

## CONFLICTOS MULTICULTURALES Y JUECES NACIONALES: UNA VISIÓN GENERAL\*

Andre J. Hoekema\*\* \*\*\*

*El rol del juez es entendido, usualmente, como aquel del reconciliador de la justicia con los hechos, tomando a esta "justicia" como un concepto abstracto que la sociedad ha aceptado y concretizado en el ordenamiento jurídico nacional. Ahora, ¿qué ocurre cuando en una misma sociedad nos encontramos con diversas concepciones de "justicia"? ¿Hacen los jueces primar las normas oficialmente establecidas, menospreciando y discriminando, de esa manera, a culturas diferentes? ¿O, por el contrario, dejan de lado el ordenamiento aceptado por la mayoría, desautorizando, así, las leyes nacionales?*

*En el presente artículo, el autor nos presenta un esbozo de respuesta a estas difíciles preguntas, utilizando su propia experiencia de campo así como otros estudios realizados sobre el tema.*

\* El presente artículo fue publicado originalmente bajo el título "Multicultural Conflicts and National Judges: A General Approach" en Law, Social Justice & Global Development Journal (LGD). 2008 (2)-Legal Pluralism Issue. La traducción estuvo a cargo de Claudia Lázarte, miembro de la comisión de Contenido de THEMIS. Agradecemos al autor por permitirnos la publicación del artículo y al doctor Antonio Peña Jumpa, abogado y Doctor por la Pontificia Universidad Católica del Perú (PUCP) y profesor de la Facultad de Derecho de la PUCP, por su ayuda con la elaboración del presente artículo.

\*\* Profesor del curso de Pluralismo Jurídico en la Universidad de Amsterdam.

\*\*\* El autor agradece a Fauzia Shariff por una espléndida ayuda con la edición. Se atreve a sugerir que el tema del presente artículo, aunque tratado principalmente teniendo en cuenta países europeos, se presta igualmente bien para el público de cualquier país multinacional o multicultural como son casi todos los países latinoamericanos, entre otros. Para cualquier consulta o comentario escribir al siguiente correo electrónico: a.j.hoekema@uva.nl.

## I. INTRODUCCIÓN

¿De qué manera los actores sociales y legales negocian soluciones conciliadoras a preguntas legales con respecto a problemas familiares en situaciones relacionadas con inmigrantes y minorías étnicas en Europa y América del Norte<sup>1</sup>? En la presente contribución, quisiera sugerir la utilidad del concepto de interlegalidad para estudiar los “encuentros” entre las sensibilidades legales de las minorías y las mayorías. En cierta forma, no trataré casos o ejemplos –aunque algunos de ellos serán usados a modo de ilustración–. En vez de ello desarrollaré una “meta”-pregunta sobre cuál es la mejor manera de estudiar este aspecto de la vida legal. Aunque me limito a temas familiares, me atrevo a decir que esta discusión sobre cómo estudiar dichos encuentros tiene una amplia relevancia entre los conceptos y sensibilidades legales de la mayoría y las minorías.

Preparando el terreno, veo necesario introducir algunas preguntas preliminares y tratar de resumir algunas partes de la presente discusión.

La pregunta principal es: ¿qué hacen, en general, en la práctica, los jueces y los actores legales cuando se encuentran frente a conflictos multiculturales? ¿Cuándo, en qué medida, y por qué toman las sensibilidades legales de las minorías en cuenta? Esta es una pregunta de “cómo se hace” la cual deber ser ampliamente distinguida de la siguiente pregunta normativa “cómo debería hacerse”: ¿qué deberían hacer los jueces y otros profesionales legales cuando se enfrentan a valores, normas y patrones de vida con los cuales no están familiarizados debido a que estos están relacionados a una cultura legal específica la cual pertenece a, lo que prefiero llamar, una comunidad distintiva? Esta pregunta de “cómo debería hacerse”

es un asunto legal-teórico y político-filosófico que debe ser estudiado por dichas disciplinas. Aunque en esta contribución no voy a tratar estos asuntos normativos, su importancia, así como el riesgo de confundir estas dos preguntas, me llevan a describir brevemente la naturaleza de la pregunta de “cómo debería hacerse”.

Muchos preocupados observadores de los actuales países occidentales y sus órdenes legales<sup>2</sup> se preguntan cómo construir una sociedad y sus correspondientes instituciones legales dejando espacio suficiente para una amplia variedad de identidades grupales y sus respectivas tradiciones legales y, al mismo tiempo, promover una suficiente lealtad hacia instituciones comunes y una especie de identidad nacional para preservar una sociedad justa y estable.

Algunos de estos observadores están mucho más comprometidos con criticar la renuencia de las autoridades oficiales a encontrar otras soluciones a problemas familiares, mientras que otros se inclinan más hacia enfatizar la necesidad de contener tal pluralidad legal en nombre de los principales valores de las sociedades inglesas, holandesas, francesas, etc. Sin embargo, para todos está suficientemente claro que no todos los distintos patrones de vida (familiar) pueden ser practicados sin restricción alguna. En otras palabras, se necesitan reglas de conflicto, reglas en las que se exprese hasta qué punto y bajo qué condiciones distintos patrones de vida y distintas sensibilidades jurídicas pueden ser aceptadas o incluso reconocidas en el derecho nacional. Estas reglas pueden ser llamadas reglas de conflicto domésticas<sup>3</sup>. Será mejor saber cruzar fronteras y desarrollar estas reglas conjuntamente con representantes de las minorías. Pero esto no sucede fácilmente. Hasta este momento dichas reglas suelen ser trazadas unila-

<sup>1</sup> Esta pregunta fue la pregunta principal en una reunión llevada a cabo en Bruselas en el 2008 por un grupo de europeos expertos en inmigración, diversidad cultural y práctica legal liderada por Ralph Grillo y patrocinada por IMISCOE (una Red de Excelencia, para la Migración Internacional, la Integración y Cohesión Social fundada por la Unión Europea). Este grupo se reunió por primera vez en Londres en el 2007. En mi artículo me referiré en algunas ocasiones a los documentos de la conferencia de Londres del 2007, que se publicará en: GRILLO, Ralph; BALLARD, Roger; FERRARI, Alessandro; HOEKEMA, André; MAUSSEN, Marcel y Prakash SHAW (eds). “Legal practice and cultural diversity”. Aldershot: Ashgate. 2009.

<sup>2</sup> Este concepto de orden legal es sumamente difícil y engañoso. Este será discutido en un párrafo separado más adelante. (3.1).

<sup>3</sup> “Doméstico”, porque estos conflictos entre reglas legales y patrones de vida, reclamos y sensibilidades de minorías distintas no son los mismos del Derecho Privado Internacional, donde el término “reglas de conflicto” indica normas legales oficiales las cuales señalan a una corte que hacer cuando se encuentra con partes que tienen una nacionalidad extranjera y/o que viven en el extranjero. Dichas reglas también le indican a una corte cuando reconocer decisiones legales extranjeras. Tomemos el caso de un divorcio efectuado a través de la causa del repudio de una esposa holandesa por un hombre marroquí en Marruecos. ¿Será esta decisión extranjera reconocida como válida dentro del orden legal holandés? Las reglas de conflicto del Derecho Privado Internacional indican al juez que divorcios extranjeros deben ser reconocidos, y provee un régimen especial para la repudiación, el cual, hasta ahora, no es fácilmente reconocido en mi país pues supuestamente viola la igualdad entre esposo y esposa. Entre esta categoría de reglas de conflicto del Derecho Privado Internacional y mi concepto de conflicto de reglas dentro de mi dominio de estudio (la pregunta del “cómo lo hacen”) existe un punto en común. En ambos, el posible conflicto entre los distintos órdenes legales o normas se ve resuelto. En el caso del Derecho Privado Internacional hablamos del conflicto entre el Derecho nacional y el extranjero, respecto a mi estudio hablamos del conflicto entre las normas legales y sensibilidades de la mayoría y la minoría. Las primeras son un cuerpo estrictamente jurídico y normativo de reglas; las segundas, son un grupo de regularidades de facto y empíricas que han sido observadas en el comportamiento profesional.

teralmente por miembros de las élites (políticas, legales) dominantes. El tema de “cómo debería hacerse” se ha convertido recientemente en algo sumamente político. La exhortación a tomar otras culturas en serio y, al mismo tiempo, respetar las condiciones para una cohesión social nacional, fue expresada por el Arzobispo de Canterbury, en el Reino Unido, en un discurso a una audiencia de profesionales legales<sup>4</sup>. En este, él se declaró a favor de algunas medidas bastante tímidas de adaptación a las sensibilidades legales de las minorías<sup>5</sup> pero inmediatamente fue atacado, desde todos los lados, por ello. Este evento nos advierte que nunca debemos olvidar el amplísimo contexto social y político cuando se estudia la manera en que los actores legales se adaptan a la diversidad cultural en cuanto a asuntos familiares se refiere.

Hasta aquí tratamos con la pregunta de “cómo debería hacerse”. Déjeme enfatizar una vez más la diferencia con mi propia pregunta, el “cómo se hace”: ¿Qué *hacen* realmente, en la práctica, los jueces y otros actores en casos multiculturales y, cómo podemos estudiar estos asuntos de la mejor manera?

## II. OPCIONES LEGALES PARA LA ADAPTACIÓN

Dentro de la estructura del orden legal dominante, uno se encuentra con un número restringido de opciones para adecuar instituciones legales diferentes. Estas opciones limitan a los jueces precisamente porque ellos las definen de esa manera. Primero, tenemos al Derecho Privado Internacional. Este camino lleva a lo que se podría llamar un reconocimiento institucional, tal como sería el reconocimiento de un matrimonio consuetudinario realizado en el extranjero dentro de el Reino Unido<sup>6</sup>. En segundo lugar, tenemos al Derecho Doméstico el cual es percibido como

igual para todo ciudadano holandés, inglés, francés, etc. pero, deja espacios para diferentes prácticas y principios. Un ejemplo de dicho *reconocimiento normativo* es la adaptación de prácticas asociadas con el sistema de la *kafala* de cuidado de niños basado en relaciones familiares. Un juez encontró una manera, basada en el Islam norafricano, de transferir un niño a una familia en Holanda, que incluía a otros familiares aparte de los padres que lo criarán como si fuera suyo. Este sistema evitaba el proceso de adopción formal, el cual es considerado contradictorio a la ley musulmana, denominada también *shari'a*<sup>7</sup>. Eventualmente, el sistema de la *kafala* fue considerado similar al concepto de padres adoptivos y, consecuentemente, los nuevos padres pudieron acceder a ciertos beneficios por tener hijos<sup>8</sup>. La técnica legal usada aquí es la de hacer excepciones menores a la norma y/o interpretar la norma de manera diferente.

En tercer lugar, tenemos el amplio campo del Derecho Civil donde se encuentran varias instituciones que permiten a las partes regular libremente sus intereses como mejor lo deseen, por ejemplo, un contrato diseñado de tal manera que se evite pagar intereses. En cuarto lugar, muchas normas, en particular en asuntos familiares, son formuladas en términos de *conceptos abiertos*, como cuando la ley dice que la asignación de la custodia de los hijos después de un divorcio a uno o a ambos padres, tiene que ser determinada tomando en cuenta el interés superior del niño. Un intenso debate se está llevando a cabo, hoy en día, en Holanda, para determinar si esta noción de interés superior del niño implica práctica y legalmente –o al menos permite legalmente– tomar en cuenta los antecedentes culturales del niño, y/o los padres o alguno de ellos<sup>9</sup>. Políticamente, esta es un área sensible: los trabajadores sociales, las Juntas de Protección y Bienestar Infantil, incluso quizás

<sup>4</sup> El mes de febrero del año 2008. Ver: [www.archbishopofcanterbury.org/1575](http://www.archbishopofcanterbury.org/1575).

<sup>5</sup> Él, prácticamente, sólo se refirió a la elaboración de consejos específicamente religiosos donde la gente podría llevar sus casos de forma voluntaria. Estos consejos ya existen en el Reino Unido para la comunidad Judía y son reconocidos legalmente. Sin embargo, los varios consejos *shari'a* del Reino Unido existen sin dicho reconocimiento. El Arzobispo probablemente tenía tal reconocimiento oficial en mente. En ese sentido, las decisiones de estos consejos tendrían validez legal oficial pero podrían ser revisados por un juez ordinario. Los recientes conflictos debido a uno de estos consejos en una provincia de Canadá demuestran que incluso este tipo de sugerencias tímidas ya no son más inocentes.

<sup>6</sup> Tomé prestado este término y el siguiente del ensayo de Gordon R. Woodman para la conferencia de Londres del 2007 mencionada en el pie de página 1.

<sup>7</sup> Leer el Islam, la ley musulmana, etcétera siempre “acorde a las interpretaciones específicas de una “escuela” musulmana particular y la elaboración de las mismas en un país específico”.

<sup>8</sup> El hecho de que los jueces de la mayoría superen su usual renuencia a introducir normas e instituciones distintas y extrañas en caso que dichas instituciones se parezcan en gran medida a una local, ha sido señalado muchas veces por Prakash Shah en su ensayo para la conferencia de Londres del 2007.

<sup>9</sup> Como en casos de otorgar permiso para circuncidar a un niño a la edad de 5 años cuando sus padres se han divorciado y uno de los ex cónyuges, posiblemente el que tiene la nacionalidad de un país en su mayoría musulmán, quiere esto y el otro se opone. Los jueces holandeses rechazan habitualmente dichas solicitudes pues piensan que tienen que evaluar dicha situación de acuerdo a “valores y normas holandesas”. Usualmente lo que se estima es el mejor interés para el niño es evaluado “únicamente de acuerdo a estándares holandeses”. Una mayor diferenciación cultural y/o religiosa de este amplio estándar es considerada inadecuada y se rechaza.

los jueces y, en ocasiones, los abogados temen ser acusados de privilegiar a las minorías y caer en el encanto del dicho de Sir Trevor Philips, un alto funcionario de justicia del Reino Unido: “sólo tenemos un único grupo de leyes y ese es el final de la historia (...) Si quieres que las leyes decidan de otra manera, tienes que vivir en alguna otra parte del mundo”<sup>10</sup>. Ellos ya pueden prever los titulares de la prensa amarilla sugiriendo que el *shari’a* está tomando Holanda<sup>11</sup>.

Finalmente, debemos mencionar la concesión de *derechos de grupo* en, por ejemplo, asuntos personales, lo cual es una forma muy extendida y firme de pluralización legal del Derecho Doméstico. Esta manera de adaptar el pluralismo normalmente implica que las personas de una específica religión y/o etnia o cultura tienen que, obligatoriamente, llevar sus casos ante los tribunales o consejos específicos. No tienen otra alternativa. En este sentido, el sistema de derechos grupales es diferente a los consejos judíos e instituciones similares de resolución de conflictos que se basan formalmente en la participación voluntaria. Debido a este carácter obligatorio, los derechos grupales no son apreciados en Europa y no suelen ser exigidos por las minorías. Tal sistema haría imposible que los miembros de dichas minorías pudieran escoger llevar sus conflictos a un juez nacional ordinario.

### III. INTERLEGALIDAD

¿A dónde lleva todo esto? A la interlegalidad. Tenemos que describir la manera actual y concreta en la que conviven distintas “comunidades” con diferentes visiones del mundo, estilos de vida y prácticas legales; y, en especial, los encuentros con individuos o “actores” que se ven forzados a admitir, o que quieren admitir, que hay otras maneras de hacer las cosas, diferentes a las de sus países de origen<sup>12</sup>. Al hacer eso, evitamos la no-

ción de órdenes legales diferentes como elementos fijos e independientes y nos permite concentrarnos en la manera en que los individuos usan sus propias prácticas y las de otros. Tenemos que concentrarnos en un uso selectivo de “lo legal” por personas concretas como un recurso para promover sus intereses. Esto significa adoptar el, así llamado, acercamiento orientado en el actor y evitar cualquier noción de determinación estructural, pero, sin sugerir que la gente es siempre libre de hacer lo que desea<sup>13</sup>.

La relevancia del comportamiento de los actores individuales es tratada por Acton<sup>14</sup>. Las comunidades gitanas llamadas *Kalderesh* en los Estados Unidos cambiaron sus “leyes familiares” en dirección a la ley norteamericana dominante para prevenir que sus mujeres recurran a la ley estatal o a oficiales estatales legales ignorando sus propias autoridades tradicionales. Este patrón de buscar a aquellos cuerpos autorizantes encargados de la toma de decisiones que servirán mejor a los propios intereses –llamado *forum shopping*–, es un fenómeno muy común entre miembros de distintas comunidades. Los individuos no son prisioneros de su propia cultura, supuestamente integrada y homogénea, por el contrario, eligen entre órdenes legales, presionan a sus propios líderes y autoridades a tomar en consideración elementos legales nacionales o internacionales y, viceversa, desafían a las autoridades nacionales a tomar las sensibilidades legales locales en consideración. La manera en que los líderes gitanos reaccionaron a la nueva actitud de sus mujeres, la cual se vio reforzada por un feminismo globalizado, es una de las formas en las que, hoy en día, los líderes de comunidades locales tratan de apoyar y proteger su identidad colectiva tomando elementos de las tendencias globales que están presentes en las leyes mayoritarias y combinándolas con las propias, con la esperanza de mantenerse como una comunidad distintiva. Esto es usualmente llamado un proceso de re-

<sup>10</sup> O, efectivamente, ellos podrían caer en las manos de Gordon Brown, de quien se sabe ha dicho, después de haber escuchado el discurso del Arzobispo de Canterbury mencionado más abajo: “La ley británica solo puede estar basada en valores británicos”.

<sup>11</sup> Hemos visto estos titulares recientemente en Alemania. Introduciendo un resumen sumamente heterogéneo de ciertos desarrollos multiculturales, afirmaciones y conflictos el periódico Alemán “Der Spiegel” publicó el titular “¿Ya tenemos *shari’a*?” (“Der Spiegel” 13/2007. 26 de marzo de 2007. Traducción mía). Como es usual, fue una declaración totalmente innecesaria, únicamente jugando con las emociones políticas motivadas por políticos irresponsables y también ciertos líderes minoritarios extremistas.

<sup>12</sup> NELKEN, David. “Towards a European sociology of law”. En: Socio-legal Newsletter of the Socio-legal Studies Association 47. 2005. p. 5.

<sup>13</sup> Me agrada la manera en que Acton expresa el mismo punto en su artículo sobre el orden legal de los gitanos. El dice: “no olviden que no existen leyes ni regularidades sociales generales que determinen el comportamiento de las personas”. Usualmente, “un discurso no gitano presenta todo comportamiento gitano como cultural”, y “los gitanos, por el contrario, a menudo tratan a la opresión no gitana como si todo fuera el resultado de la naturaleza del actuar no gitano de acuerdo a leyes generales del comportamiento no gitano, en vez de ser el resultado de decisiones personales”. Acton desprecia dicho enfoque y tiene razón en hacerlo. Ver: ACTON, Thomas. “Conflict Resolution and Criminal Justice – Sorting out Trouble. Can Legislation resolve perennial conflicts between Roma/Gypsies/ Travellers and ‘national majorities?’”. En: The Journal of Legal Pluralism and Unofficial Law 51. 2005. p. 35.

<sup>14</sup> ACTON, Thomas. Op. cit. pp. 29-49.

organización étnica<sup>15</sup>. En este sentido, los musulmanes que viven en Francia, hoy en día, intentan encontrar nuevas maneras de realizar un matrimonio islámico, tratando de reorganizar la manera en la que su vida ha sido ordenada hasta ahora<sup>16</sup>, y lo hacen en respuesta a la presión o demandas impuestas por la cultura dominante. Ellos están tratando de mantenerse leales a sus principios y a los fundamentos normativos de su cultura, mientras, al mismo tiempo, tratan de tomar normas o decisiones inherentes a la práctica legal del Derecho estatal –tal vez no sólo voluntariamente.

Mi definición de interlegalidad debe ser entendida de la siguiente manera: un proceso de adopción de elementos de un orden legal dominante, tanto nacional como internacional, y de los marcos de significado que constituyen dichos órdenes a través de las prácticas de un orden legal local y/o viceversa. Enfatizo la naturaleza del proceso, pero el concepto también apunta a cierto resultado: la hibridación de todos los “órdenes legales” que conviven dentro de una sociedad o comunidad amplia. Admito que la definición en sí misma puede, también, ser entendida como una que señala hacia un enfoque “institucional” en el sentido transmitido por ciertas perspectivas del pluralismo legal y la interlegalidad, enfatizando cómo la ley estatal y la ley local se constituyen mutuamente, o constituyen fórmulas similares. En cambio, definiendo un acercamiento desde la vida diaria y cotidiana, hay que orientarse en el estudio de la sociedad, de lo que hacen, perciben, valoran y piensan las personas y los actores, como ya he dicho. Sin embargo, el hecho de que distintas prácticas y valores (familiares) sean institucionalizados en instituciones que forman la columna vertebral de específicas comunidades o la sociedad en general debe ser tomado como una advertencia. Estas instituciones tienen peso y limitan el rango de opciones libres del cual gozan los individuos. Desde la vida diaria, el peso de estas

instituciones en las percepciones y perspectivas de las personas es fácilmente subestimado. En vista del espíritu de esta definición, debo también discutir el significado de “orden legal”, pero primero quiero discutir un elemento central de la idea alrededor de la interlegalidad: el cruce de fronteras, que es la manera en que las personas conocen de “otras formas de hacer las cosas en lugar de por situaciones vividas “en casa” ”<sup>17</sup>.

El cruzar fronteras es una práctica común para muchas personas, incluso lo era ya en el pasado pero lo es mucho más en el presente. Hoy en día, las personas se mueven entre las prácticas legales de los estados europeos y sus países de origen. Pero, mientras lo hacen, mantienen contacto con sus comunidades en el extranjero (familias transnacionales y relaciones de cariño). Las fronteras son asimismo fluidas y permeables respecto al fenómeno social. “Comunidad”, “cultura” y “orden legal” son términos que se usan frecuentemente en los debates sobre sociedades plurales, cohesión social y Derecho; pero estos términos producen una falsa idea de coherencia y estabilidad respecto del fenómeno al que se refieren. Sugieren una idea errónea sobre la relación entre los individuos y la estructura social y como estos elementos, presumiblemente estables, son reproducidos. Permítanme aplicar esta idea al fenómeno que solemos llamar “orden legal” o, más ampliamente, orden normativo.

### A. Orden Legal

El Derecho local surasiático, por ejemplo, parece ser una amalgama de una amplia variedad de repertorios legales *shari'a*, repertorios legales hindúes y otras costumbres locales, como también de fuentes seculares<sup>18</sup>. Tal “orden legal” debe ser percibido como un repertorio siempre cambiante y débilmente conectado de principios, conocimientos, normas, maneras de hacer las cosas y autoridades a veces contradictorias o paralelas. Más aun, la composición de dicho repertorio es

<sup>15</sup> Nagel y Snipp nos dicen que “la reorganización étnica ocurre cuando una minoría étnica sufre una reorganización de su estructura social, una redefinición de los límites del grupo étnico u otro tipo de cambio como respuesta a presiones o demandas impuestas por la cultura dominante”. Ver: NAGEL, J. y C.M. SNIPP. “Ethnic reorganization: American Indian social, economic, political and cultural strategies for survival”. En: *Ethnic and Racial Studies* 16(2). 1993. p. 204. Muchos ejemplos se encuentran en un artículo de Collier. Ver: COLLIER, Jane F. “Mapping interlegality in Chiapas, Mexico”. En: *Political and Legal anthropology Review* 21(1). 1998. pp. 150-171. Yo mismo he tratado un interesante estudio de caso acerca de reconstrucción étnica, que se encuentra en un reciente estudio hecho por el experto boliviano René Orellana. Ver: HOEKEMA, André. “A new beginning of law among indigenous peoples”. En: FELDBRUGGE, Ferdinand (ed.) “The Law’s Beginning”. Leiden/Boston: Martinus Nijhoff Publisher. 2003. pp. 181-220. También ver: ORELLANA, René. “Interlegalidad y Campos Jurídicos. Discurso y derecho en la configuración de órdenes semi-autónomos en comunidades quechuas de Bolivia”. Cochabamba: Huella editores. 2004.

<sup>16</sup> Esto fue presentado para Francia por John Bowen, en su contribución en la conferencia de Londres 2007.

<sup>17</sup> NELKEN, David. Op. cit. Loc. cit.

<sup>18</sup> Aprendí esto del ensayo de Prakash Shah’s para la conferencia del 2007 mencionada en la nota de pie de página 1. También ver: BALLARD, Roger. “Ethnic Diversity and the Delivery of Justice: the Challenge of Plurality”, En: SHAH, Prakash y Werner MENSKI (eds). “Migration, Diaspora and Legal Systems in Europe”. Londres y Nueva York: Routledge Cavendish. 2006. pp. 50 y 51.

definida y entendida de forma diferente por personas con intereses distintos, particularmente el interés en ganar o mantener el poder. Las personas usan elementos que ellos definen como su propio repertorio legal para ganar los corazones y la razón de algunas autoridades oficiales que son percibidas como las que están, efectivamente, a cargo de resolver conflictos. Los actores pueden adherirse sin ningún problema a repertorios inconsistentes y contradictorios. Las personas tienen experiencia en navegar a través de muchos distintos repertorios legales. Esta revoltosa imagen de “lo legal” es, hoy en día, la manera dominante de aproximarse a la “ley consuetudinaria” en estudios de antropología legal. Por ejemplo, en un muy reciente grupo de artículos sobre las relaciones de tenencia de la tierra en Ghana, la ley consuetudinaria relacionada a dicha tenencia de tierras es caracterizada, no como “fija y conservadora” sino, por el contrario, como “perpetuamente negociada por varios actores, quienes usan sus contactos sociales para redefinir y renegociar relaciones de costumbre”<sup>19</sup>. El caso de estudio ghanés descrito en este volumen confirma esta visión.

Esto, inmediatamente, lanza una pregunta fascinante que lancé y expuse en una conferencia inaugural en el 2004 para mi nueva cátedra de Pluralismo Legal en la facultad de Derecho de la *Universiteit van Amsterdam*, una pregunta que también captó la atención de William Twining<sup>20</sup>: “si los órdenes normativos son permeables y fluidos, ¿cómo es posible hablar de relaciones entre ellos?”<sup>21</sup>. Ciertamente existen, y siempre han existido muchas más combinaciones entre dichos “órdenes” que las que han sido reconocidas hasta ahora. Muchos investigadores enfatizan el *forum shopping* de los actores, y también los cambios desde un estilo de hacer justicia y un repertorio normativo a otro y viceversa, el cual podría ser llamado *discourse shopping*<sup>22</sup>. Estos movimientos promueven una mixtura de normas, significados, valores y otros “elementos legales” en vez de mantenerlos separados y distintos.

Sin embargo, también tenemos que prestar atención a los intereses de los líderes y otros portavoces o representantes de los repertorios legales

de las mayorías y minorías, y, a sus valores fundamentales y significados culturales. Ellos tienen interés en trazar un límite de forma drástica. En ese sentido, procesos de reorganización étnica –o, para tal caso, procesos dentro de la sociedad dominante que enfatizan la “identidad holandesa”– sirven para remarcar el carácter distinto de esa comunidad o nación. Adicionalmente, debemos tener en cuenta al poder. La interconexión es aceptable pero, en algunas circunstancias, las personas se ven obligadas a aceptar un confinamiento en su propio hogar, el cual casi en su totalidad es despreciado por las autoridades oficiales de la mayoría y el público en general. No tengo mejor respuesta a mi propia pregunta y a la de Twining que el notar cómo en la vida diaria seguimos viendo diferencias entre repertorios normativos. Esto es parcialmente debido al peso muerto de instituciones y las así llamadas “diferencias estructurales en el poder”.

El carácter fluido y permeable de un orden legal es una característica del Derecho al estilo occidental como también lo es, y en un sorprendente alcance, no sólo del Derecho Angloamericano pero también del Derecho Continental Europeo. A pesar del impresionante trabajo hecho por generaciones de teóricos legales, quienes proclaman la centralización, unión y fijación del orden legal occidental –y, efectivamente, siguen llamándolo un orden–, ahora se admite ampliamente, no sólo por los antropólogos pero también por los teóricos legales importantes, que los jueces y administradores públicos tienen un alto nivel de discreción en la toma de decisiones. Muchos elementos de razonamiento, a veces de forma conflictiva, están disponibles como argumentos en un debate; lo “legal” no tiene límites claros, el razonamiento jurídico se entretiene constantemente con repertorios normativos de otras redes sociales y comunidades. Esta práctica se ve justificada y promovida por la amplia presencia en el orden legal oficial de conceptos jurídicos sumamente abiertos y flexibles como lo “razonable”. Hablar de una simple “aplicación de normas” sería una manera sumamente inadecuada de resumir empíricamente lo que los jueces están haciendo. Probablemente en su cultura legal profesional, las probabilidades están en contra de dicha discrecionalidad, pero un

<sup>19</sup> UBINK, J.M. y Kojo AMANOR (eds). “Contesting Land and Custom in Ghana: State, Chief and the Citizen”. Amsterdam: Amsterdam University Press. A publicarse en el 2009.

<sup>20</sup> TWINING, William. “A Post-Westphalian Conception of Law (Review essay)”. En: *The Law and Society Review* 37 (1). 2003. p. 251.

<sup>21</sup> *Ibidem*.

<sup>22</sup> W. Menski y R. Ballard llegaron a conclusiones similares. Es incluso posible para cualquier persona interponer reclamos provenientes de distintos repertorios ante el mismo foro.

juez no es una simple víctima de su propia cultura legal. Él puede actuar diferente.

A menudo, las apariencias parecen contradecir esto, por ejemplo, cuando los jueces eligen definir determinada situación como una que encaja perfectamente dentro de cierto concepto legal, y definir a la norma como una conexión clara entre los hechos jurídicos y las consecuencias jurídicas. Sin embargo, esto es más una opción que una línea de comportamiento forzada. Por otro lado, *existe* un orden legal más típico en la práctica legal occidental que en otros regímenes consuetudinarios, esto se debe a que, en la práctica, los jueces apoyan las categorías de características específicas de pensamiento legal y de su rol como juez. Si ellos no lo hacen sus carreras están acabadas, el poder estatal los aplasta inmediatamente. De esta manera, el orden legal occidental presenta una estructura legal interna más específica<sup>23</sup> que es producida y reproducida por jueces que quieren ser vistos como profesionales tratando, en ese sentido, de renunciar a cualquier manera puramente personal y subjetiva de tomar decisiones.

## B. Cultura

Comunidad y cultura deben ser, también, cuestionados como términos. Me restrinjo en este caso a la cultura. Una cultura consta de una gran variedad de principios internos cuestionados, formas de hacer las cosas, hábitos, sentimientos y comportamientos de identidad, tejidos y destejidos constantemente con diferentes resultados logrados por diferentes actores. Un líder indígena con gran certeza califica la cultura de su gente *—la forma en la que somos—* como una que ha estado presente desde tiempos inmemoriales y que con-

tiene la esencia de la armonía que su comunidad posee. El hecho de que en realidad crea en esto, o que esté sólo actuando como un hábil estrategia puede quedar abierto a debate. No necesariamente lo seguidores pensarán lo mismo. Hoy en día, frecuentes encuentros con otros mundos fuera de su propio territorio y cultura provocan una actitud crítica o, por lo menos, una actitud escéptica entre la gente ordinaria<sup>24</sup>. Un pequeño propietario que está siendo engañado por un jefe o autoridad local quien le está quitando parte de su tierra en el nombre de la “tradicional” ley consuetudinaria para venderla a algún inversionista y quedarse luego con el dinero, no puede evitar ver su cultura bajo una nueva luz<sup>25</sup>.

## C. Volviendo al cruce de fronteras

Volvemos, nuevamente, al cruce de fronteras. La fluidez de la ley y la cultura se ve exacerbada por el cruce de verdaderas y reales fronteras. Desde hace muchos años<sup>26</sup>, definitivamente en los últimos 25 años ya casi no existen grupos aislados de personas, ya no existen culturas u órdenes legales consuetudinarios aislados y encerrados en sí mismos. Cuando en la década de 1940 Max Gluckmann intentó contactarse con el sistema “puro” de los indígenas africanos usado para mantener el orden entre ellos (los Lozi), estaba, en realidad, cerrando los ojos a una larga historia de contacto y mutuo intercambio entre prácticas y principios Lozi, las prácticas y principios de otras tribus y, en particular, las de los colonizadores occidentales<sup>27</sup>. No existen los órdenes originarios. Van de Sandt<sup>28</sup> muestra en su estudio sobre los Nasa o Paez en Colombia como desde la llegada de los españoles, muchos siglos atrás, los Nasa intercambiaron distintos elementos, asimilando ciertas formas

<sup>23</sup> Lo “específico” es aquí importante, significa un orden profesional típico el cual hace que el orden legal se mantenga ligeramente separado de toda otra forma de regular las relaciones dentro de una sociedad. No pienso que esté, aquí, cayendo presa del atrayente poder de los profesionales legales. Estoy cruzando las fronteras entre la profesión legal y mi propia visión antropológica al ser una persona familiarizada con ambas disciplinas.

<sup>24</sup> Este creciente escepticismo sobre la naturalidad de las prácticas comunitarias es tratado claramente por Fauzia Shariff. Ver: SHARIFF, Fauzia. “Power Relations and Legal Pluralism: An examination of ‘strategies of struggles’ amongst the Santal adivasi of India and Bangladesh”. En: *Journal of Legal Pluralism* 58. 2008.

<sup>25</sup> Ver un reciente estudio sobre las autoridades consuetudinarias ghanesas (“jefes”) hecho por Ubink. Ver: UBINK, Janine M. “In the Land of the Chiefs, Customary Law, Land Conflicts, and the Role of the State in Peri-Urban Ghana”. Leiden: Leiden University Press. 2008. Por publicarse existe un volumen de estudios de casos en los que se analiza el funcionamiento de la posesión de tierra local comunal en varios países. Ghana es uno de esos países y el caso del pequeño propietario engañado y su jefe o autoridad local es documentado en ese capítulo.

<sup>26</sup> Encuentros entre repertorios legales sumamente diferentes han sucedido y siguen sucediendo todo el tiempo y no sólo hoy en día que nos encontramos en tiempos de una profunda pluralidad en las sociedades europeas y en otros continentes. El reto para las prácticas legales no occidentales ha estado presente todo el tiempo, fue sentido conmovedoramente en tiempos coloniales y quizás ahora regresa a casa en los países metropolitanos. De forma inversa, confrontaciones entre, por ejemplo, repertorios legales musulmanes o hindúes y entre ellos y los occidentales, son, también, una constante característica de la historia. Ver: GEERTZ, Clifford. “*Local Knowledge. Further Essays in Interpretive Anthropology*”. New York: Basic Books. 1983.

<sup>27</sup> MOORE, S.F. “Certainties Undone: Fifty Turbulent Years of Legal Anthropology”. En: *Journal of the Royal Anthropological Institute* 7. 2001. pp. 95-116.

<sup>28</sup> Sandt, J.J. van de. “Detrás de la máscara del reconocimiento: defendiendo la autonomía y el manejo comunal de recursos en los resguardos indígenas, Colombia”. Popayán: Editorial Universidad del Cauca. (a publicarse).

que fueron impuestas por los colonizadores apropiándose de ellas e insertándolas en su estructura social. Lo que han terminado llamando como "propio", por ejemplo, determinadas formas de gobierno, es en realidad una mezcla de lo inmemorablemente antiguo y lo que era nuevo en el siglo XVII. Así, debemos estar atentos a largas historias de contacto, de antagonismos y estereotipos negativos pero también de cierto intercambio mutuo. Svensson<sup>29</sup>, por ejemplo, mostró como en Noruega ha habido y aún hay una constante interpretación entre la ley nacional noruega y las sensibilidades legales de los habitantes originarios nórdicos, los Sámi.

El reto que implica cruzar fronteras o ver las propias cruzadas por diferentes entornos y sociedades mayores dominantes acelera el proceso de renegociar las costumbres y forma de vida local lo que aumenta considerablemente la permeabilidad y fluidez de los órdenes legales. Estos encuentros estimulan la toma de conciencia sobre la existencia de otras formas de organización de la vida. Esto provoca una batalla de significados, peleas sobre qué implica lo consuetudinario y sobre cual es la esencia de la propia cultura. Muchas veces este proceso resulta no ser pacífico, pues, estos distintos mundos tratan arduamente de imponer a los otros su forma de ver al mundo, a la sociedad, al hombre, etcétera.

Pero, al final de cuentas, el cruzar fronteras, lo que es ahora un fenómeno casi universal, *genera que los distintos órdenes legales y culturas se vuelvan más fluidos que nunca*.

#### D. Lo legal

Anteriormente, me he referido a distintos elementos de la ley. Cuando se habla de interlegalidad, uno debe ser claro respecto a que se refiere con lo legal. ¿Qué tipo de "cosas" son las que se ven mezcladas o combinadas? Dicha mezcla es hecha por las personas que actúan como partes realizando un reclamo ante un juez de la mayoría, o por el propio juez respondiendo a dicho reto (reclamo). ¿Qué es lo que están mezclando y negociando entre ellos? Existen normas (o reglas normativas),

que son cuestionadas y renegociadas; existe cultura legal; existen nociones tomadas por sentadas por los jueces sobre como llevar a cabo su labor; existe poder, coerción y resistencia (*forum shopping*); existen valores y principios fundamentales.

Pero hay una dimensión de lo legal que, según mi punto de vista, es la que resalta: el nivel del *significado*, interpretaciones sobre el mundo, el hombre, la comunidad, en consecuencia, de formas de concebir la "real" naturaleza de las cosas. Mucho de lo que resulta interesante de los encuentros entre "órdenes legales" está situado en el nivel del significado. Sally Merry<sup>30</sup> escribió sobre la ley "no sólo como un conjunto de reglas que ejercitan poder coercitivo" sino también como "un sistema de pensamiento a través del cual ciertas formas de relación vienen a ser vistas como naturales (...), formas de pensamiento que son introducidas en instituciones que ejercen cierta coerción como una forma de respaldar sus categorías y teorías de explicación". Personalmente, me gustaría hablar sobre los marcos de significado (*frames of meanings*) institucionalizados en la práctica profesional legal, o en las prácticas legales locales<sup>31</sup>. Por ejemplo, mucha gente de cultura no occidental tiene una perspectiva específica de lo que implica ser un ser humano, la cual contrasta drásticamente con el individualismo occidental. Me encuentro constantemente con esta batalla de significados en mi propia investigación. Al estudiar las formas en que grupos indígenas resuelven el problema de mantener el orden y restaurar la armonía entre el hombre, la naturaleza y los espíritus, uno encuentra, por ejemplo, nociones de reciprocidad que definen la naturaleza del ser humano y de su relación con la naturaleza y los espíritus. Leyendo la hermosa descripción de Rupert Ross<sup>32</sup> sobre el pensamiento aborigen en Canadá (en "Dancing with a ghost"), uno inmediatamente percibe la gran brecha entre el occidente y el mundo aborigen en torno al, usualmente implícito, sentimiento y conocimiento de lo que implica vivir decentemente en una comunidad y cómo relacionarse con los otros y la naturaleza. El énfasis que hacen los aborígenes en el cuidado de los otros y de la naturaleza no implica, sin embargo, que cualquier noción sobre lo personal así

<sup>29</sup> SVENSSON, Tom G. "Interlegality, a process for strengthening indigenous peoples' autonomy: the case of the Sámi in Norway". En: The Journal of Legal Pluralism and unofficial Law 51. 2005. pp. 51-77.

<sup>30</sup> MERRY, Sally Engle. "Legal Pluralism". En: Law and Society Review 22, 5. 1988. p. 889. También ver: MERRY, Sally Engle. "Getting Justice and Getting Even. Legal consciousness among working-class Americans". Chicago y Londres: The University of Chicago Press. 1990. pp. 8 y 9.

<sup>31</sup> Uno no puede evitar pensar en el famoso dicho de Geertz el cual dice que la ley es una manera distintiva de imaginar lo real. Ver: GEERTZ, Clifford. Op. cit. pp. 173 y 184.

<sup>32</sup> ROSS, Rupert. "Dancing with a ghost. Exploring aboriginal reality". Toronto: Penguin Canada. 2006.

como sobre los deseos, sentimientos y reconocimientos individuales sean rechazados. En realidad lo que existe es otra forma de percibir el correcto balance entre el interés individual y el colectivo en orden a lograr una vida social integrada y justa. Dichos marcos de significado (*frames of meaning*) incluyen nociones de los principios fundamentales del orden social y moral los cuales son cruciales para la armonía e integración de una sociedad o comunidad. Ellos proveen una visión *global* de la naturaleza de la sociedad, del hombre y de la naturaleza (una visión de mundo, una cosmovisión), sin embargo, partes de estos marcos de significado son más explícitas que otras. Algunas están directamente relacionadas con valores y principios, como el entendimiento de lo que implica el ser un ser humano, o el entendimiento de que Dios creó el mundo y es quien se mantiene a cargo. Otras partes definen lo que es natural, como el mundo está relacionado a ciertas creencias consuetudinarias como, por ejemplo, la creencia de que las enfermedades y la mala fortuna son producto de buenos y malos espíritus que, se considera, deben ser aplacados por el temor a que más desgracias ocurran. Esto no impide que la gente tome elementos de los marcos de significado dominantes o “blancos” y actúe acorde a ellos.

### E. Interlegalidad y relaciones de exclusión

Para continuar con mi análisis acerca de lo que encierra la noción de interlegalidad manteniéndome leal al rol central que cumple el cruzar fronteras y el encuentro con otras costumbres o formas de vivir, quiero enfatizar que el encuentro con el otro tipo de ley muchas veces resulta ser un proceso que discurre a través de formas de exclusión en vez de inclusión y adaptación.

En varias ocasiones se ha demostrado de forma convincente que las sociedades occidentales o parte de ellas, como sus órdenes legales, y sus contrapartes no occidentales se han dado forma mutuamente y aún se siguen formando unas a otras definiendo “al otro” como *diferente* de uno

mismo. No sólo el occidente ha definido al otro como primitivo, indisciplinado, personas felices pero irresponsables, colectivistas y que tienden al sacrificio de la libertad personal por un incuestionable y fuerte concepto del bien común<sup>33</sup>, pues los líderes indígenas, al igual que los líderes de las minorías, a su turno, también desarrollan visiones estereotipadas sobre los órdenes legales occidentales viéndolos como puramente antagónicos, formales y punitivos, que no tienden a la reconciliación entre las partes, menos aún, al restablecimiento de la armonía dentro de la sociedad. Esta actitud de resaltar los defectos del otro tiene efectos concretos en el sentido que aquél que toma dicha actitud, en mi ejemplo anterior un líder indígena, se siente reafirmado en su visión acerca de que es lo que hace a su propia comunidad excepcional. Dada esta seguridad, un líder la percibe de acuerdo a su interés de fortalecer dicha imagen y reorganizar su comunidad de acuerdo a ella. Está, pues, atrapado. Dicho líder ha afirmado que tal sistema tradicional “existe”; en ese sentido, debe ahora hacerlo realidad. Al menos, eso es lo que intentará hacer<sup>34</sup>. Primero que nada, las diferencias son enfatizadas. Un líder indígena que acusa al occidente de propagar resentimiento a través de la forma en que administra justicia empieza a reinventar su propia tradición en términos de resaltar la forma comunitaria y pacífica de su propia administración de justicia<sup>35</sup>. Sin embargo, otros miembros de la comunidad pueden querer resaltar su necesidad por un tratamiento menos patriarcal, por un tratamiento ligeramente más formal para evitar un desarrollo parcial de los hechos, o por un tratamiento hasta cierto punto más “especializado” –lo que De Sousa Santos<sup>36</sup> llamaría un estilo Homérico, típico para el occidente– con el fin de evitar la forma “holística” pero también frecuentemente opresiva en la que públicamente se examina toda la historia de vida de las partes antes de tomar una decisión.

En ese sentido, como en el ejemplo de los gitanos *kalderash*, los líderes muchas veces deben ceder

<sup>33</sup> Esta visión de las tendencias colectivistas de las comunidades indígenas todavía circula dentro de los miembros de las poderosas élites de los países europeos (y generalmente de primer mundo). En los círculos de desarrollo eso es a veces escuchado como una acusación en contra de los regímenes comunales de la posesión de la tierra, pues supuestamente bloquean cualquier comportamiento de dinámica económica individual y en ese sentido condenando a la gente una pobreza prolongada. La Corte Constitucional de Colombia, aunque muy progresista e iluminada, en ocasiones retrocede hacia tal visión estereotipada de los principios morales y sociales que orientan una comunidad indígena teniéndolos como supuestamente contradictorios a nociones individuales típicas, dejando, así, completamente de lado el verdadero lugar de las obligaciones individuales hacia el bien común. Uno puede pensar en el principio moral de la reciprocidad. Es sumamente difícil, sino imposible de explicar a una corte occidental los detalles de tal principio y como este impregna toda práctica diaria.

<sup>34</sup> COLLIER, Jane F. Op. cit. p. 153.

<sup>35</sup> “Pero incluso mientras los zinacantecos revisan sus procedimientos legales para que se parezcan a los nacionales, ellos están simultáneamente enfatizando diferencias entre la “costumbre” indígena y la “ley” nacional, elaborando una visión de la costumbre local como una que promueve la “reconciliación” en contraste a la ley mexicana “punitiva”. Ver: COLLIER, Jane F. Op. cit. Loc. cit.

<sup>36</sup> SOUSA SANTOS, Boaventura. “Towards a new legal common sense. Law, globalization and emancipation”. Segunda edición. London/Edinburgh/Dublin: Butterworths. 2002.

ante las demandas y comportamientos de su gente. Esta reorganización étnica no es una especie de regreso a formas puramente originarias, sagradas ni a costumbres o formas de vivir inmutables. En el constante intercambio con el mundo exterior los líderes desean tener las dos cosas, en ese sentido, se ven obligados por el comportamiento de su pueblo a comprometerse en un proceso de interlegalidad. Este proceso de tomar del otro lado lo que sirve a la reorganización de su comunidad étnica o cultural mientras que, al mismo tiempo, se adapta lo nuevo a formas antiguas, fue reportado muchas veces en trabajos académicos provenientes de las conferencias de Londres 2007 y Bruselas 2008, en las que se trataba el tema de los musulmanes franceses y de las comunidades surasiáticas en el Reino Unido. Yo mismo he encontrado muchas veces este tipo de reorganización en la cual se mezcla lo "nuevo" con lo "antiguo", particularmente en el estudio de doctorado (PhD) del boliviano René Orellana<sup>37</sup>.

El mensaje parece estar suficientemente claro: para estudiar la ley, las sociedades plurales, la superposición de identidades y la cohesión social en países europeos, se necesita, primero que nada, estudiar la forma en que se determinan las barreras y la forma como se establecen marcadas distinciones entre los órdenes legales nacionales y las prácticas legales locales traídas por los inmigrantes y las minorías<sup>38</sup>. En segundo lugar, tenemos que transgredir este campo de ideologías y estar alertas a la permeabilidad de las barreras, particularmente en lo que respecta a la lucha interna y conflicto que genera el determinar dónde establecer un límite y por qué. En las afirmaciones ideológicas sobre las características del otro esta permeabilidad se ve suprimida; las autoridades manejan la situación y actúan como si representaran la "visión" de su nación, pueblo o grupo. Pero en el vivir diario, los individuos dentro de grupos minoritarios pueden llegar a cuestionar a sus propias autoridades, apartarse de ellas, recurrir a "el otro" y tomar toda oportunidad que se presente y prometa servir a sus propios intereses a través del uso del repertorio de argumentos del otro como, por ejemplo, las mujeres de Zinacantan (Chiapas, México) quienes están solicitando a las autoridades estatales el reforzamiento de la ley estatal en contra de los hombres que aban-

donan o maltratan a sus dependientes<sup>39</sup>. Dentro de las comunidades la gente ordinaria muchas veces se opone a estas visiones oficiales. La oficialmente proclamada armonía dentro de los Dineh (Navajo) estadounidenses al momento de definir como debe ser un Dineh es, la mayoría de las veces, hoy en día, un mito. La celebración de la armonía al momento de resolver conflictos, puede bien ser parte de una estrategia política para evitar que las autoridades dominantes coloniales y postcoloniales intervengan en asuntos locales de la comunidad<sup>40</sup>. Sin embargo, los seguidores pueden llegar a dudar de la bendición de su "cultura".

Esto, sin embargo, no implica que dichas comunidades, simplemente, estén desapareciendo. Es un importante e intrincado tema de estudio, el cómo los líderes y los seguidores se relacionan entre sí en un constante proceso de confirmar o cuestionar determinadas decisiones tomadas por sus compañeros dentro de la comunidad y/o sus líderes. ¿Cómo, en otras palabras, una especie de nueva constelación de esta determinada comunidad se ve construida sobre la base de todos estos encuentros, decisiones e instancias de interlegalidad? La misma pregunta puede hacerse para lo que puede llamarse la sociedad mayoritaria. A través de innumerables interacciones, las cuales envuelven a políticos, la prensa, reporteros, académicos y muchos otros, la sociedad está cambiando progresivamente hacia una más o menos pronunciada dirección monocultural o quizás multicultural.

## F. Derechos humanos

Del ejemplo podemos concluir que los individuos dentro del pueblo indígena y, asimismo, dentro de las minorías en países europeos, no necesariamente ven las influencias occidentales, particularmente los preceptos y procedimientos legales, como totalmente perjudiciales para la forma en la que ellos organizan la vida y sus intereses. Aquí, una vez más, sería falso trazar una línea demasiado estricta entre las distintas comunidades y sociedades. Vivas discusiones se están llevando a cabo acerca de las cualidades de los Derechos Humanos. Y en este tema nos encontramos, por cierto, con el Derecho Internacional,

<sup>37</sup> ORELLANA, René. Op. cit.

<sup>38</sup> Los Sámi en los países nórdicos y Rusia no pueden ser llamados inmigrantes. Ellos mismos rechazarían el término "minoría" y preferirían ser llamado primeras naciones.

<sup>39</sup> COLLIER, Jane F. Op. Cit. p. 154.

<sup>40</sup> COLLIER, Jane F. Op. Cit. p. 310. También ver: MOORE, S.F. Op. Cit. p. 104.

una dimensión que todavía no he tratado a detalle. Estos Derechos Humanos, si se tienen como universales, pueden ser acusados de implicar una provocación etnocentrista, de ser un último intento para deteriorar a las sociedades indígenas, de ser un medio para la “demonización de la cultura y la antropología al mismo tiempo”<sup>41</sup>, de ser un medio para, finalmente, llevar la modernidad a todos. Yo sí estoy de acuerdo con aquella visión que ve en el discurso sobre los Derechos Humanos, la mayoría de las veces, un obstáculo para la diversidad en vez de un apoyo para la misma. De otro lado, a muchas de las mujeres que pertenecen a pueblos originarios les gustaría salir de su sociedad y recurrir a la ley occidental para liberarse a sí mismas de los matrimonios arreglados en virtud de la dominación masculina o para poder conseguir la parte justa que les corresponde de la tierra de sus padres. Ni qué decir de aquellas personas acusadas de ser brujas y que corren el riesgo de sufrir la pena capital. En una sentencia escrita, las más altas autoridades de una nación indígena autónoma en Colombia (Jambaló) revocaron una decisión tomada en uno de los poblados bajo su autoridad, según la cual se castigaría a un poblador de modo demasiado ligero por haber matado a otro poblador de quien se sospechaba que practicaba la brujería. “Es inaceptable que en una comunidad se consienta el homicidio bajo el simple argumento de que la víctima practicaba brujería ya que esto implicaría una violación al derecho a la vida y a los derechos humanos”<sup>42</sup>. Los líderes indígenas están sumamente conscientes de la presión que existe dentro de su propia sociedad para incorporar y apropiarse de distintos elementos “extranjeros”. En ese sentido, como supuestos líderes sabios ellos asumen dicho liderazgo mezclando lo antiguo con lo nuevo, dando origen a un proceso de interlegalidad.

Como dije antes, estas interacciones dentro de la sociedad mayoritaria entre los líderes y las élites, por un lado, y los seguidores, por el otro, son relevantes para entender dónde y cómo la cultura y la ley occidental están cambiando debido al reto que implica la diversidad.

## G. Poder e interlegalidad

La influencia que se ejerce mutuamente entre una práctica legal minoritaria y una dominante no es necesariamente balanceada. Aquí, nos encontramos con el poder, el cual ya ha sido señalado como un elemento importante de todo aquello que se le pueda llamar Derecho<sup>43</sup>. Dentro de una comunidad, la lucha por el poder es lo que hace permeable la movilización del repertorio legal local. En las relaciones entre una comunidad minoritaria y el mundo mayoritario el poder define, en gran medida, los términos en los que las batallas por el reconocimiento son peleadas. Los miembros de las minorías suelen experimentar una imposición forzada de principios extranjeros como “la idea del matrimonio cristiano” a través del poder de prácticas legales oficiales que contienen dichos valores y refuerzos normativos. En los repertorios legales consuetudinarios, a pesar de lo que sugiere la palabra repertorio, no todo puede ser propuesto ni ser seriamente introducido en las llamadas “negociaciones”, debemos tener en cuenta que el poder está siempre presente. En los intercambios entre el orden legal local y el orden administrado por las élites nacionales (o internacionales) el poder, el poder estatal o el poder económico juegan un papel aún mayor. En distintos casos prácticos sobre las leyes del asilo, sobre la forma como las autoridades oficiales y/o los legisladores manejan la reunificación familiar, en casos sobre la forma en que la autoridad estatal oficial responde ante manifestaciones de la administración de justicia local indígena se manifiesta una fuerte condescendencia y también, ocasionalmente, un ejercicio brusco del poder. Todo esto sucede en el nombre de la ley o de los valores fundamentales que supuestamente sirven de base a dicha ley, en el nombre de la igualdad entre todos los ciudadanos y en el nombre de muchos otros honorables principios legales.

Pero las minorías no son simplemente víctimas indefensas. La resistencia se puede detectar en la forma en que el matrimonio poligámico es practicado ocasionalmente por surasiáticos en Gran Bretaña<sup>44</sup>. Los miembros de las minorías también se apropian de conceptos mayoritarios

<sup>41</sup> MERRY, Sally Engle. “Human Rights and the Demonization of Culture”. En: *Political and Legal Anthropology Review* 26, 1. 2003. pp. 55-77.

<sup>42</sup> En 1999, ver los comentarios de Assies. Ver: ASSIES, Willem. “Indian justice in the Andes, re-rooting or re-routing”. En: SALMAN, Ton y Annelies ZOOMERS (eds.). “Imagining the Andes: shifting margins of a marginal world”. Amsterdam: Aksant Academic Publishers. 2003. pp. 167-186.

<sup>43</sup> Ver el elemento de la coerción mencionado en la tipificación del “derecho” de Merry.

<sup>44</sup> Ver el capítulo 5 del libro de Prakash Shah “Pluralismo legal en conflicto”. Ver: SHAH, Prakash. “Legal Pluralism in Conflict. Coping with cultural diversity in Law”. London: Glass House Press. 2005.

y los construyen activamente dentro de su visión legal. Pearl y Menski<sup>45</sup> nos dicen que “hoy en día en Gran Bretaña, encontramos una nueva forma de *shari’a*, ley inglesa musulmana o *angrezi shariat*, que no se encuentra oficialmente reconocida por el estado pero es en la actualidad, cada vez con mayor evidencia, una fuerza legal dominante dentro de las varias comunidades musulmanas en Gran Bretaña”. Los autores hablan del “desarrollo de un nuevo híbrido, leyes musulmanas no oficiales”. A veces se da dicha penetración pero en forma inversa cuando elementos de la ley minoritaria son aceptados dentro del orden legal dominante y pueden incluso llegar a dejar una marca en los conceptos, procedimientos y prácticas legales dominantes, posiblemente también se mezclen con los fundamentos normativos de la ley nacional. La mezcla de distintas visiones del mundo, principios, percepciones, definiciones y normas puede, en efecto, darse también de forma inversa, como por ejemplo, la práctica legal aborígen en Canadá “ha afectado a la filosofía y práctica de la justicia no aborígen”<sup>46</sup>. A este último fenómeno lo llamo interlegalidad *en reversa*.

#### H. ¿Interlegalidad en la actual práctica legal mayoritaria?

En esta exposición, hasta el momento, no le he dado importancia a la forma en que los jueces, políticos, líderes y el público perteneciente a la mayoría navegan desde su propia cultura hacia el mundo de grupos con distinta identidad los cuales se encuentran dentro de su propia sociedad. Tal vez no lo hacen. Los reportes presentados en la conferencia de Londres del 2007 no son en general optimistas, incluso un participante que conocía del tema habló de “un constante espíritu de renuencia” que, por cierto, es una de las formas más diplomáticas de ponerlo. La barrera para el reconocimiento de otras sensibilidades legales no se levanta con facilidad. La ignorancia, la arrogancia en pretender “entender a la otra cultura”, la falta de tiempo para hacerle justicia a un contexto cultural, muchos problemas severos experimentados por peritos expertos que tratan de transmitir su mensaje<sup>47</sup>, sin mencionar el problema de los expertos contradiciéndose unos a otros; estas son sólo algunas de las muchas circunstancias que tienden a mantener dicha barre-

ra firme y segura. Existen también “condiciones estructurales” como las que ya han sido mencionadas (una fuerte reserva por parte de los jueces para tomar el rol de legisladores). Esto genera límites reales y estrictos a cualquier navegación judicial en el otro dominio. No pensemos que el legislador está más abierto a mejorar las oportunidades legales en cuanto a la toma de decisiones para la adaptación; me atrevería a sugerir que es todo lo contrario. Fuera de la práctica legal el contexto sociopolítico actual tampoco resulta favorable. Sin embargo, también encontramos ejemplos de un encuentro de pensamientos, de serios intentos por entender otros patrones de relaciones familiares y aplicarlos, por ejemplo, en casos de dar niños en adopción o colocarlos bajo tutela.

A pesar de la condición estructural mencionada anteriormente, hemos observado a jueces, trabajadores sociales, abogados, administradores públicos y profesores de escuelas luchar muchas veces con los problemas para entender qué pasó y cómo, dónde y por qué se debe realizar una nueva interpretación de algún concepto legal o introducir una excepción a la regla para poder acomodar otras sensibilidades legales. Una visión menos rígida de la naturaleza del llamado repudio de un solo lado de la esposa por el esposo mientras esta figura es recientemente reformada por la nueva legislación familiar en Marruecos, el cambio de una manera formal a una manera más material (empírica) de acercarse al *kafala*, intentos para adaptar ciertas formas de “matrimonios religiosos”, etcétera son sólo algunos ejemplos y existen muchos más. Lo que es más importante aún es que los profesionales empiezan a pensar diferente. Aquí viene el punto en el que vengo insistiendo repetidamente. Incluso cuando el juez rechaza un pedido de la minoría, ha aprendido algo, quizás más de lo pensado. Su marco de pensamiento ha cambiado, posiblemente para mejor. Estos encuentros legales se llevan a cabo en el campo de batalla del significado, de las nociones de lo normal y de lo natural que son tomadas por sentadas. En ese sentido, en la práctica legal oficial nos encontramos con condiciones similares: aquí se dan debates y discusiones, las formas normales de definir determinada situación se ven puestas a prueba, existen cuestionamientos

<sup>45</sup> PEARL, D. y W. MENSKI. “Muslim Family Law”. Lahore: Brite Books. 1998. p. 58.

<sup>46</sup> PROULX, Craig. “Blending justice: Interlegality and the incorporation of aboriginal Justice into the formal Canadian Justice System”. En: The Journal of Legal Pluralism and Unofficial Law 51. 2005. p. 80.

<sup>47</sup> BALLARD, Roger. Op. cit.

internos. Por ejemplo, la solemne reunión anual de la asociación general de profesionales legales holandeses así como de la rama de abogados constitucionales discutió el problema de la multiculturalidad y el Derecho en Holanda en el año 2008. Cursos de las Facultades de Derecho, cursos de actualización judicial, artículos en revistas tanto profesionales como más generales abundan con temas relevantes. Una extensiva investigación empírica acerca de, precisamente, el tema del presente artículo, es decir, la pregunta del “cómo lo hacen”, ha sido requerida por la agencia holandesa que supervisa y organiza el sistema judicial<sup>48</sup>.

#### I. Interlegalidad en los casos de no reconocimiento.

Todo lo que ha sido dicho anteriormente resalta mi próximo punto. No debemos pensar en la interlegalidad como un fenómeno que se presenta sólo si en la ley oficial existe alguna forma de reconocimiento, como parte del Derecho Doméstico, concedido a distintas prácticas legales, ya sea un reconocimiento judicial o por parte del legislador. Incluso donde los jueces, los legisladores, los políticos así como el público en general rechazan firmemente casi todos aquellos elementos que perciben como parte del otro orden legal, inevitablemente, se darán encuentros entre ambos y cierto nivel de interpretación, es un hecho social.

#### J. Condiciones sociales

Déjenme, finalmente, señalar una de las muchas materias que aún faltan ser tomadas en cuenta en los estudios empíricos acerca del comportamiento profesional en casos multiculturales. Me refiero a la necesidad de cuidadosamente ensamblar el conocimiento acerca de *las condiciones sociales que los actores perciben como las que inhiben su elección de comportamiento*. Una de tales condiciones se puede presumir cuando uno observa a los jueces definiendo su rol de tal forma que se sienten inhibidos de hacer lo que, desde su perspectiva, el legislador debería hacer. Por esa razón se abstienen de reconocer un matrimonio gitano como válido bajo el Derecho de Familia.

Otro ejemplo de estas condiciones sociales es la extendida suposición entre los jueces que las autoridades oficiales de la Junta de Protección y Bienestar Infantil realizan un buen trabajo y se puede confiar en sus decisiones. Esta actitud es una de las circunstancias que arroja luz respecto a la resistencia de los jueces de Familia en conducir una evaluación independiente de las recomendaciones expuestas ante ellos y que son hechas por estas autoridades. Esto, en su momento, explica porqué en casos sobre conflictos multiculturales, *hablando empíricamente*, la decisión de si se toman o no en cuenta diferencias culturales, y cómo se toman, es realizada por la Junta y no por el juez. En ese sentido, debemos estudiar dichas Juntas en las cuales probablemente encontremos una retórica liberal pero una fuerte resistencia, en la práctica, a tomar diferencias étnicas y culturas en cuenta.

#### IV. A MODO DE CONCLUSIÓN: ¿HACIA DÓNDE NOS DIRIGIMOS AHORA?

Concluyendo mi análisis quiero referirme, brevemente, a cómo acercarse a la pregunta de hacia dónde se dirigen los repertorios legales occidentales. Uno se podría hacer la misma pregunta respecto de, digamos, las sensibilidades jurídicas de los inmigrantes surasiáticos del Reino Unido.

Incluso si admitimos por completo que no se llegará nunca a ningún resultado *final*, sino sólo a situaciones sumamente irregulares y temporales, vale la pena tratar de determinar, aproximadamente, hacia dónde se dirige el orden legal holandés y muchos otros órdenes legales occidentales: ¿están pasando de expresar “únicamente valores holandeses”, “únicamente valores británicos” a expresar también otros valores? ¿Están los órdenes legales occidentales convirtiéndose en una forma híbrida en la que existen diferentes grupos de principios que son pegados entre sí formando un fragmentado, desarticulado y siempre cambiante “todo”? Al hacer esta pregunta, no sólo estoy pensando en una desviación *incidental* de la interpretación normal de un principio o de la obvia redacción de una sentencia o precedente, incluso si esto ocurre de modo regular. Estoy pensando en un impacto *duradero* de distintos significados y principios de lo que implica una buena vida en la forma dominante de pensar y de definir las buenas relaciones; por

<sup>48</sup> ROSSUM, W. Van. “Gelet op de cultuur. Reflectie op de relevantie van culturele achtergronden van etnische minderheden in de Nederlandse rechtspraak”. Den Haag: Raad voor de Rechtspraak. 2007.

este sólo hecho la visión dominante perderá su carácter de ser depositaria exclusiva de la cultura mayoritaria<sup>49</sup>.

Para sugerir aquí ciertas direcciones, regreso a la pregunta de cómo captar las estructuras cuando estas vienen y van. Nos provee una útil metáfora la canción de las ballenas hecha por Susan Silbey<sup>50</sup> precisamente para referirse a este problema. La estructura del Derecho –o cualquier otra institución social– existe, pero es “constituida a través de una práctica social activa”<sup>51</sup>. En ese sentido, existe un reconocimiento del rol de los distintos actores en la creación de las estructuras. La metáfora para explicar esto es la siguiente: una manada de ballenas produce un aire específico y lo siguen, pero ocasionalmente, alguna ballena puede modificar ligeramente dicho aire, y a veces tal modificación es adoptada por el grupo. Todas las ballenas tienen la habilidad y el estatus social para poder cambiar el aire de su grupo. Así, a través de cambios muy pequeños pero progresivos,

el aire de las ballenas puede cambiar en el tiempo y llegar a ser irreconocible respecto del aire original. La estructura es “efectuada y determinada a través de experiencias regulares, rutinarias y aparentemente sin incidentes”<sup>52</sup>.

En el mismo sentido metafórico, uno podría ver las decisiones judiciales como experiencias rutinarias y sin incidentes que traen una interpretación ligeramente distinta de, por ejemplo, lo que normalmente es visto como el interés superior del niño. Quizás sean otros principios fundamentales distintos a aquellos usualmente usados por la mayoría los que han sido tomados en cuenta para fundamentar dicha decisión. Marcos tácitos de significado se derrumban. De la suma de todos estos eventos, el “algo” que llamamos orden legal estatal, sus principales fundamentos normativos y su reserva de interpretaciones comunes, cambia lentamente.

<sup>49</sup> El espíritu de este acercamiento se ve debidamente capturado en un dicho de Craig Proulx: “En vez de simplemente discutir conflictos entre sensibilidades u órdenes judiciales/legales culturalmente diferentes, debemos también, observar cómo la justicia/ley es transmitida a, y apropiada por, otros y cómo estos recursos son utilizados en la producción cultural recíproca”. Ver: PROULX, Craig. Op. cit. p. 83

<sup>50</sup> SILBEY, Susan S. “Making a place for cultural analyses of Law”. En: Law and Social Inquiry 17 (1). 1992. p. 44.

<sup>51</sup> Ibid. p. 43.

<sup>52</sup> Ibid. p. 44.