

<http://www.pucp.edu.pe/ira/relaju/ponencias/21.pdf>

Antropología y Derecho. Rutas de Encuentro y Reflexión,
Conferencia de la RED Latinoamericana de Antropología jurídica –
Sección Perú (RELAJU – Perú). Pontificia Universidad Católica del Perú,
Instituto Riva-Agüero. Lima, 7, 8 y 9 de febrero e Iquitos, 15 y 16 de febrero
de 2001

Ponencia 21

Fidel Tubino Arias-Schreiber

Título: **"Pluralismo jurídico, relativismo y perspectivismo moral."**

PLURALISMO JURIDICO, RELATIVISMO Y PERSPECTIVISMO
MORAL.

Fidel Tubino Arias-Schreiber ¹

" Si no es posible una razonablemente justa sociedad de los pueblos
cuyos miembros
subordinen su poder a fines razonables, y si los seres humanos son en
gran medida
amorales, si no incurablemente egoístas y cínicos, podríamos preguntar
con Kant si
merece la pena que los seres humanos vivan sobre la tierra".²
Quisiera empezar a plantear el problema ético que involucra la colisión
de derechos
narrando un hecho reciente de confrontación entre el derecho oficial y
el derecho
consuetudinario que he reconstruido a partir de una diversidad de
versiones que he
recogido en el departamento de Madre de Dios.

1. La colisión de derechos como choque de paradigmas culturales.
Hacia fines de la década de los ochenta cuando Sendero Luminoso se
había
transformado en un peligro a nivel nacional, apareció en la comunidad
nativa
Amarakairi de Diamante en Madre de Dios un supuesto médico
argentino. Se
transformó rápidamente en un personaje de la zona pues se hizo pasar
por un jefe
militar de Sendero y -según dicen algunas versiones- amenazó a la
comunidad en el
sentido de que si no hacían lo que él les mandaba hacer, ordenaría un
ataque de
supuestos terroristas que habían rodeado la comunidad. La comunidad
nativa se sometió
a sus designios por temor a las represalias. Un día apareció asesinado
un adolescente
homosexual de la comunidad en la posta médica. El consejo de la
comunidad se reunió

, deliberó y decidió que debía ser ajusticiado. Asimismo, fueron designadas las personas que debían encargarse del ajusticiamiento. El médico argentino fue ajusticiado y su cadáver fue incinerado. Por casualidad pasó en esos días por la comunidad un policía que descubrió el cadáver . Este fue conducido a la morgue y con los resultados de la autopsia se iniciaron las investigaciones judiciales que culminaron con el encarcelamiento de los autores del hecho.

He querido empezar relatando este hecho- que lejos de ser meramente anecdótico es muy significativo de lo que pasa en el Perú- porque nos obliga a reflexionar acerca de qué fue lo que realmente sucedió . Se trató acaso de un simple "asesinato"? A los ojos de la justicia Amarakairi se trató de un ajusticiamiento ordenado por una instancia jurídica competente : el Consejo de la comunidad . A los ojos de la justicia del Estado se trató de un asesinato condenable por nuestra legislación y sancionable drásticamente con la prisión.

Desde este punto de vista resultó intrascendente que haya sido decidido por una institución tradicional pues ésta no posee status jurídico oficial. Un grupo de nativos de la comunidad purgan encarcelamiento en el Cuzco. Responder a la pregunta : qué fue lo que realmente sucedió? no resulta fácil. Habría que decir:

desde el paradigma cultural en el que se encuentra inserto el derecho consuetudinario Amarakairi fue la ejecución legal de un condenado a la pena de muerte. Pero desde el paradigma cultural del derecho oficial de la cultura peruana hispano- hablante fue un asesinato . He traído a colación este caso porque es un claro ejemplo de pluralismo jurídico , de colisión de paradigmas culturales, de desencuentro de horizontes morales o más aun, de " colisión de derechos " : el derecho consuetudinario y el derecho oficial.

Es un lugar común afirmar que el derecho consuetudinario indígena parte de una concepción de la justicia distinta a la concepción de justicia de la que parte el

derecho oficial. La justicia es entendida entre los pueblos indígenas amazónicos preferencialmente como la restauración de un equilibrio cósmico que ha sido roto por una acción humana. Entre los pueblos originarios de la Amazonía no se hace la distinción entre el ámbito de la naturaleza y el ámbito de la sociedad, entre lo sagrado y lo profano. Lo social es natural y lo profano es sagrado. Se parte de una concepción holista de lo real. El equilibrio se restaura visualizando en el trance shamánico al responsable de la ruptura y aplicándole una sanción comparable al delito cometido. Una vez aplicada la sanción se restaura el equilibrio cósmico y volvemos a convivir en armonía con los principios rectores del cosmos. Por lo contrario, nosotros los de la cultura urbana castellano hablante partimos de una concepción de la justicia como imparcialidad y del principio de la igualdad ante la ley. Asimismo, en nuestra visión analítica de lo real hacemos una irresoluble dicotomía entre la legalidad de lo social y la legalidad de la naturaleza. La colisión de derechos es en el fondo la colisión de paradigmas culturales distintos. El problema que se plantea se puede formular en estos términos: Es legítimo moralmente juzgar desde nuestro paradigma cultural actos deliberados y decididos desde un paradigma cultural alternativo? Actualmente nuestra legislación contempla que la incomprensión de la ley por razones culturales es un atenuante a ser considerado. La opción oficial consiste en juzgarlos actos de las personas de otras culturas desde nuestro paradigma cultural pero con flexibilidad y no con osado autoritarismo. Sin embargo, esta solución a la colisión de derechos y de sus paradigmas culturales respectivos no deja de ser del todo satisfactoria. Basta con hacer un ejercicio mental e imaginarnos a nosotros los de la cultura hispano hablante siendo juzgados por el

consejo de una comunidad Amarakairi y siendo condenados con mesura - por
incomprensión cultural de la normatividad Amarakairi-por la realización
de un
acto que de acuerdo a nuestra conciencia moral y a nuestro
ordenamiento
jurídico no es un delito. Encontraríamos acaso que hemos llegado a una
solución
justa? Posiblemente no, pues argumentaríamos que se trataría de un
caso de
imposición cultural; lo cual es cierto.

Para poder aproximarnos a un esclarecimiento del problema
epistemológico que está en
juego en el dilema ético en el que nos coloca el pluralismo jurídico y la
colisión de
culturas permítaseme adelantar algunas consideraciones teóricas
relevantes.

2.Hacia un punto de vista neutral.

Solamente si somos capaces de demostrar que existe un punto de vista
"descontextualizado" acerca de lo que es justo, desde el cual podemos
juzgar el
comportamiento de los actores sociales, entonces podríamos argumentar
que es posible
escapar a la imposición etnocéntrica y a la arbitrariedad cultural. John
Rawls en su Teoría de la Justicia se propone precisamente elaborar un
punto de vista incondicionado
desde el cual sería posible construir una concepción política de la
justicia como
imparcialidad. Para ello recurre al argumento de la "posición original"
que consiste
justamente en un artificio intelectual mediante el cual neutralizamos la
influencia de
nuestras doctrinas comprensivas y nuestras concepciones del bien en la
elaboración de
una teoría descontextualizada de la justicia. Se propone algo así como "
colocar entre
paréntesis" nuestras doctrinas comprensivas y nuestra pre-comprensión
del mundo para
acceder a una comprensión axiológicamente neutral de la justicia como
práctica de la
imparcialidad. El proyecto liberal conlleva una contradicción interna: por
un lado
plantea la necesidad de que el Estado sea neutral cultural y
doctrinariamente y por otro
lado reconoce que esta neutralidad es tan solo un modo de presentación
de sus

argumentos. Pues es desde la cultura pública de las sociedades democráticas modernas que se extraen los conceptos normativos que sirven para definir la justicia como imparcialidad. Es el mismo Rawls quien se encarga de plantear esta autocrítica posteriormente, logrando de esta manera reconstruir el neo- contractualismo liberal en afinidad al contextualismo moral. Además, podemos añadir que la concepción política de la justicia como imparcialidad no es ni pretende ser axiológicamente neutral, pues se esboza desde la admisión de la tolerancia como valor supremo de la convivencia entre las sociedades liberales y las sociedades jerárquicas. No es posible acceder a un punto de vista descontextualizado desde el cual podamos proponer una concepción de la justicia válida universalmente. Esto sin embargo no nos conduce a admitir la imposibilidad de la imparcialidad en la aplicación de las leyes ni a aspirar a ella en la administración de la justicia.

3. ¿Sumergidos en el relativismo?

Surge así innegablemente la tentación del relativismo ; vale decir, la afirmación de que pretender acceder a un punto de vista descontextualizado, es decir, absoluto, es a la vez un deseo natural de la razón y al mismo tiempo una imposibilidad inherente a ella. Efectivamente, acceder a mirar el mundo " como Dios lo mira " sólo sería posible si fuéramos capaces de neutralizar nuestra condición histórica y transformarnos en espectadores ahistóricos. Esto sin embargo es imposible conceptual y fácticamente pues somos entes que de entrada existimos como proyecto con -los -otros en el horizonte de un mundo cultural e históricamente contextualizado. Podemos sin embargo diferenciar entre un relativismo radical y un relativismo moderado a fin de precisar con claridad nuestra posición. El primero consiste en sostener la tesis de que todos nuestros juicios - con excepción de las proposiciones de

las ciencias formales - se encuentran contruidos y por ende influenciados por nuestra subjetividad empírica . No sería posible desde este punto de vista, establecer el tipo de relación o el grado de concordancia que hay entre nuestras representaciones y la realidad en sí pues se encuentran filtradas por la subjetividad y el contexto. El relativismo moderado parte del cuestionamiento del modelo representacionalista y de la concepción de la " verdad sin correspondencia".El criterio para escoger entre nuestras representaciones no puede ser su grado de concordancia con la realidad. Tenemos que seleccionarlas por el grado de la fortaleza racional de sus justificaciones teóricas y por la calidad de los cursos de acción que generan. Ni el relativismo absoluto ni el relativismo moderado nos ofrecen bases aceptables para proponer una concepción de la justicia con pretensión de universalidad pues al negar la posibilidad de "un punto de vista descontextualizado" acabamos finalmente por circunscribirnos a una moral subjetiva de los afectos. Así, por ejemplo, el sentimiento de pertenencia a la especie humana se transforma en el fundamento de la solidaridad humana y acaba por anular al principio racional de la igualdad que se basa en la apercepción de nuestra invariable dignidad.

4. Hacia el perspectivismo hermenéutico .

Creemos que el relativismo es una adquisición de la conciencia crítica moderna que nos permite superar tanto el dogmatismo racional de la dignidad igualitaria como la ilusión del " punto de vista neutral". Toda comprensión se configura desde el horizonte de una pre-comprensión intuitiva que hace posible el surgimiento de preguntas que , a su vez, animan y renuevan la comprensión temática y científica. El círculo entre pre-comprensión y comprensión no es un círculo vicioso. La situación de la que emerge nuestra comprensión del mundo se encuentra tejida y enraizada en un éthos cultural que nos proporciona el horizonte moral desde el cual juzgamos y

evaluamos los comportamientos propios y ajenos. Todo saber es comprensión "en perspectiva". Esto quiere decir que si bien es cierto que no hay un punto de vista absoluto, no por ello debemos descartar la posibilidad de que todas las perspectivas de comprensión del mundo ínsitas a los diversos paradigmas culturales poseen algo de verdad.

Mientras que el relativismo moral conduce a la tolerancia incondicional del "todo vale"

y a la pérdida de perspectiva crítica, el perspectivismo hermenéutico conduce al diálogo

intercultural y al enriquecimiento recíproco de las perspectivas. Es lo que Xavier Albó

denomina como "la interculturalidad positiva".³ Cuando se cruzan los horizontes

morales de comprensión de los paradigmas culturales suele instalarse la interculturalidad negativa. Vale decir, el conflicto intercultural y la imposición de un

paradigma cultural. Es lo que acontece cuando frente a la colisión de derechos se opta

por subordinar el derecho consuetudinario al derecho oficial. Pero puede generarse

también el espacio para iniciar un diálogo intercultural, una apropiación recíproca,

selectiva y crítica que conduce al enriquecimiento y auto transformación de los

paradigmas culturales que están a la base de las concepciones básicas de los derechos en

colisión." Ya no es sólo la tolerancia del otro distinto lo que está en juego, sino la

opción de la auto-recreación propia en la interacción con ese otro. O más aún: la

tolerancia frente al otro es más apremiante porque la autorecreación se ha vuelto una

opción inminente. Al viejo tema del respeto por el otro se acopia, no sin conflicto, la

nueva aventura de mirarnos con los ojos del otro. Y entrar en esa mirada del otro me

hace a mi ser otro respecto de mí".⁴ A esto es a lo que M. Hopenhayn denomina la "

transculturalización".⁵

El diálogo intercultural es una manera de nombrar lo medular de las políticas de

reconocimiento .Este es algo más que tolerancia y respeto de las diferencias .El

reconocimiento implica respeto y además, valoración de las diferencias.

6 La valoración

a priori del otro es un falso reconocimiento. " Los auténticos juicios de valor

presuponen la fusión de horizontes normativos, presuponen que hemos sido

transformados por el estudio del otro, de modo que no sólo juzgamos de acuerdo con.nuestras normas familiares originales. Un juicio favorable, pero prematuro, no sólo sería

condescendiente, sino etnocéntrico: elogiaría al otro... por ser como nosotros"⁷ .

La universalidad se construye en el diálogo en la esfera pública. Es el resultado del

consenso intercultural y de la fusión de horizontes. No es construida desde un punto de

vista absoluto que soslaya un punto de vista particular hegemónico. No es un asunto de

la razón monológica sino de la confrontación dialógica.

5. Aplicación del perspectivismo hermenéutico a la doctrina de los Derechos Humanos.

El asunto de los Derechos Humanos en nuestro país es un problema que convoca a

políticos, dirigentes populares, educadores, científicos sociales, psicólogos,

psicoanalistas, juristas, filósofos y teólogos. Es frecuente en el debate académico la

discusión en torno al problema de la universalidad o relatividad cultural de los derechos

humanos. Tal manera de plantear el problema de la relación entre la doctrina de los

derechos humanos y los contextos culturales conduce inevitablemente ya sea, a aporías-es

decir, falsos problemas sin solución-, a eclecticismos que no aportan nada o a

posiciones dogmáticas que impiden que nos adentremos en el debate en torno a los

fundamentos de la doctrina de los derechos humanos.

Una correcta formulación del problema requiere de un manejo apropiado de los

términos nucleares del debate y de los nociones claves que están en juego; a saber, la

noción de " lo universal", " lo particular", "lo relativo" y "lo absoluto". La Sociedad

Francesca de Filosofía, al revisar y aprobar el Vocabulario Técnico y crítico de la Filosofía de André Lalande, define precisa y funcionalmente los términos del debate.

Así, "absoluto" es lo que tanto en el pensamiento como en la realidad no depende de ninguna otra cosa y lleva en sí mismo su razón de ser. Relativo es lo que se opone a Absoluto, lo que está en función de algún otro término. Relativo es lo que no se basta a sí mismo, es aquello que existe y se define por relación a otra cosa. Universal es lo que se define por oposición a lo que sólo se toma particularmente. Es decir, es aquello que es válido para todos los casos independientemente de los contextos de espacio y tiempo.

Finalmente, "particular" es lo que no pertenece a todos los individuos de una especie considerada, sino tan sólo a algunos de ellos, o hasta a uno. De acuerdo a esta definición de los términos podemos decir que lo "universal", es decir, lo no contextualizado, no es necesariamente "absoluto". Lo "particular", es decir, lo contextual, puede ser "absoluto" pero también puede ser "relativo". Lo "universal" se opone a lo "particular": ambos términos poseen una dimensión básicamente lógica y cuantitativa. Lo "relativo" se opone a "lo absoluto": ambos términos poseen una dimensión básicamente ontológica.

Una vez esclarecidos los términos y los planos del debate que nos concierne, resulta imperativo afirmar que preguntarse si los derechos humanos son "universales" o "relativos" es una manera incorrecta de plantear el problema, porque en esta formulación se oponen términos que no se oponen entre sí y se confunden planos que se distinguen entre sí. Esto puede conducir a aporías teóricas. Sin embargo, en el debate académico, el problema sobre la universalidad o particularidad de los derechos humanos se plantea en términos de universalidad o relatividad. Aceptemos por el momento, a

pesar de haber develado sus inconsistencias conceptuales, los términos usuales del debate académico . Habría que afirmar de entrada que la doctrina de los derechos humanos no es universal pues no es independiente de los contextos , y es relativa sólo si por relativo estamos entendiendo lo que, en estricto senso, es tan sólo "particular". Pero habría que añadir: los derechos humanos son " particulares" y no "universales" porque son "relativos"; es decir, son contruidos y son " dependientes" de los contextos histórico-culturales desde los que se producen. Afirmar que la doctrina de los derechos humanos es relativa es una afirmación demasiado genérica; pues como hemos aclarado anteriormente , hay varios tipos de relativismo que oscilan entre el relativismo radical y el relativismo moderado. Además, es una afirmación inconclusa: pues la toma de conciencia del carácter relativo de los derechos humanos no tiene que conducirnos necesariamente a negarles validez multicultural. Antes bien, nos conduce a superar el relativismo cultural mediante la toma de conciencia hermenéutica de su carácter situado. A su vez, la toma de conciencia hermenéutica de su carácter contextual nos impulsa a generar un " diálogo intercultural" entre las diversas concepciones culturales de los derechos humanos. La doctrina de los derechos humanos, hay que decirlo, es una doctrina que surge por iniciativa de los países Occidentales y que desde sus inicios ha sido sometido a una verdadera consulta intercultural. En 1946, como parte de los trabajos preparatorios de la Declaración Universal de los Derechos Humanos, se creó una comisión integrada por historiadores, filósofos y juristas que realizó un amplio trabajo de consulta entre intelectuales y políticos de las más diversas culturas del planeta . El resultado fue realmente alentador. Los puntos de convergencia en torno a las nociones fundamentales-libertad, dignidad humana, respeto a las identidades culturales, entre otras- fueron

sorprendentes. Esto no impidió sin embargo que en 1981, los países islámicos se reunieran en París y firmaran la Declaración Islámica Universal de los Derechos Humanos. Los contenidos fundamentales de esta Declaración se establecieron a partir de la "charia", es decir, el Corán y la "sunna" o tradición del profeta, que contienen las prescripciones y mandamientos musulmanes tanto para el ámbito jurídico como para el ámbito religioso y moral. Ambas Declaraciones poseen pretensión de universalidad y al mismo tiempo se encuentran culturalmente contextualizadas. La diferencia sin embargo es que la Declaración Universal de 1948 fue sometida a una consulta multicultural. En otras palabras, si bien expresa el punto de vista Occidental sobre los derechos humanos, no se limita a éste: posee una intención integradora. A pesar de ello, en el terreno práctico, ha servido y sirve para que las potencias hegemónicas Occidentales justifiquen sus políticas intervencionistas, violando así sistemáticamente los derechos humanos en nombre de ellos. También sin embargo ha servido y sirve para que instituciones Occidentales de derechos humanos denuncien estas violaciones y luchan por la vigencia de los mismos, influenciando significativamente en la opinión pública internacional. Como puede apreciarse, el panorama si bien es complejo en el terreno teórico, lo es aún más en el terreno práctico. A nivel teórico constatamos la existencia de conflictos entre la doctrina de los derechos humanos- que tiene como carta de fundación la Declaración Universal de 1948- y las concepciones no occidentales de los derechos humanos. A nivel práctico constatamos el uso ideológico de la doctrina de los derechos humanos para justificar incluso prácticas que los contradicen. A nivel teórico habría que decir que ninguna concepción de los derechos humanos es descontextualizada y por lo mismo no es universal en sentido estricto. El conflicto surge

cuando , ignorando el carácter situado de las concepciones culturales de los derechos humanos, y por ende particular, desconocemos su carácter - no relativo en sentido radical o moderado- sino hermenéutico. Reconocer que toda concepción de los derechos humanos se configura desde un horizonte de comprensión específico que se retroalimenta con la pre-comprensión que le sirve de base, es la condición necesaria, aunque no suficiente, para que pueda surgir un diálogo intercultural sobre los derechos humanos. El diálogo intercultural es a su vez el espacio abierto para que pueda practicarse una "fusión de horizontes" que tiende a la universalidad, no como realización posible, sino como télos orientador del debate. A nivel práctico se requiere del diseño y la implementación de políticas que posibiliten el respeto irrestricto de los derechos humanos sin menoscabo del respeto y promoción de las identidades culturales. Implicancias ético-políticas de la conciencia hermenéutica de los derechos humanos. Con el desplome de las jerarquías sociales que eran la base del honor y por ende del régimen de las preferencias, advinieron las sociedades democráticas basadas en el concepto de la dignidad igualitaria. Sin embargo, la igualación alcanzó solamente a los derechos civiles y políticos, no así a los derechos económicos, sociales y culturales. Surgió así la " política de la dignidad igualitaria". El desarrollo del concepto moderno de identidad permitió que surgiera posteriormente "la política de la diferencia" mediante la cual se plantea que el reconocimiento de los derechos civiles y políticos es tan importante como el reconocimiento de las identidades culturales (citando a Taylor). Insistir exclusivamente en las semejanzas - dignidad igualitaria- es sin embargo tan nocivo como insistir exclusivamente en las diferencias. Lo primero conduce a un igualitarismo abstracto, a una "ceguera a la diferencia" que soslaya las relaciones de

poder existentes entre las identidades culturales. Lo segundo conduce por otro lado a un atomismo cultural y por ende a la desintegración social. La política de la diferencia encuentra un punto de equilibrio cuando, evitando radicalismos comunitaristas, integra el compromiso con la defensa del florecimiento de las identidades culturales en riesgo, con la protección de los derechos humanos civiles y políticos de todos los ciudadanos. La política de la diferencia no es pues, la negación de los principios de la política de la dignidad igualitaria; es más bien su complemento necesario. Sin embargo, es incompleta. No podemos limitarnos a un punto de vista parcial según el cual el problema del reconocimiento es un problema de reconocimiento de las identidades culturales. No basta el reconocimiento de las identidades cuando existen además entre ellas relaciones de injusticia distributiva. Se necesita por ello también el diseño de políticas sociales y económicas que no se limiten a asegurar el crecimiento económico y el ingreso "per cápita"- que es una abstracción matemática que soslaya las diferencias sociales -, sino que incluyan en su implementación y diseño el problema de la justicia distributiva. Solamente así estaremos sentando las bases de una sociedad en la que los derechos humanos, lejos de limitarse a existir como exigencias retóricas moralistas, se vayan encarnando poco a poco en las realidades concretas.

NOTAS

1. Doctor en Filosofía. Profesor de la Facultad de Humanidades de la Pontificia Universidad Católica del Perú.
2. Rawls, John. El derecho de gentes. Barcelona, Paidós, 2001. p. 151.
3. Albó Xavier. Iguales aunque diferentes. La Paz, CIPCA, 1999.p.86.
4. Hopenhayn, Martín. Transculturalidad y diferencia. (internet). p. 3.
5. Hopenhayn, Martín. Transculturalidad y diferencia.
6. Taylor, Charles. El multiculturalismo y la política del reconocimiento. México, FCE, 1993.
7. Ibid. p. 104