jurídico crítico encabezada por sus autores Martha-Marie Kleinhans y Roderick Macdonald,²¹ por ser uno de los más consecuentes con la defensa del derecho indígena, sobre todo en lo que tiene que ver con su fundamento teórico que, en el caso nuestro es muy cercano al de Habermas, si lo comparamos textualmente: “Un pluralismo jurídico crítico se apoya en la idea de que es un conocimiento que mantiene y crea realidades. Los sujetos legales no están completamente determinados; poseen una capacidad de transformación que les permite producir conocimiento legal y formar las mismas estructuras del derecho que contribuyen a constituir su subjetividad legal. Esta capacidad de transformación está conectada directamente a su particularidad sustantiva. Esto otorga a los sujetos legales la responsabilidad para participar en las múltiples comunidades normativas por las cuales ellos reconocen y crean su propia subjetividad legal”²².

Ahora bien, para Inksater es claro que no se puede desarrollar eficientemente una teoría de pluralismo jurídico mientras no existan dos cosas: por un lado, la ya mencionada constantemente autonomía política indígena o (autogobierno) -reconocida bajo el artículo #3 de la Declaración de Panamá- y, por otro lado, el hecho de una soberanía territorial.²³ Acerca del primer aspecto se ha hablado mucho en el anterior aparte, por lo tanto, el análisis se concentrará en el segundo aspecto, la soberanía territorial. De todas maneras no sobra recordar la importancia que tiene para el desarrollo de una cultura incluyente y pluralista globalizada, el hecho de que los estados liberales y democráticos garanticen una autonomía política de las instituciones indígenas, sobre todo si lo que se quiere extender es un verdadero mensaje de igualdad. En cuanto al segundo aspecto, la soberanía sobre el territorio, es necesario tener en cuenta que es uno de los elementos que más se encuentra arraigado a las comunidades indígenas, debido a su importancia cultural, religiosa, social y política. Por ejemplo, en el caso de comunidades como la Wayuu en Colombia, el territorio es una de las partes fundamentales dentro de su identidad, ya que es allí donde se forma la familia uterina y donde se desarrollan las prácticas ritualistas de la vida y de la muerte (entierros, matrimonios, etc.), las cuales hacen parte del desarrollo integral del hombre y la comunidad.²⁴ Más adelante, Inksater añade a estos dos aspectos un tercero, en el que supone al derecho como un elemento más dentro de la visión cosmogónica del orden del mundo, lo cual es inmanente a la identidad cultural de toda comunidad indígena.²⁵

²⁰ *Ibíd.* pp. 10-11.

²¹ Citado por Kimberly Inksater “Resolviendo tensiones entre Derecho Indígena y Normas de Derechos Humanos a partir del Pluralismo jurídico transformativo”. En: Kleinhans & Macdonald, supra nota 18 p. 36: “A critical legal pluralism presumes that subjects control law as much as law controls subjects within its normative sphere.” P.11.

²² Como aspectos relevantes de la teoría del pluralismo jurídico crítico la autora señala: Primero, los sujetos son la autoridad legal e influyen activamente en “el derecho”. Segundo, reconocen que los sujetos legales poseen múltiples identidades y por ende, perciben múltiples sistemas jurídicos. Tercero, el pluralismo jurídico crítico reconoce la habilidad de los sujetos de construir el derecho, o, en otras palabras, transforman lo que ellos creen que es el derecho a través de la “práctica emancipadora”. *Resolviendo tensiones entre Derecho Indígena y Normas de Derechos Humanos a partir del Pluralismo jurídico transformativo*. Citado por Kimberly Inksater En: Kleinhans & Macdonald, supra nota 18 p. 40: “A critical legal pluralism presumes that subjects control law as much as law controls subjects within its normative sphere.”

²³ *Ibíd.* pp. 20-21.

²⁴ MARTINEZ Ubáñez, Simón. HERNANDEZ Guerra, Ángel. Territorio y Ley en la Sociedad Wayuu. Op. cit. p. 116-117.

²⁵ El aspecto procedimental del derecho indígena está frecuentemente mezclado con rituales religiosos o es al menos está impregnado con simbolismo. Las normas jurídicas, procedimientos y sanciones es tan localmente establecidas con el propósito de mantener el equilibrio de la comunidad y proteger los valores culturales. Inksater. p 24.

Finalmente, es importante rescatar, para la consecución de este estudio, lo que tiene que ver con la mediación expuesta por la autora canadiense, en lo tocante a buscar formas de entendimiento entre el Estado y las comunidades indígenas. Ya que su tesis es muy pertinente en la medida que, aunque trate de salvaguardar las instituciones jurídicas indígenas de cualquier intromisión arbitraria de parte del derecho occidental, también reconoce la importancia de entablar acuerdos con las otras clases de derecho para hacer efectivo un pluralismo jurídico-cultural. “La manera subjetiva en que los pueblos indígenas definen sus propias normas, sanciones, procedimientos y dan legitimidad a sus autoridades, es esencial al desarrollo de un enfoque de pluralismo jurídico que asegure una relación dialéctica entre indígenas y otros sistemas jurídicos. Sugiero este enfoque combinado de la definición del derecho porque, aparte de los órdenes jurídicos indígenas, el Estado necesita aparecer en el escenario, aunque en un rol transformador hacia una “sociedad radicalmente plural”²⁶.

CONCLUSIÓN

La búsqueda constante de un equilibrio armónico* dentro de la sociedad, debe ser contemplada como parte de un imperativo categórico al estilo de Kant. La manera de buscar dicho equilibrio dependerá de la capacidad para desarrollar acuerdos de tipo convencional, en el que se pueda establecer realmente una integración colectiva de carácter incluyente y tolerante.

En un primer momento, la iniciativa de un equilibrio armónico en la sociedad debe ser abanderada por los estados en su calidad de representante legítimo del poder social. Es por eso que desde las instituciones el Estado debe promover políticas de integración social, en la que por medio de acuerdos entablados dialécticamente, se busque el reconocimiento de los distintos sectores que integran la sociedad. En el caso que nos compete, a saber, el de las instituciones jurídicas, la búsqueda de dicho equilibrio armónico debe estar basada en la posibilidad de reconocer e integrar las prácticas y los saberes jurídicos de tipo consuetudinario y comunal al derecho positivo occidental. No obstante, la tarea no es fácil, pues, se debe asumir la idea de un pluralismo étnico y cultural fundamentado en la aceptación de la diferencia y la tolerancia. De todas formas es importante recalcar en que las instituciones jurídicas también hacen parte del proyecto liberal y democrático promovido por los estados modernos, los cuales deben garantizar el ideal francés de la *libertad, igualdad y fraternidad*.

En un segundo momento, la responsabilidad de un equilibrio armónico recae en las mismas comunidades indígenas, las cuales deben tratar de integrar sus saberes y prácticas jurídicas al conjunto de la sociedad. Para ello, estas deben evaluar constantemente la compatibilidad existente entre las normas internas de cada comunidad y las normas de carácter positivo promovidas por el Estado, en aras de salvaguardar los derechos individuales que son parte integral de la sociedad.

Ahora bien, más allá de sostener posiciones individuales en la defensa de cada una de estas formas jurídicas, lo que se trata es de encontrar acuerdos a fines en los que logre satisfacer las demandas de cada quien. De ahí que lo más importante sea entablar un diálogo en torno a los parámetros mediante los cuales se dará validez a las normas jurídicas que se aplicarán dentro de las comunidades indígenas, sin afectar su autonomía jurídica, pero reconociendo también ciertos valores humanitarios de la cultura occidental.

De igual manera, es importante que se sigan promoviendo estudios académicos que resalten el pluralismo jurídico y cultural, para que se esté revaluando constantemente la relación entre ambas clases de derecho, de tal manera que los estudios sirvan de garantes en el mantenimiento de las adecuadas relaciones y el manejo de las tensiones.

Por último, ¿Qué debe plantearse el estado venezolano y colombiano, por razones que nos compete?. Un pluralismo jurídico donde no haya coerción del Estado hacia las naciones indígenas. La Tolerancia, la

²⁶ *Ibid.* pp. 26-27.

Diferencialidad y la Dialogicidad entre las “normativas jurídicas” al igual que su “racionalidad” sean consensuadas y la real participación de los pueblos amerindios a través de sus asambleas originarias donde no esté la mediación política de los líderes indígenas que han surgido del Estado- Nación, colombiano o venezolano. Que la eticidad del panindigenismo medie las relaciones entre Los Estados colombiano y venezolano con los distintos pueblos amerindios.

BIBLIOGRAFIA

- Bonfil Batalla, Guillermo. *Utopía y Revolución: El pensamiento político contemporáneo de los indios en América Latina*. México. Editorial Nueva Imagen. 1981. P. 19.
- Borrero García, Camilo. *Multiculturalismo y Derechos Indígenas*. Bogotá D.C., CINEP. 2003. P.15.
- Camilo Borrero García, Camilo *Estado, derecho y luchas sociales* de Boaventura De Sousa Santos. Op. Cit. *Multiculturalismo y Derechos Indígenas*. P. 17.
- Habermas, Jürgen. *Facticidad y Validez*. Madrid. Ed. Trota. 1998. p.87.
- Habermas, Jürgen. *La inclusión del otro: estudios de teoría política*. Barcelona. Editorial Paidós Básica. 1999. pp. 189-227.
- Inksater, Kimberly “Resolviendo tensiones entre Derecho Indígena y Normas de Derechos Humanos a través del Pluralismo jurídico-cultural transformativo”. p. 5.
- Inksater, Kimberly “Resolviendo tensiones entre Derecho Indígena y Normas de Derechos Humanos a partir del Pluralismo jurídico transformativo”. En: Kleinhans & Macdonald, supra nota 18 p. 36: “A critical legal pluralism presumes that subjects control law as much as law controls subjects within its normative sphere.” P.11.
- Inksater, Kimberly En: Kleinhans & Macdonald, supra nota 18 p. 40: “A critical legal pluralism presumes that subjects control law as much as law controls subjects within its normative sphere.”
- Inksater, Kimberly tesis de grado que lleva como nombre “Resolviendo tensiones entre Derecho Indígena y Normas de Derechos Humanos a través del Pluralismo Juri-Cultural Transformativo”. Facultad de Derecho de la Universidad de Ottawa. 2006. P. 1.
- Kant, citado por Habermas en: Facticidad y Validez*. p. 91-92.
- Martínez Ubárnez, Simón. HERNANDEZ Guerra, Ángel. *Territorio y Ley en la Sociedad Wayuu*. Fondo Mixto para la promoción de la cultura y las artes de la Guajira. 2005. p. 98.
- Martínez Ubárnez, Simón. HERNANDEZ Guerra, Ángel. *Territorio y Ley en la Sociedad Wayuu*. Op. cit. p. 116-117.
- Oquendo, Luis La interculturalidad en las culturas amerindias. Ponencia leída en Congreso de Culturas Indígenas. Universidad del Zulia. 2010
- Oquendo, Luis. *Los derechos lingüísticos de los pueblos indígenas*. Ponencia leída en el CONGRESO NACIONAL DE LOS DERECHOS DE LOS PUEBLOS INDÍGENAS. UNIVERSIDAD DE LOS ANDES, MÉRIDA. 2009
- Stavenhagen Rodolfo. (Asesor para asuntos indígenas de la UNESCO). *Los Pueblos Indígenas y sus Derechos*. UNESCO. México. P.12.
- Stavenhagen, Rodolfo. *Los Pueblos Indígenas y sus Derechos*, UNESCO, México, 2004. pp. 75-76.
- Weber, Max. *Economía y Sociedad*. México. F.C.E. 1944. Pp. 25-26