

ANUARIO DE FILOSOFÍA JURÍDICA Y SOCIAL

2012

PONENCIAS EN VALPARAÍSO II

ANUARIO DE FILOSOFÍA JURÍDICA Y SOCIAL / N° 30 / 2012



SOCIEDAD CHILENA
DE FILOSOFÍA JURÍDICA Y SOCIAL



**ANUARIO DE FILOSOFÍA
JURÍDICA Y SOCIAL
2012**

SOCIEDAD CHILENA DE FILOSOFÍA
JURÍDICA Y SOCIAL
ANUARIO DE FILOSOFÍA JURÍDICA Y SOCIAL N° 30
2012

Esta obra ha sido impresa con la colaboración de las Facultades de Derecho de las Universidades Adolfo Ibáñez, Austral de Chile, Católica del Norte, Católica de Temuco, Católica de Valparaíso, Católica de la Santísima Concepción, de Antofagasta, de Concepción, de Los Andes, de Chile, y Diego Portales.

Especial mención cabe hacer a la Facultad de Derecho y Ciencias Sociales de la Universidad de Valparaíso, en cuyo taller de imprenta, "Edeval" se llevó a cabo la impresión de este volumen.

©

Sociedad Chilena de Filosofía Jurídica y Social

I. S. B. N. — 0170 — 17881

Diseño Gráfico: Allan Browne Escobar

Impreso en EDEVAL
Errázuriz 2120 - Valparaíso
E-mail: edeval@uv.cl

ANUARIO DE FILOSOFÍA JURÍDICA Y SOCIAL

2012

PONENCIAS EN VALPARAÍSO II

SOCIEDAD CHILENA
DE FILOSOFÍA JURÍDICA Y SOCIAL



SOCIEDAD CHILENA DE FILOSOFÍA
JURÍDICA Y SOCIAL

DIRECTORIO
(2011 - 2013)

Daniela Accatino, Fernando Atria, Flavia Carbonell,
Rodrigo Coloma, Jesús Escandón, Joaquín
García-Huidobro, Pablo Ruiz-Tagle, Agustín
Squella, y Luis Villavicencio.

La Sociedad Chilena de Filosofía Jurídica y Social
tiene su domicilio en la ciudad de Valparaíso. La
correspondencia puede ser dirigida a la casilla 3325,
Correo 3, Valparaíso, o al correo electrónico
rcoloma@uahurtado.cl

PRESENTACIÓN

La Sociedad Chilena de Filosofía Jurídica y Social, fundada en Valparaíso en 1981 como sección nacional de la Asociación Internacional de Filosofía Jurídica y Social, presenta el número 29 de su Anuario de Filosofía Jurídica y Social, correspondiente a 2011.

La obra reproduce las ponencias hechas en sesiones de comisiones de la Cuarta Jornada Chileno Argentina de Filosofía del Derecho, que tuvo lugar en la Escuela de Derecho de la Universidad de Valparaíso en el mes de noviembre de 2011, coincidiendo con la celebración del centenario de dicha unidad académica. Contiene, asimismo, parte de las ponencias que fueron presentadas en comisiones de dicha jornada.

Cabe señalar que la primera de estas jornadas binacionales tuvo lugar en 2004 en Buenos Aires, la segunda en Santiago en 2006, la tercera en Mendoza en 2009, y la cuarta en Valparaíso en 2011. En cuanto a la quinta jornada, tuvo lugar en Mendoza en el mes de octubre de 2012.

Durante el período 2011-2013, el Directorio de nuestra Sociedad es el que aparece en la página 6. Presidente del Directorio es Rodrigo Coloma, Secretaria General Flavia Carbonell, y Tesorera Daniela Accatino.

PONENCIAS EN COMISIONES

ALGUNAS CONSIDERACIONES SOBRE EL DERECHO CONSUECUDINARIO INDÍGENA

DAMIÁN TODOROVICH

La ratificación del convenio 169 de la OIT, por el Estado de Chile en septiembre de 2008 y su entrada en vigencia en 2009, tiene profundos efectos jurídicos y, aún sociales, con relación a la “cuestión indígena”, sin perjuicio que según el pronunciamiento del Tribunal Constitucional, que al efecto realizara en el año 2000, sólo sus artículos 6° N° 1 letra a) y 7° N° 1 oración final tienen el carácter de autoejecutable. Uno de dichos efectos provienen, de lo dispuesto en los artículos 8° a 12, en los que se reconoce la existencia del derecho consuetudinario indígena y la obligación de los Estados de considerarla al momento de aplicar la legislación nacional y aún establecer procedimientos para la resolución de conflictos que pudieran verificarse por su aplicación.

Cómo adecuar la normativa contenida en el Convenio, a la realidad jurídica nacional, parece ser la pregunta de fondo¹, cuyas implicancias políticas, de políticas públicas y legales no han encontrado la instancia pública para su debate.

El objetivo de estas consideraciones, no es otro que proveer una de las perspectivas posibles en torno a ese debate, desde un punto de vista general.

1. DONOSO, Sebastián, “Chile y el convenio 169 de la OIT: reflexiones sobre un desencuentro”, en Dirección de Asuntos Públicos, PUC, año 3, N° 16, abril de 2008. Disponible en [www.http://vinculosconlasociedad.uc.cl/5.pdf](http://vinculosconlasociedad.uc.cl/5.pdf)

El trabajo lo dividiré en tres partes, correspondientes sendas consideraciones con relación al derecho consuetudinario indígena: la primera de ellas en torno a qué se entiende por derecho consuetudinario indígena, la segunda a la relación con el sistema nacional, la tercera y final al pluralismo jurídico.

I. El derecho consuetudinario

El artículo 8° del Convenio 169 de la OIT, establece literalmente:

“1. Al aplicar la legislación nacional a los pueblos interesados deberán tomarse debidamente en consideración sus *costumbres* o su *derecho consuetudinario*.

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

3. La aplicación de los párrafos 1 y 2 de este artículo no deberá impedir a los miembros de dichos pueblos ejercer los derechos reconocidos a todos los ciudadanos del país y asumir las obligaciones correspondientes”. (el subrayado es mío).

Este artículo y los demás aludidos vienen a concretar lo que el preámbulo del Convenio reconoce como una las aspiraciones de los pueblos indígenas “a asumir el control de sus propias instituciones y formas de vida (...) y a mantener y fortalecer sus identidades (...) dentro del marco de los Estados en que viven”, habiendo observado que “(...) sus leyes, valores, costumbres y perspectivas han sufrido a menudo una erosión”.

La denominación derecho consuetudinario, proviene del derecho romano “Inveterata consuetudo et opinio seu necessitatis”, es decir, la costumbre inveterada (antigua o arraigada) y convicción de obligatoriedad jurídica que se refiere a la repetición inmemorial de prácticas por una comunidad determinada, cuyo cumplimiento considera como jurídicamente necesario, implicando la expresión

derecho, su carácter no independiente o meramente yuxtapuesto, sino vinculadas entre sí, por lo que no constituyen prácticas aisladas, como sí lo sería la *costumbre*², aunque su relación con la *costumbre* es innegable, pues el derecho consuetudinario es un conjunto de *costumbres*, reconocidas por el colectivo y que son capaces de generar y contener normas.

Con la expresión derecho consuetudinario —indígena— se alude, en términos generales, según Stavenhagen “(...) a un conjunto normas legales de tipo tradicional no escritas ni codificadas, distinto del derecho positivo vigente en un país determinado (...)”³.

La definición, se refiere a un ordenamiento preferentemente normativo de carácter jurídico (legal), aunque sin la formalización del derecho emanada del Estado, es más, precisamente lo que caracteriza a este ordenamiento, es que no emana ni su aplicación es realizada por un órgano o autoridad formalmente constituida o por el Estado, puesto que es “propio de sociedades que carecen de Estado, o simplemente opera sin referencia al Estado”⁴.

En las sociedades complejas, es decir aquellas que se ha constituido el Estado, el derecho aparece como un ámbito distinto del resto de la cultura y la sociedad, que aunque relacionados, lo hacen de manera autónoma, por lo que lo social con frecuencia es ajeno a la actividad del jurista. En las sociedades simples, o de menor complejidad, como las indígenas o tribales el derecho consuetudinario, no es distinto de la sociedad o la cultura, sin que pueda disociarse entonces derecho y sociedad, lo propiamente jurídico se encuentra en lo social, siendo dificultosa la demarcación entre uno y otro, a diferencia de las sociedades complejas en donde lo jurídico, es lo regulado por el orden positivo

2. YRIGOYEN, Raquel “Pautas de coordinación entre el derecho indígena y el derecho estatal”, Edición Fundación Myriam Mack, 1999, Guatemala.

3. STAVENHAGEN, Rodolfo. “Introducción al Derecho Indígena”. [En línea] Cuadernos del Instituto de Investigaciones Jurídicas. Instituto de Investigaciones Jurídicas UNAM. Núm. 17, 1991, México. Disponible en: <<http://www.bibliojuridica.org/libros/4/1773/11.pdf>>

4. STAVENHAGEN, Rodolfo, cit. (n. 3).

estatal. En el derecho consuetudinario es tarea del investigador averiguar, en concreto qué es lo jurídico en una comunidad dada, para ello bien utiliza categorías de la ciencia jurídica o bien deriva las categorías de los usos y costumbres de la sociedad misma⁵, a fin de su reconstrucción teórico-sistemática.

Con todo es un error considerar, al derecho consuetudinario, como un ordenamiento jurídico completo y autocontenido⁶, lo que ocurre de manera muy infrecuente, ya que las prácticas usuales se refieren a normas y reglas (de conducta), autoridades y procedimientos y especialmente elementos que definen derechos, delitos y sanciones. Para Stavenhagen, aunque sin agotar los componentes consuetudinarios, estos se refieren a:

1. normas generales de comportamiento público;
2. mantenimiento del orden interno;
3. definición de derechos y obligaciones de los miembros;
4. reglamentación sobre el acceso a, y la distribución de recursos escasos (ejemplo: agua, tierras, productos del bosque);
5. reglamentación sobre transmisión e intercambio de bienes y servicios (por ejemplo, herencia, trabajo, productos de la cacería, dotes matrimoniales);
6. definición y tipificación de delitos, distinguiéndose generalmente los delitos contra otros individuos y los delitos contra la comunidad o el bien público;
7. sanción a la conducta delictiva de los individuos;
8. manejo, control y solución de conflictos y disputas;
9. definición de los cargos y las funciones de la autoridad pública.

Tampoco parece acertado, considerarla simplemente como un conjunto de normas ancestrales, “que fija a ese sistema en el tiempo, como si se repitiera igual a lo largo de los siglos”⁷, a diferencia del sistema estatal que es esencialmente dinámico. Contrariamente a esta

5. STAVENHAGEN, Rodolfo, cit. (n. 3).

6. STAVENHAGEN, Rodolfo, cit. (n. 3).

7. YRIGOYEN FAJARDO, Raquel “Pautas de coordinación entre el derecho indígena y el derecho estatal”, Edición Fundación Myriam Mack, 1999, Guatemala. Disponible en www.alertanet.org

“ancestralidad” el derecho consuetudinario se encuentra en constante transformación e incluso en interrelación con el derecho positivo, de modo tal que el derecho propio indígena podrá contener normas tradicionales, que se pueden rastrear hasta etapas precoloniales, pero también de normas influidas por la normatividad colonial o poscolonial, pues, desde un punto de vista antropológico, el sistema de reglas, definen ante todo conflictos, seleccionando aquellos que resultan relevantes, fundado en cierto consenso⁸, que será singular y diferenciado en el caso de los pueblos indígenas, según su propia naturaleza y que “refleja las características socioeconómicas y políticas fundamentales de la realidad sociohistórica del que forma parte”⁹.

Con todo, la misma expresión consuetudinario, según Aragón Andrade, tiende a anquilosar los sistemas jurídicos de los indígenas, ante la prevención de su supuesta estaticidad, frente al dinamismo del derecho estatal¹⁰. Singulariza a los sistemas jurídicos indígenas su carácter oral; su orientación cosmológica, esto es, a partir de su forma de concebir el orden, no asignan sólo a la razón y voluntad humanas, la capacidad de generar normas, sino también las fuerzas de la naturaleza, crean y dan significado a las normas y, su carácter colectivista, en cuanto el indígena se concibe como miembro de una comunidad con cultura e identidad propias¹¹.

Siendo el derecho propio indígena, esencialmente comunitario, busca “(...) equilibrio, interrelación y armonía, entre hombre, naturaleza y sociedad (...)”¹², lo que también se aplica a las relaciones

8. KROTZ, Esteban “Sociedades, conflicto, cultura y derecho desde una perspectiva antropológica”, en “Antropología jurídica: perspectivas socioculturales en el estudio del derecho” (Esteban Krotz ed.), Anthropos Editorial, México, 2002, pág. 31.

9. KROTZ, Esteban, cit. (n. 8).

10. ARAGÓN ANDRADE, Orlando “Los sistemas jurídicos indígenas frente al derecho estatal en México. Una defensa del pluralismo jurídico”. Boletín Mexicano de Derecho Comparado, nueva serie, año XL, núm. 118, enero-abril de 2007, pp. 9-26.

11. ARAGÓN ANDRADE, Orlando, cit. (n. 10).

12. BARIÉ, Cletus Gregor “Derecho indígena y medios alternativos de resolución de conflictos”, Urvio, Revista Latinoamericana de Seguridad Ciudadana, N° 3, Enero 2008, Quito, pág. 113.

sociales, por lo que según Barié, los procesos de administración de justicia indígena operan los siguientes principios:

- Integralidad: al analizar el conflicto, no se revisa sólo los hechos, sino también el entorno, la familia y los antecedentes personales.
- Comunitario y público: la comunidad juega un papel importante, ya que los asuntos conflictivos son presentados y comentados en una asamblea o reunión general. El proceso de perdón y resarcimiento sucede frente a los ojos de todos, lo que le otorga más valor y sostenibilidad.
- Armonía y equilibrio: el restablecimiento de la armonía - no el castigo son el fin último de la justicia.
- Oralidad y celeridad: el proceso de administración de justicia, generalmente, es oral y no escrito, aunque al firmarse un acuerdo, puede haber un acuerdo escrito y un acto público. El procedimiento resulta muy rápido en comparación con cualquier juicio ordinario.
- Reconciliación: la justicia comunitaria pone énfasis en la reconciliación, el restablecimiento de las relaciones entre las partes (si es posible).
- Restitución: el delincuente tiene que recuperar el daño causado, por ejemplo, devolviendo el ganado que ha robado.
- Dinamismo: por el hecho de que el derecho indígena no está escrito y por su característica oral, es dinámico y se adapta a muchas situaciones posibles. No hay "asuntos pendientes por falta de legislación"¹³.

II. La relación del derecho consuetudinario con el derecho positivo estatal

Tal como he señalado en otro trabajo¹⁴, el Estado moderno tomó sus primeras formas, caracterizado por las revoluciones burguesas (la

13. BARIÉ, Cletus Gregor, cit. (n. 12).

14. TODOROVICH, Damián "Exclusión y legislación indígena", en *Corpus Iuris Regionis*, Revista Jurídica Regional y Subregional Andina, N° 11, Ediciones Campus, 2011, Iquique, en prensa.

Gloriosa Revolución y la Revolución Francesa) que consolidaron al trasponer el siglo XIX el liberalismo, que se focalizó en la limitación del poder del Estado, la libertad individual y la convicción en la regulación espontánea¹⁵.

La transformación de la sociedad premoderna en moderna, operó según plantea Boaventura de Sousa Santos¹⁶, sobre la base de un equilibrio entre dos pilares fundamentales regulación y emancipación:

- i) La regulación sobre tres principios: El Estado (Hobbes), el mercado (Locke) y la comunidad (Rousseau).
- ii) La emancipación sobre tres dimensiones de racionalidad y secularización de la vida colectiva: Racionalidad moral práctica del derecho moderno, racionalidad cognoscitiva-instrumental de la ciencia y racionalidad estética como expresión del arte.

Sin embargo, este pretendido equilibrio, nunca existió o por lo menos nunca llegó a desarrollarse, pues en ambos pilares se generaron desequilibrios internos, de este modo en el pilar regulatorio hay un crecimiento desmesurado del mercado sobre el Estado y de ambos sobre la comunidad.

A su turno en el pilar emancipatorio la racionalidad cognoscitiva-instrumental de la ciencia se desarrolla a costa de las demás racionalidades a las que termina colonizando, en ambos casos se trata de un proceso histórico no lineal.

Así en la primera etapa de conformación del Estado moderno, que hemos llamado liberal, el Estado tiene como función primordial la protección de los derechos individuales, que cumple gracias al monopolio del uso de la fuerza¹⁷, a costa de renunciar a la intervención en lo económico y social.

15. DUQUELSKI GÓMEZ, Diego. *Entre la Ley y el Derecho. Una Aproximación a las Prácticas Jurídicas Alternativas*, Editorial Estudio, 2000, Buenos Aires.

16. DE SOUSA SANTOS, Boaventura. *Subjetividad, Ciudadanía y Emancipación*, citado por Duquelski Gómez, Diego. *Entre la Ley y el Derecho. Una Aproximación a las Prácticas Jurídicas Alternativas*, Editorial Estudio, 2000, Buenos Aires.

17. Es relevante en este punto la tesis hobbesiana del pacto social, destinada precisamente, a precaver la guerra de todos contra todos, a que tendía el estado de naturaleza.

Para el autor belga Francois Ost¹⁸, la libertad pretendida por la tesis liberal que implica la libre circulación de los bienes, ideas y personas, se logra a través de un altísimo grado de abstracción, generalidad y previsibilidad, es decir, mediante el modelo del Código.

En efecto, en el "ancien regime", lo que caracteriza al sistema jurídico es la multiplicidad y asistematicidad de las fuentes formales del derecho, de modo que existe multiplicidad y aún superposición en los órdenes normativos.

A esta, multiplicidad de las fuentes, se opone el monismo jurídico, representado por el modelo del Código, funcional a la principal tesis del liberalismo.

El culmen de esta tesis, está representada por el positivismo jurídico, que al trasponer el siglo XX, producía el nacimiento del "Estado de Derecho", que se fundamenta en la exigencia de todas las funciones estatales se derivan de la norma positiva, cuya estructura se legitima por la democracia formal nucleado en la legislación, que en la práctica restringe el derecho al que emana del Estado, como sistema normativo pleno y cerrado¹⁹.

Esta tesis, del monismo jurídico, llega a identificar Estado y Derecho, de modo tal que existirían tantos Estados como ordenamientos jurídicos, por lo que desde este punto de vista, sólo es derecho aquel que emana del Estado, toda otra normatividad "será visto como mera costumbre, como una mera práctica aislada, que a veces puede estar mezclada con reglas morales y religiosas"²⁰, por lo que en el mejor de los casos, tendrá valor "secundum legem" (según la ley), es decir, cuando la ley admite ser interpretada por la costumbre (costumbre

18. OST, Francois, Júpiter, Hércules y Hermes: Tres Modelos de Juez. Revista Doxa, número 14, año 1993.

19. KUPPE, René y POTZ, Richard "La antropología del derecho: perspectivas de su pasado, presente y futuro", Cuadernos del Instituto de Investigaciones Jurídicas. Antropología jurídica, N° 3, 1995, México D.F.

20. YRIGOYEN FAJARDO, Raquel "Pautas de coordinación entre el derecho indígena y el derecho estatal", Edición Fundación Myriam Mack, 1999, Guatemala. Disponible en www.alertanet.org

interpretativa) o cuando la ley expresamente le otorgue el carácter de fuente formal o; "extra legem" (fuera de la ley), esto es, cuando "(...) surge al margen de la ley y es utilizada para llenar vacíos o lagunas de esta"²¹, sin oponerse, en todo caso, al derecho legislado, pero nunca podrá tener valor "contra legem" (contra la ley), que es aquella contradictoria con las normas del derecho positivo y se le otorga fuerza derogatoria²².

Así, desde la perspectiva del monismo jurídico, el derecho consuetudinario tiene un valor inferior al derecho emanado del Estado, es más, para algunos autores, la idea de derecho consuetudinario, aparece como una construcción cultural con consecuencias políticas²³, cuando las potencias europeas fijan sus imperios coloniales, sobre los pueblos no-europeos, intentando imponer su derecho sobre ellos, es decir la relación entre el derecho colonial y el derecho consuetudinario, es una relación de subordinación, entre sociedad dominante y sociedad dominada, esta situación de dominación colonial, persiste en la época poscolonial. Tal como se planteó, la misma expresión derecho consuetudinario, justifica esta situación de subordinación, por su aparente carácter fraccionado y atrasado, supuesto en el evolucionismo cultural y el monismo jurídico, ya aludido²⁴.

III. Hacia el pluralismo jurídico

Para el liberalismo, desde sus orígenes, como he señalado el objetivo fue limitar "(...) las funciones y el poder del Estado en beneficio de la libertad individual cuyos rasgos paradigmáticos descansan primero

21. SQUELLA, Agustín, "Introducción al derecho", Editorial Jurídica de Chile, Santiago de Chile, 2000, pág. 237.

22. SQUELLA, Agustín, cit. (n. 21).

23. MERRY, Sally Engle, GRIFFITHS, John y TAMNAHA, Brian, "Pluralismo Jurídico", Editorial Siglo del Hombre, Bogotá, 2007.

24. ARAGÓN ANDRADE, Orlando "Los sistemas jurídicos indígenas frente al derecho estatal en México. Una defensa del pluralismo jurídico". Boletín Mexicano de Derecho Comparado, nueva serie, año XL, núm. 118, enero-abril de 2007, pp. 9-26.

en su individualismo como explicación de la vida y como principio a defender y segundo, en la absoluta prioridad de la libertad sobre cualesquier otro valor (...)”²⁵, libertad e individualismo aparecen como los sesgos distintivos de la tesis liberal, en tanto limitan el poder del Estado frente al individuo, que detenta derechos inherentes y respecto de los cuales el Estado encuentra límites; a la libertad, en cuanto ámbito autónomo, en que el hombre se desenvuelve sin intromisión del Estado, se agrega el derecho a la igualdad, representada por el principio del mismo nombre consagrado en los códigos del siglo XIX y en las constituciones subsecuentes.

El concepto de igualdad, propugnado por la Revolución y la tradición liberal, como condición del ejercicio de la libertad, en cuanto implica el desarrollo de la autonomía individual, como valor, se encuentra relacionado a la diferencia como hecho²⁶, y en clave crítica bien implica una “falsa universalización” del sujeto, al que identifica con el ciudadano (varón, blanco, propietario), en cuanto excluye a quienes no comparten dichas característica o una homologación de las diferencias, en una ficción de asimilación, que desconoce la diferencia, con todo como ya he dicho, se le ha considerado como un derecho básico, definidor de la libertad.

Sin embargo, este logro del liberalismo, que los individuos, en igualdad de condiciones, puedan decidir sobre sus propios planes de vida, desvinculados de la comunidad, ha llevado al extremo el derecho a ser diferente que supone la libertad y en consecuencia a la fragmentación social, en la que no existen espacios comunes de convivencia, a fin de obtener la más completa autonomía del individuo.

Al hilo de lo antes reseñado, el individualismo propugnado por la tesis liberal, ha generado el “malestar de la cultura”²⁷, es decir, en

25. NAVARRETE, Jorge, “Liberales y comunitaristas reflexiones generales para un debate permanente”, Editorial Universidad Bolivariana, Santiago de Chile, 2006, p. 27.

26. FERRAJOLI, Luigi, “Derechos y Garantías. La Ley del más débil”, Editorial Trotta, 1999, pp. 73-96, Madrid. El profesor italiano, distingue cuatro modelos posibles, en la relación igualdad jurídica y diferencia: Indiferencia jurídica de las diferencias, Diferenciación jurídica de las diferencias, Homologación jurídica de las diferencias y Valoración jurídica de las diferencias.

27. MIGLIORE, Joaquín, “Pluralismo y bien común”, Revista Colección año VII N° 11.

tanto cada persona tiene derecho a generar sus propios planes y proyectos y, en consecuencia, cuales convicciones adopta en forma individual, la noción de lo común, resulta amenazado. La fragmentación creciente, lesiona gravemente la convivencia.

La multiculturalidad, como fenómeno social, parece tan antigua como la historia de la humanidad.

El hecho de la multiculturalidad implica la existencia de una variedad de culturas distintas en interacción en un determinado territorio, en las que las más de las veces una de ellas resulta hegemónica respecto de las demás, las que paradójicamente pueden ser mayoritarias.

El hecho de la multiculturalidad, en términos puramente descriptivos ha propiciado el surgimiento, en EE.UU., Canadá y alguno países europeos, desde una perspectiva prescriptiva, del multiculturalismo, dirigido a criticar, la ficción de la igualdad y el falso universalismo, de la tradición liberal, plantea un punto de vista en el que resulta relevante el “reconocimiento del otro” cultural, no en términos puramente individuales, en el ámbito jurídico, aunque no se trata en este caso, tan sólo, de tolerar y respetar la cultura distinta, sino de un reconocimiento jurídico-político de las “comunidades de origen de los individuos (etnias, culturas o religiones) como instituciones intermedias entre el individuo y el Estado (...)”²⁸.

Egon Montecinos, siguiendo la clasificación de Requejo y Zapata, plantea que en la modernidad es posible advertir cuatro “fenómenos generales del multiculturalismo: el indigenismo o pueblos autóctonos, el feminismo e igualdad de derechos sexuales, la inmigración y, por último los pluralismos nacionales”²⁹. Si bien todos ellos son fenómenos relevantes, los del pluralismo nacional y del indigenismo, me parecen más relevantes para el presente trabajo, atendida la circunstancia de que en estos casos los petitorios de reconocimiento jurídico-político han incluido el pluralismo jurídico.

28. FERNÁNDEZ BUEY, F. “Para el debate sobre el multiculturalismo” en <http://www.upf.edu/materials/fhuma/etfipo/eticaa/docs/11.pdf>

29. MONTECINOS, Egon. Democracia y Multiculturalismo ¿son compatibles los derechos de las minorías con los principios orientadores de la democracia liberal? Alpha [on line]. 2004, n. 20, págs. 201-212.

Es así como la ficción de la igualdad, en clave liberal, ha generado la reacción de los grupos excluidos, que pretende un modelo de "valoración jurídica de las diferencias", en tanto no sólo tolerante con la diferencia, sin discriminar ni privilegiar a ninguna de ellas, sino que incluye, como ya he dicho, el pluralismo jurídico.

Al hilo de lo señalado precedentemente, esta misma situación de subordinación del derecho consuetudinario (derecho subordinado), respecto del derecho Estatal (derecho dominante), ha dado en los hechos una situación de pluralismo jurídico entre ambos³⁰, es decir la validez simultánea de dos o más ordenamientos normativos jurídicos eficaces en un mismo territorio. Por cuanto, las sociedades tienen derecho sin la necesidad de la existencia del Estado y "cada comunidad da su propio sentido y aceptación a su sistema normativo"³¹, o sea el pluralismo jurídico va a existir en la medida que la propia cultura lo reproduce, reafirmando su propia identidad³², sin embargo, la pluralidad jurídica, por regla general, no es reconocida por el Estado, sea que la niegue completamente o se presente en forma de indigenismo, que tiende a homogeneizarla en la asimilación. El reconocimiento de la coexistencia y aplicación de sistemas de derecho indígenas, posibilita la sobrevivencia de sus comunidades y el desenvolvimiento de modalidades de organización social y cultural propias³³, expresión del derecho colectivo de los pueblos indígenas a la libre determinación, no como pretensión secesionista, sino "(...) como demanda de autonomía hacia el interior

30. STAVENHAGEN, Rodolfo, cit. (n. 3).

31. KORSBAEK, Leif y MERCADO VIVANCO, Florencia, "La sociedad plural y el pluralismo jurídico, un acercamiento desde la antropología del derecho", en "Pluralismo jurídico y pueblos indígenas. XIII Jornadas Lascasinas Internacionales", Ordóñez Cifuentes José (coordinador). Disponible en <http://www.bibliojuridica.org/libros/4/1670/10.pdf>. pp. 155.

32. KORSBAEK, Leif y MERCADO VIVANCO, Florencia, cit. (n. 31).

33. KUPPE, René y POTZ, Richard "La antropología del derecho: perspectivas de su pasado, presente y futuro", Cuadernos del Instituto de Investigaciones Jurídicas. Antropología jurídica, N° 3, 1995, México D.F.

del Estado"³⁴, para mantener sus propias instituciones y costumbres, lo que implica necesariamente la autodeterminación de su orden jurídico, la que no puede sino ser ejercida comunitariamente, por el pueblo de que se trate.

El convenio 169 de la OIT, pone de manifiesto la falta de adecuación de nuestro derecho interno, frente a una de las obligaciones que dicho instrumento impone al Estado, cual es el reconocimiento de la existencia de los pueblos indígenas, como sujeto colectivo de derechos y de un derecho propio indígena, como contestación a las demandas "de acceso a la justicia, al reconocimiento de la capacidad y el derecho de autorregular su vida de conformidad a sus costumbres y de resolver sus problemas ante sus autoridades tradicionales"³⁵, que requiere la implementación de un pluralismo jurídico eficaz y efectivo, el que debe realizarse por vía de reforma constitucional, atendidas la circunstancia de que el convenio no reconoce la existencia de un corpus fijo de normas, al estilo del derecho estatal, sino fundamentalmente de la potestad reguladora de los pueblos indígenas, la función jurisdiccional especial y el sistema institucional o de autoridades³⁶, lo que implicaría incluso la aplicación de la costumbre contra legem, teniendo como único límite la vulneración de derechos fundamentales, superando con ello la tesis monista del derecho.

34. APARICIO WILHELMI, Marco "El derecho de los pueblos indígenas a la autodeterminación", en AA. VV., Berraondo, Mikel (coord.), "Pueblos indígenas y derechos humanos", Publicaciones de la Universidad de Deusto, Bilbao, 2006, pág. 410.

35. ITURRALDE G., Diego "Democracia, ciudadanía y Pueblos Indígenas", texto preparado como una contribución para la Conferencia Internacional. "Democratizando la democracia: Pueblos Indígenas y Partidos Políticos". Programa Valores Democráticos y Gerencia Política de la OEA. Guatemala, 13 y 14 de septiembre de 2005.

36. YRIGOYEN FAJARDO, Raquel "El reconocimiento constitucional del pluralismo legal en el Perú: Hacia una interpretación comprehensiva del Convenio 169 y la Constitución", en AA. VV., Calvo García, Manuel (coord.) "Identidades Culturales y Derechos Humanos", Editorial Dykinson S.L., Madrid, 2002, pág. 236.

BIBLIOGRAFÍA

- APARICIO WILHELMI, Marco, "El derecho de los pueblos indígenas a la autodeterminación", en AA. VV., Berraondo, Mikel (coord.), "Pueblos indígenas y derechos humanos", Publicaciones de la Universidad de Deusto, Bilbao, 2006, pág. 410.
- ARAGÓN ANDRADE, Orlando, "Los sistemas jurídicos indígenas frente al derecho estatal en México. Una defensa del pluralismo jurídico". Boletín Mexicano de Derecho Comparado, nueva serie, año XL, núm. 118, enero-abril de 2007.
- BARIÉ CLETUS, Gregor, "Derecho indígena y medios alternativos de resolución de conflictos", Urvio, Revista Latinoamericana de Seguridad Ciudadana, N° 3, Enero 2008, Quito.
- DONOSO, Sebastián, "Chile y el convenio 169 de la OIT: reflexiones sobre un desencuentro", en Dirección de Asuntos Públicos, PUC, año 3, N° 16, abril de 2008. Disponible en [www.http//vinculosconlasociedad.uc.cl/5.pdf](http://vinculosconlasociedad.uc.cl/5.pdf)
- DUQUELSKI GÓMEZ, Diego. Entre la Ley y el Derecho. Una Aproximación a las Prácticas Jurídicas Alternativas, Editorial Estudio, 2000, Buenos Aires.
- FERNÁNDEZ BUEY, F. "Para el debate sobre el multiculturalismo" en <http://www.upf.edu/materials/fhuma/etfipo/eticaa/docs/11.pdf>
- FERRAJOLI, Luigi, "Derechos y Garantías. La Ley del más débil", Editorial Trotta, Madrid, 1999.
- ITURRALDE, Diego, "Democracia, ciudadanía y Pueblos Indígenas", texto preparado como una contribución para la Conferencia Internacional. "Democratizando la democracia: Pueblos Indígenas y Partidos Políticos". Programa Valores Democráticos y Gerencia Política de la OEA. Guatemala, 13 y 14 de septiembre de 2005.
- KORSBAEK, Leif y MERCADO VIVANCO, Florencia, "La sociedad plural y el pluralismo jurídico, un acercamiento desde la antropología del derecho", en Ordóñez Cifuentes, José (coordinador) "Pluralismo jurídico y pueblos indígenas. XIII Jornadas Lascasianas Internacionales", Disponible en <http://www.bibliojuridica.org/libros/4/1670/10.pdf>

- KROTZ, Esteban, "Sociedades, conflicto, cultura y derecho desde una perspectiva antropológica", en "Antropología jurídica: perspectivas socioculturales en el estudio del derecho" (Esteban Krotz ed.), Anthropos Editorial, México, 2002.
- KUPPE, René y POTZ, Richard "La antropología del derecho: perspectivas de su pasado, presente y futuro", Cuadernos del Instituto de Investigaciones Jurídicas. Antropología jurídica, N° 3, 1995, México D.F.
- MERRY, Sally ENGLE, GRIFFITHS, John y TAMANAHA, Brian, "Pluralismo Jurídico", Editorial Siglo del Hombre, Bogotá, 2007.
- MIGLIORE, Joaquín, "Pluralismo y bien común", Revista Colección año VII N° 11.
- NAVARRETE, Jorge, "Liberales y comunitaristas reflexiones generales para un debate permanente", Editorial Universidad Bolivariana, Santiago de Chile, 2006.
- MONTECINOS, Egon, Democracia y Multiculturalismo ¿son compatibles los derechos de las minorías con los principios orientadores de la democracia liberal? Alpha [on line]. 2004, N° 20, págs. 201-212.
- OST, Francois, JÚPITER, HÉRCULES y HERMES: Tres Modelos de Juez. Revista Doxa, número 14, año 1993.
- SQUELLA, Agustín, "Introducción al derecho", Editorial Jurídica de Chile, Santiago de Chile, 2000.
- STAVENHAGEN, Rodolfo. "Introducción al Derecho Indígena". [En línea] Cuadernos del Instituto de Investigaciones Jurídicas. Instituto de Investigaciones Jurídicas UNAM. Núm. 17, 1991, México. Disponible en: <<http://www.bibliojuridica.org/libros/4/1773/11.pdf>>
- TODOROVICH, Damián, "Exclusión y legislación indígena", en Corpus Iuris Regionis, Revista Jurídica Regional y Subregional Andina, N° 11, Ediciones Campus, 2011, Iquique, en prensa.
- YRIGOYEN FAJARDO, Raquel: "El reconocimiento constitucional del pluralismo legal en el Perú: Hacia una interpretación comprensiva del Convenio 169 y la Constitución", en AA. VV., Calvo García, Manuel (coord.) "Identidades Culturales y Derechos Humanos", Editorial Dykinson S.L., Madrid, 2002. "Pautas de coordinación entre el derecho indígena y el derecho estatal", Edición Fundación Myriam Mack, Guatemala, 1999.