

forum historiae iuris

Erste europäische Internetzeitschrift für Rechtsgeschichte

<http://www.forhistiur.de/>

Herausgegeben von:

Prof. Dr. Rainer Schröder (Berlin)
Prof. Dr. Hans-Peter Haferkamp (Köln)
Prof. Dr. Albrecht Cordes (Frankfurt a. M.)
Prof. Dr. Mathias Schmoeckel (Bonn)
Prof. Dr. Andreas Thier (Zürich)
Prof. Dr. Franck Roumy (Paris)
Prof. Dr. Emanuele Conte (Rom)
Prof. Dr. Massimo Meccarelli (Macerata)
Prof. Dr. Michele Luminati (Rom)
Prof. Dr. Stefano Solimano (Milano)
Prof. Dr. Martin Josef Schermaier (Bonn)
Prof. Dr. Hans-Georg Hermann (München)
Prof. Dr. Thomas Duve (Frankfurt a. M.)
Prof. Dr. Manuel Martínez Neira (Madrid)
Prof. Dr. D. Fernando Martínez Pérez (Madrid)
Prof. Dr. Marju Luts-Sootak (Tartu)
Prof. Dr. Heikki Pihlajamäki (Helsinki)

Beitrag vom 18. August 2014

© 2014 fhi

Erstveröffentlichung

Zitiervorschlag:

<http://www.forhistiur.de/2014-08-duve/>

ISSN 1860-5605

Thomas Duve

Diversidad Cultural y Protección Jurídica – Perspectivas Histórico-Jurídicas

En este artículo quisiera presentar algunas reflexiones en torno al tema ‘Diversidad Cultural y protección jurídica’, en particular a la luz de sus perspectivas histórico-jurídicas. En primer lugar, haré un breve resumen de lo que queremos decir al hablar de ‘diversidad cultural’ (1). En segundo lugar, abordaré la pregunta acerca de porqué la diversidad se ha convertido en un tema cada vez más relevante para los juristas (2). Finalmente, esbozaré un panorama de lo que podría ser la aportación histórico-jurídica a esta discusión y cuales serían las perspectivas posibles de investigación desde la historia del derecho (3).

El presente artículo es una versión modificada de un *working paper* escrito en alemán como introducción a una serie de conferencias en torno a esta temática, que tuvieron lugar en Frankfurt durante este año académico (Duve 2013b). Se trata así de un primer intento por desarrollar perspectivas que pueden ser más globales, aún si se toma como punto de partida una perspectiva relativamente regional, alemana o ‘europea’. No se incluyen aquí todavía mayores referencias al gran potencial que tendría una discusión más amplia de autores latinoamericanos o de aquellos que enfocan sus investigaciones en América Latina, y que han contribuido de manera excepcional al desarrollo de la temática.

1. ¿Qué es diversidad cultural?

a) Diversidad

‘Diversidad’ –palabra que en alemán no sólo se traduce como *‘Diversität’*, sino también como *‘Vielfalt’*, aún cuando esta última resulta ser casi equivalente pero menos específica– es un término que se ha venido empleando en los últimos años en contextos muy distintos. En Alemania, sobretodo en el mundo empresarial, se emplea el término inglés para hablar de *‘diversity management’*. Sin embargo, el término *Diversity* o *Diversität* ha sido hasta ahora mucho menos empleado como ‘concepto jurídico’, tanto en Alemania como en general en Europa. El otro término para ‘diversidad’, en cambio, *‘Vielfalt’*, se puede encontrar en una serie de combinaciones tales como: protección de la diversidad (*Meinungsvielfalt*), diversidad de las especies o biodiversidad (*Artenvielfalt*), carta de la diversidad (*Charta der Vielfalt*) (para una panorama, ver: Leisner-Egensperger 2004). Aún cuando este segundo término alemán para ‘diversidad’ (*Vielfalt*) tiene por lo general una connotación positiva, éste ha sido también objeto de crítica al ser acoplado en conexión con lo jurídico, por su carácter relativamente indeterminado (ver: von Bogdandy 2007). Aquello que nos incumbe tratar a nosotros es lo que se llama ‘diversidad de las identidades humanas en las empresas, organizaciones, instituciones, estado y sociedad’; en este contexto, la ‘diversidad’ (*Vielfalt*) puede conllevar una referencia a grupos, aunque no tenga que hacerlo necesariamente (Lembke 2012).

¿Pero qué significa aquí ‘diversidad de las identidades humanas’? – Como primera medida al menos, todos los hombres son ‘únicos’, y por ello son también ‘diferentes’. Más esto por sí mismo no constituye todavía ‘diversidad’ alguna. ‘Diversidad’ es un concepto relacional. Detengámonos por un momento en el caso de la referencia a grupos: allí tiene sentido pensar que un número de individuos, concebidos como grupo, debe contraponerse (al menos) a otro grupo de individuos y que entonces estos grupos deben ser integrados conjuntamente en un marco común.

4

Diversidad (*Vielfalt*) denota así un rasgo diferencial, una diferencia –entendida como distinción– de pertenencia a un grupo en un sistema más amplio, sistema que por su parte está compuesto por una variedad de grupos – y que, por lo general, tiene como meta el prestar a tales grupos la atención requerida por ellos y se orienta asimismo hacia la protección, la tolerancia y el respeto, hacia el reconocimiento de su singularidad o su modo de ser propio. Se trata entonces tanto de la protección de la posibilidad de incorporación a un grupo, como de la creación o de la preservación de un espacio para su libre despliegue, por parte de estos grupos y de sus integrantes. Allí se entreve ya claramente una tensión importante en el uso del concepto: el término muy común de *Diversity* se emplea tanto como concepto analítico, al igual que como concepto normativo; esta palabra designa tanto una condición, como un programa jurídico-político. Esto último ha sido en parte objeto de crítica; otros incluso niegan el que se pueda emplear en absoluto el término ‘Diversidad’ (*Diversität*) de un modo no-normativo.

5

Pero la diversidad (*Vielfalt*) llega a ser jurídicamente relevante, cuando se vinculan a ella consecuencias – cuando “*se jerarquizan las diferencias , de la mano de los casos que van surgiendo , para distribuir recursos sociales (reconocimiento, oportunidades, bienes materiales, participación)*” (Lembke 2012, 50). Esta jerarquización puede tener lugar de modos muy diversos, puede ser deseada pero puede también no serlo. Pero precisamente en esta misma jerarquización subyace un problema central: *Diversity* debería no tener (así se lo exigirá en parte) como modelo la equiparación de grupos hegemónicos, sino que habría de apuntar a una diversidad (*Vielfalt*) no-jerarquizada de la convivencia (Lembke 2012).

6

b) Diversidad ‘Cultural’

El añadido de diversidad ‘*cultural*’ vincula al concepto de ‘diversidad’ el concepto de ‘cultura’. A pesar de que con esto se ponen en juego dos variables bastante indeterminadas, esto me parece muy pertinente. Pues de esta manera se llama la atención acerca del hecho de que los rasgos distintivos por los que se orienta la formación de tales grupos no son de ninguna manera obvios, ni dados por naturaleza. La formación de grupos es cada vez en mayor grado un acto social, un acto de construcción. Este efecto constructivo se basa en cada individuo, en cada ‘sujeto de acción’. El individuo singular se encuentra así evidentemente integrado en el contexto de sentido cultural que es conjuntamente construido por él. Él actúa por lo tanto de modo no completamente autónomo, sino que en sus efectos constructivos se encuentran expuestos a una serie de influencias.

7

La construcción de la diferencia se asigna a determinados puntos de vinculación que por lo general se sobreentienden como dados, pero que a veces también se ponen en evidencia – lo cuál, sin embargo, no cambia en nada el hecho de que la fijación de estos puntos de vinculación para rasgos diferenciales, que hacen una diferencia y conducen a la construcción de grupos, sea ya por sí misma un acto de construcción. Hoy en día no podemos permitirnos ver factores aparentemente naturales como la ‘pertenencia étnica’ de un modo no problemático, como categorías que estuvieran aparentemente dadas de antemano: ellas mismas son producto y productoras de la comunicación a nivel social – lo cuál ha sido amplio objeto de trabajo en las últimas décadas por parte de las investigaciones sobre género, así como también en los debates en torno a la etnicidad (ver en relación con etnicidad: Wimmer 2008; también, las instructivas aportaciones que se encuentran en: Dreher/ Stegmaier 2007).

8

Ahora bien, si se entiende por ‘cultura’ un concepto válido para todo lo que otorga un sentido comprensivo al mundo de la vida específico y hacia el cuál uno se inclina o ‘decide’ (en el sentido mencionado anteriormente), se puede hablar entonces de un modo completamente razonable de ‘diversidad cultural’ y designar con ello el conjunto de preferencias que se ha articulado para sí como normativas [*maßgeblich*] en la respectiva formación de identidades – con independencia de sus motivos o sus razones. Con base en algún motivo, uno se ha decidido entonces por diferenciarse en cuanto ‘x’ de otro grupo ‘y’, y ha decidido configurarse sus logros vitales en gran medida a partir de su incorporación al grupo de los ‘x-es’. Cuando hablamos de ‘formación de identidad cultural’, por lo general queremos decir con ello el incorporarse a una identidad colectiva estable de modo comparativo, y que en muy buena medida conduce los logros vitales; es difícil, por cierto, encontrar definiciones claras para lo que se llama una ‘identidad cultural’, sobre todo en la medida en que los procesos de formación de identidad cultural no son estáticos, sino que transcurren de un modo dinámico; ellos representan procesos complejos que con frecuencia pueden ser fragmentarios, que distintos miembros del grupo pueden percibir de modos diversos – pero que no son por lo general mutuamente excluyentes. Por lo general, cada cuál se encuentra integrado en una pluralidad de identidades colectivas, y ello aún cuando estas muchas veces impliquen posiciones contrarias, aparentemente incompatibles entre sí.

9

Si las diferencias sociales se dejan entender así como ‘culturalmente codificadas’, no es de extrañar que la discusión acerca de tales desigualdades ‘culturalmente codificadas’ haya adquirido una gran relevancia en los últimos años. Esto, por la creciente atención que se le ha venido prestando a las incorporaciones a las distintas comunidades de identificación – quizás también por la creciente significación que ella han venido adquiriendo –, comunidades que cada vez se congregan alrededor del término ‘cultura’. ‘*Cultural Diversity*’ – así se lo destaca en relación con el derecho, y por lo cuál ella aparece como una descripción que se puede utilizar de modo no-normativo– se refiere, por ende, a una “presencia, y cada vez más, a la afirmación de diversas culturas dentro de los límites de comunidades políticas particulares” [*“presence and increasingly, the affirmation of diverse cultures within the borders of particular political communities ”*] (Foblets y otros 2010, XII; compárese también: Shah 2005).

10

2. ¿Porqué eso que se llama ‘diversidad cultural’ demanda una atención creciente, en relación con el derecho y la justicia?

a) Sensibilización y alteraciones del mundo de la vida

La convivencia de diversos grupos culturales no es ningún fenómeno nuevo. La diversidad cultural es casi vista como un principio ‘infranqueable’ de constitución social. Más sin embargo, la atención que las y los juristas de Europa le prestan a las preguntas legales así descritas viene creciendo en los últimos tiempos. 11

Esto responde a cuatro razones de fondo: ello depende de una creciente sensibilización hacia el hecho que acabamos de describir, según el cuál debemos concebir el mundo social como construido – esto es, mediante una perspectiva crítica hacia la realidad, propiciada por el auge de las ciencias (o estudios) culturales. Una creciente comprensión ha de ser facilitada, no en última instancia, por la lenta compenetración de las perspectivas que arrojan también las investigaciones sobre género en la discusión general. Así mismo, la experiencia de diversidad cultural es mayor en las nuevas generaciones, e igualmente quizás la disposición para transformarla de modo productivo. Ello, sin contar con el hecho de que el ‘multiculturalismo’, desde hace alrededor de unos 20 años, se ha venido consolidando como un proyecto político, que está siendo gestionado desde muy diversas perspectivas, a nivel nacional, europeo y global. 12

Pero esta atención creciente ha de depender también de algunos cambios en el mundo de la vida, que se puedan establecer de modo objetivo en muchos de los países de Europa. Son conocidas las palabras clave respectivas: migración creciente, y no el último término en el marco de los procesos de descolonización que vienen presentándose desde los años 60’s en Bélgica, Holanda, Francia, Inglaterra, pero así mismo la migración con fines laborales en países como el Alemania, sin una gran tradición colonial, lo que ha conllevado a la conformación de un entorno social que hoy en día reclama una atención creciente; también el desarrollo de un derecho transnacional y, de modo paralelo, una creciente atención hacia otros modos de acceso al derecho y la justicia que son extraños para nosotros; en relación con la política del ‘multiculturalismo’, una mayor presencia pública para grupos que reclaman para sí mismos la protección de su ‘identidad cultural’ – así como el concomitante aprovechamiento de los procesos que refuerzan este potencial de identificación (‘re-indigenización’); y en relación con los cambios en las condiciones de la comunicación que vienen teniendo lugar en últimos 20 años, la posibilidad de consolidar la formación de identidades culturales, incluso más allá de las regiones en las que estas identidades culturales tienen el epicentro de su reproducción. 13

b) Alteraciones en el derecho

Si se aplica una perspectiva sociológico-jurídica, hoy en día nos encontramos ciertamente ya dentro de un paisaje de gran diversidad cultural en el derecho. Desde el lado etnológico-jurídico, el énfasis está puesto en qué tanto se aleja de la realidad la concepción que tenemos de nosotros: “La 14

ceguera oficial del liberalismo hacia las diferencias y la subordinación de éstas a la noción abstracta de igualdad, se vuelto crecientemente problemática”. [*“Liberalism’s official blindness to differences and subordination of the latter to an abstract notion of equality, has become increasingly problematic”*] (Foblets 2010, XVI). La concepción según la cuál nosotros vivimos en el mundo ordenado de la ‘unidad del ordenamiento jurídico’ se manifiesta como una falacia, precisamente bajo la advertencia de múltiples ‘*e thnic im plants*’ (Menski 2010): “En Europa y en Norteamérica se nos enseña a creer que tenemos sistemas legales uniformes con las mismas reglas para todos, que no hay excepciones y que todo el mundo está feliz con ello. Pero estas no son sino astutas ficciones.” [*“In Europe and North America we are taught to believe that we have uniform legal systems with the same rules for everyone, that there are no exceptions and that everyone is happy with this. But these are just clever fictions.”*] (Menski 2009, 32).

Esto puede verse de manera especialmente clara en el caso del derecho de familia. Cuando hay familias que, por razones de migración, viven en países distintos con sistemas de valores culturales diferentes, ellas como familia tensan su propio sistema de reglas por encima de estos espacios – con incongruencias inevitables frente a los respectivos sistemas jurídicos nacionales –, de este modo se ha alterado el derecho que ya de antemano se practicaba en este país (compárese la sinopsis de Gillo 2008). Ello puede valer para la distribución de los derechos y los deberes al interior del vínculo familiar, pero concierne así mismo a las reglas de la distribución de bienes y riqueza, durante el tiempo de vida así como en caso de muerte. Diagnósticos similares se dejan constatar para los asuntos jurídicos que se desarrollan al interior de grupos culturales; estos siguen también sus propias reglas, tanto de este lado como más allá de las fronteras que cada vez se trazan a partir de dispositivos legales en los respectivos ordenamientos jurídicos.

Si bien estas preguntas, que en últimas pertenecen al derecho privado, se dejan clasificar aún en un ámbito propio de la autorregulación de grupos culturales, ello no se aplica a muchos campos en los que el entendimiento cultural de sí mismo y las prácticas legales que le corresponden entran en contacto con la esfera de actuar del Estado. Así, en el ámbito del derecho al trabajo o la práctica profesional, en el derecho a la educación, a la salud y en el derecho social, y no en último término asimismo en el derecho penal, cada vez con mayor frecuencia entran en juego contenidos en los que se afirma la diversidad cultural y se los aduce como argumento a favor de una posición de excepción (ver, p.e., en relación con el derecho penal: Valerius 2011).

Pero también se torna en dimensión jurídica aquello que se puede llamar ‘exclusión cultural’, por analogía con la ‘exclusión social’, lo cuál se muestra más bien a nivel de las prácticas institucionales, que de las normas. La exclusión cultural se presenta entonces, cuando “las provisiones de servicios en bienestar, salud, educación, vivienda, etc., se ordenan sobre la base de prácticas institucionales y marcos conceptuales en los que no se toma ningún conocimiento significativo de estilos de vida preferidos por clientes, pacientes, alumnos e inquilinos en contextos personales o domésticos” [*“the provisions of services in welfare, health, education, housing and so forth is ordered on the basis of institutional practices and conceptual frameworks in which no significant cognizance is taken of the preferred lifestyles of clients, patients, pupils and tenants in personal or domestic contexts”*] (Ballard/Ferrari y otros 2009, 15).

15

16

17

A estos retos que se sitúan sobretodo a un nivel nacional, vienen a sumarse una serie de campos de reglamentación en el ámbito del derecho internacional, en los que se discute la protección de la identidad cultural y se la pone en relación con el problema de la ‘diversidad’. Así, mediante la *Declaración de las Naciones Unidas para los derechos de los pueblos indígenas*¹ (2007) y mediante la *Organización Internacional del Trabajo*² (ILO), el fortalecimiento resuelto de los derechos a la autodeterminación cultural por parte de los así llamados pueblos indígenas ha venido ganando gran notoriedad. También en otros ámbitos está en juego la protección de la identidad cultural y la diversidad – por ejemplo, desde el 2001 existe un *Comité Intergubernamental para la Propiedad Intelectual y Recursos Genéticos, Conocimiento Tradicional y Folklore*³ (IGC) en la *Organización Mundial para la Propiedad Intelectual*⁴ (WIPO), el cuál se ocupa de preguntas acerca de la protección del *Traditional Knowledge* (TK) y *Traditional Cultural Expressions* (las así llamadas TCE; ver <http://www.wipo.int/tk/en/>). La lista en esta creciente virulencia jurídica de diversidad cultural a nivel de la reglamentación nacional, supranacional y transnacional se deja fácilmente prolongar (compárese, p.e., la sinopsis panorámica de Grillo 2009).

c) Retos para la justicia

No es inusual que la ‘diversidad’ se haga visible y se debata cuando ella llega al estrado judicial [*Justiz*], que es el rostro visible del derecho. Así, en el debate en torno a la así llamada ‘justicia islámica paralela’, con ayuda de categorías no del todo claras (¿qué es lo *islámico* en ella? ¿Qué significa *paralela*? ¿de qué *justicia* se trata?) y de la mano de algunos pocos casos que han causado furor, hay un cúmulo de motivaciones que entran en juego – miedo ante prácticas culturales foráneas, preocupación por el surgimiento de las así llamadas sociedades paralelas, etc. Es así que el fenómeno de la solución de conflictos de modo autónomo, no estatal, no es de ninguna manera nuevo: la solución no estatal de conflictos ya siempre ha tenido lugar, sobre todo en el ámbito de los conflictos de facultades del derecho privado; también desde hace mucho tiempo se recurre a normas que provienen de otros ordenamientos jurídicos. Sin embargo, nadie reprocharía el trabajo diario de los mediadores o árbitros alemanes como ‘justicia paralela’; también resulta conocido el hecho de que por lo general la pretensión punitiva a nivel estatal no se pone completamente en vigor y deja grandes ‘zonas grises’, más allá del contexto ‘islámico’ (Rottleuthner 2012).

Por supuesto que no dejan de ser complejas las preguntas que yacen detrás de ello, acerca de si y cómo se encuentra nuestra justicia preparada para la creciente presencia de formaciones culturales emparentadas, las cuáles no pertenecen a la cultura o a los grupos culturales desde cuyo horizonte se formulan las preguntas que tiene validez en aquel ámbito y se desarrollan las prácticas respectivas. También surgen preguntas que conciernen a la ‘exclusión cultural’ en la

¹ UN-Declaration on the Rights of Indigenous peoples

² International Labour Organization

³ Intergovernmental Committee on Intellectual Property and Genetic Resources, Traditional Knowledge and Folklore

⁴ World Intellectual Property Organization

administración de la justicia y ante el juzgado. Ellas se reflejan en parte en la discusión acerca del ‘derecho procesal intercultural’, siendo ésta una problemática que se presenta igualmente a nivel del derecho internacional (compárese a propósito la ponencia de Kraus). De igual manera, no se puede desconocer el enorme significado que tiene la tendencia a la desestatización de la justicia, en relación con la creciente preponderancia que viene adquiriendo el derecho transnacional (Hoffman/Maurer 2010) – y la creciente necesidad de una configuración transcultural de procedimiento que la acompaña.

3. ¿Cuáles son los retos para la ciencia jurídica – y hacia dónde pueden aportar las ‘perspectivas histórico-jurídicas’?

a) *Vista panorámica*

De cara al creciente interés que ha venido tomando en el derecho a la ‘diversidad cultural’, por su relevancia cada vez mayor, la ciencia jurídica se encuentra ante una serie de desafíos dogmáticos, epistémicos y teóricos. Por tan sólo mencionar algunos (para una panorámica acerca del problema fundamental de derecho constitucional, se puede consultar p.e., Brtiz 2000; también Isensee 2010 así como las aportaciones en diversos campos de Foblets y otros 2010, esp. en los caps. II y III):

- Ella debe buscar caminos hacia el desarrollo de **instrumentos concretos** para la consideración de la multiplicidad cultural en el derecho material y el derecho procesal – una tarea de la ciencia jurídica como política jurídica y por consiguiente como dogmática jurídica.
- Ella debe reflexionar acerca de cómo es que nosotros constituimos o damos en absoluto consistencia a las **categorías de diversidad**: Aquí se requiere un intercambio muy estrecho con las disciplinas de carácter sociológico y relativas a las ciencias (estudios) culturales, que han hecho de estas preguntas precisamente su campo de especialización.
- Ella debe meditar acerca de cómo se puede expresar la **‘diversidad’ a nivel de los órdenes normativos y de los sistemas de decisión es**. Debe por lo tanto indagar acerca de tipologías de normatividad más allá de la perspectiva del ‘derecho estatal’ como punto de fuga (acerca de una ‘multi-normatividad’), al igual que acerca de tipologías de sistemas de decisiones.
- Tanto a nivel descriptivo como a nivel teórico se abre la posibilidad y la necesidad de comprender y analizar empíricamente la **diferenciación de sistemas de decisión es** que está vinculada al encuentro con la multiplicidad cultural.
- Finalmente, es fundamental la pregunta acerca de si se puede pensar en absoluto un **orden jurídico de diversidad no jerárquica**; y si puede haber otra **forma de integración de la diversidad** (*Vielfalt*) distinta de aquella que piensa en términos de norma, divergencia y equiparación – una que comprenda así el reconocimiento de la diferencia de otro modo que como equiparación a un estándar.

b) Perspectivas histórico-jurídicas

Ya en estos planteamientos se puede ver que se trata aquí de una investigación fundamental de la ciencia jurídica, que en buena medida requiere de perspectivas transdisciplinarias (en particular, de la sociología y los estudios culturales) y perspectivas transculturales – las cuáles sólo pueden ser adoptadas a partir de una ‘ciencia jurídica transnacional’ que se encuentre abierta a la cooperación interdisciplinaria (Duve 2013). Para lo cuál, esta investigación fundamental de la ciencia jurídica requiere de la observación prolongada de sistemas jurídicos; ella puede ciertamente beneficiarse de una mirada comparativa hacia la particularidad de los ordenes normativos históricos que son extraños para nosotros; ella puede familiarizarnos con sistemas extranjeros, puede dejar al descubierto dependencias de camino (*path dependences*) – y ayudar con ello a esclarecer a la vez condiciones de partida para la conformación de futuros sistemas de decisiones, mediante un mejor conocimiento de las tradiciones de reglamentación respectivas y del contexto pragmático.

22

Quisiera ahora, de la mano de tres de los problemas mencionados más arriba, intentar describir el potencial de conocimiento de una ‘mirada histórico-jurídica’, para lo que sería la investigación de la ciencia jurídica sobre ‘diversidad cultural y justicia’:

23

- **Construcción de categorías:** Uno de los problemas centrales en el debate sobre ‘diversidad cultural y derecho’ es la formación de categorías: qué categorías construimos, qué jerarquizaciones asumimos, bajo qué fundamentos? –

Esta problemática se ha venido discutiendo intensamente a nivel teórico en las últimas décadas, con frecuencia desde la perspectiva de la investigación de género, por cierto también bajo el lema ‘interseccionalidad’ (Degeler/Winkler 2009). En muchas ocasiones se habla de ‘dilema de categorías’, puesto que el reconocimiento de un determinado rasgo diferencial (Unterschiedlichkeit) trae consigo una jerarquización que automáticamente deja a otras atrás (Lembke 2012).

Para una comprensión más profunda de este complejo proceso de definición social (‘¿cómo es que una minoría llega a ser una minoría reconocida?’) pueden ser de mucha utilidad los estudios de caso en los que se supera la manera como se llegaba al reconocimiento de ‘identidad cultural’ en el pasado. Particularmente interesante son estos estudios de caso en relación con comunidades que, como minorías culturales (quizás preponderantemente numerosas, pero con base en su menguada provisión en cuanto a capital simbólico de la sociedad), viven en un medio hegemónico. Aquí surgen preguntas de este tipo: ¿cuáles comunidades son reconocidas como ‘relevantes’ y bajo qué criterios? ¿Cuáles actores juegan un papel allí? ¿Cuál es el rol del derecho y sus instituciones en estos procesos de definición?

La historia del derecho en Europa esta llena de experiencias históricas relevantes – no pocas veces la capacidad de integración de la multiplicidad por parte de la historia europea, su ‘identidad excéntrica’, ha sido considerada como una de sus propiedades características. Sin embargo, la agitada discusión particularmente en torno a las formas fragmentadas y multifacéticas del pluralismo jurídico en estructuras de dominio imperiales y coloniales –tanto históricas como en el presente– ofrece un campo de experiencia bastante prometedor: las

oportunidades y problemas de sociedades multiétnicas y multireligiosas son tratados allí ya desde hace tiempo; también la reflexión sobre estos procesos se encuentra bastante avanzada, en comparación con nuestra tradición europea investigación. Los estudios sobre formas históricas del reconocimiento de posiciones excepcionales y sobre la definición de categorías de pertenencia pueden prestar, por lo tanto, una importante ayuda a la comprensión – para entender mejor no sólo estos procesos mismos, sino las racionalidades específicas de las respectivas comunidades de definición y sus caminos de dependencia hasta el día de hoy. Estos estudios ofrecen así mismo la posibilidad de hablar tanto acerca del rol del derecho y de sus instituciones en la definición de estas categorías, como de las respectivas narrativas de justificación histórica.

Salta a la vista, por lo demás, el hecho de que en muchas de las categorías reconocidas se encuentran connotaciones de carácter ‘religioso’. La reflexión acerca del significado de la incorporación a una comunidad religiosa para la configuración de la posición jurídica debería ser, por lo tanto, especialmente importante. Con frecuencia, la justificación histórica es aún hoy en día un argumento importante en favor de la demanda de atención y cuidado. ¿Cuál es el papel que juega la ‘religión’ como factor definitorio, cuál es el rol que juega una legitimación histórica de la convicción religiosa para el reconocimiento de un grupo? ¿Cómo tratar con su documentación de carácter histórico?

Por el momento, la discusión acerca del derecho de autonomía judicial [justizielle] para los así llamados pueblos indígenas se ha tornado muy intensa. Si se presta una mirada al pasado reciente, la investigación etnológica y jurídico-etnológica, que por largo tiempo ha venido reivindicado el reconocimiento de derechos de autodeterminación cultural por parte de esos grupos, observa de manera muy crítica el proceso dinámico de anclaje al derecho internacional [Völkerrecht]. En relación con Asia como también con América Latina, se dejan advertir trampas epistémicas y hegemonías discursivas, así como la ambivalencia de los privilegios y de las afirmaciones de dominio relacionadas con ellos (Bocarejo 2011; Schröter 2012). Ya el concepto mismo de ‘indigenous people’, transformado en un instrumento del derecho internacional, se encuentra lleno de presupuestos; no estando libre de proyecciones críticas frente a la civilización, este concepto reivindica una presunta relación espiritual entre tales grupos y la naturaleza como elemento constitutivo (Kohl 2012). El dotar a tales grupos con una posición privilegiada y no hacerlo, por el contrario, frente otros como los campesinos que serían aparentemente ‘sin cultura’, puede verse entonces como una consecuencia del concepto de cultura de aquellos que definen las categorías – y con lo cual terminan reproduciendo en últimas los paradigmas culturales hegemónicos. ¿Qué representaciones de ‘cultura’ están entonces a la base de los procesos de reconocimiento respectivos? ¿Cómo se selecciona a quién se privilegia y a quién no?

Con respecto a América Latina, se tiene hoy en día la mirada puesta, en parte con ansiedad, sobre el hecho de que en tiempos de neoliberalismo político y económico, así como de intereses globales en los recursos naturales, aquellos espacios vitales habitados por los pueblos indígenas

que son ricos en materias primas, sean cobijados por la política y puestos bajo protección – para que se tenga a la vez un mayor alcance sobre la intervención estatal o multinacional. También a partir de este trasfondo se ha expresado la crítica a un concepto estático de cultura – lo que se designa de modo más intuitivo como ‘Freezing Differences’ (Costa 2012) – y se ha planteado la pregunta acerca de cómo se crean propiamente las conexiones entre el contexto político del ‘multiculturalismo’ y el ‘reconocimiento’. ¿Quiénes habrían sido los actores? ¿Qué redes transnacionales habrían estado operantes? ¿Cuales habrían sido los motivos? – Una historia ‘radical’ de época [‘radikale’ Zeitgeschichte], así como también los estudios de caso históricos acerca de la interacción entre élites locales y actores extranjeros puede aportar aquí a una agudización de la mirada.

- **Diversidad y sistemas de decisiones:** Una tarea importante de la ciencia jurídica consiste en la reflexión acerca de cómo puede reflejarse la diversidad cultural a nivel de los sistemas de decisiones. La historia del derecho muestra una abundancia de ejemplos que apuntan a que la presencia de minorías culturales ha conducido a múltiples respuestas por parte de la organización judicial y el derecho procesal – que a la vez han desarrollado sistemas de decisión de tipo no estatal, que muchas veces se han incluso desplazado desde las márgenes hacia el centro del sistema. Se trata entonces de la observación de estas relaciones alternantes entre instituciones centrales y periféricas, así como de sus movimientos migratorios. Sólo cuándo se contemple conjuntamente el ámbito de la ‘justicia estatal’ al igual que lo que yace más allá de él y que podemos designar parcialmente como ‘infra-justicia’ (compárese: Härter 2012), se puede obtener una noción adecuada acerca de cómo tratar la diversidad cultural en una sociedad y qué roles juegan allí el derecho y sus instituciones. De nuevo aquí la mirada a ordenamientos jurídicos históricos no-europeos puede ser especialmente enriquecedora – y puede ser, por lo demás, decisiva precisamente para la comprensión de los caminos de dependencia que llegan hasta hoy.

Como siempre, una importante decisión tomada de antemano sobre los resultados de la observación de sistemas históricos o foráneos reside en la elección de las categorías, según las cuales se selecciona el espacio de observación y se organizan los resultados observados. En este contexto, es especialmente importante meditar cuidadosamente acerca de los términos con los cuales operamos. En la investigación histórico-jurídica, así como en la investigación histórica, dominan – con variantes – oposiciones binarias tales como ‘estatal / no-estatal’ o ‘judicial / extrajudicial’. En últimas, nos encontramos escribiendo todavía mediante ellas una “historia de racionalización desde la perspectiva binaria de la racionalidad jurídica” (Collin 2012, 3). Esta orientación hacia instituciones de decisión de una estatalidad fortalecida corresponde, de modo casi forzoso, a una preferencia por la normatividad estatal.

Sin embargo, tomar al estado, su derecho y su justicia (estatal) como la única perspectiva o punto de fuga de nuestras reflexiones sería problemático, en la medida en que debemos hacer el esfuerzo por comprender precisamente la normatividad no-estatal y sus sistemas de decisiones, tanto como los movimientos migratorios entre distintos campos de normatividad. Esto no

es sólo un importante apéndice de la investigación histórica, cuándo ella se orienta hacia épocas respecto de las cuales no podemos aún hablar de ‘estado’; él es también un apéndice de la misma ciencia jurídica transnacional, en la medida en que debe meditar acerca del ordenamiento normativo de un mundo que, aún de modo limitado, habría de ser comprendido a partir del paradigma de la estatalidad (Duve 2013).

La antropología, la sociología, en parte la teoría del derecho y las ciencias jurídicas se han esforzado por alcanzar construcciones conceptuales adecuadas bajo el lema ‘Justice without a State’ o ‘Non-State-Justice’ (lema que está él mismo orientado por el Estado, aún en la suspensión), tanto como en el entorno de los debates alrededor del pluralismo jurídico. Ellos han sido en parte adoptados y ulteriormente desarrollados entretanto por la así llamada ‘General Jurisprudence’. Aquí me parece interesante ante todo el esfuerzo por superar la separación entre ‘derecho material’ y ‘procedimiento’ –que sigue siendo paradigmática para los y las juristas en Europa –, y el empeño por plantear la pregunta por los colectivos de regulación, por sus bases normativas y las instituciones de decisión respectivas. Colectivos de regulación [Regelungskollektive] pueden estar allí circunscritos, por ejemplo, de modo territorial, étnico, religioso, corporativo, o también de manera mezclada y transversal como lo están por lo general, o surgir simplemente de una diferenciación funcional; y ellos dan forma a sus bases normativas y sistemas de decisiones. Ambos – normas y procedimientos – están ligados mutuamente de modo inseparable; tanto la investigación histórica como los trabajos para el desarrollo de sistemas de decisiones a nivel transnacional muestran que con frecuencia las bases normativas son desarrolladas por aquellas mismas instituciones de decisión. La forma, el modo de funcionamiento, la racionalidad de estos sistemas de decisiones están sujetos a determinadas decisiones previas y condiciones de validez que dependen precisamente del carácter de este colectivo de regulación (se las puede llamar ‘dispositivos’). Resulta por lo tanto muy prometedor elegir en estos conjuntos el punto de referencia de tentativas de sistematización.

Para nosotros mismos puede ser interesante discutir de modo crítico las tipologías de los sistemas de decisiones de carácter estatal y no-estatal que se invocan en el debate sociológico, de la mano de las investigaciones históricas, así como plantear la pregunta por los ‘dispositivos’ históricos (compárese los modelos correspondientes, p.e., en Connolly 2005; Foryth 2007, Kötter 2012) – y ponerlos en relación con las reflexiones acerca del pluralismo jurídico y formas de multi-normatividad (compárese, p.e., Tamanaha 2010; Duve 2013a).

Una pregunta importante para nuestra propia investigación histórica habría de ser, entonces, qué magnitudes de referencia escoger: ¿cómo habrían estado relacionados los sistemas de decisiones y las bases normativas en los casos respectivos? ¿Qué modos de normatividad se pueden observar – cómo se dejan describir a partir de la perspectiva de la ‘multi-normatividad’? ¿Se puede hablar de colectivos de regulación que transforman sus propios mundos vitales, normas y sistemas de valores? ¿Qué tipificaciones se propone realizar la investigación histórica respectiva?

- **Procesos de diferenciación y perspectivas internas:** en la investigación sociológica hay modelos interesantes y heurísticamente fructíferos para el esclarecimiento de la transformación de sistemas de decisiones. Se habla así de ‘interlegalidad’ como un concepto para el surgimiento de nuevos sistemas (Hoekema 2005); por el lado de la teoría de sistemas se describe la transformación de sistemas de decisiones como proceso de ‘especialización orientada hacia el mayor rendimiento’ [leistungsorientierter Spezialisierung].

Pero precisamente esta observación del desarrollo del sistema jurídico desde afuera requiere ser en todo caso completada con perspectivas internas – por ende, mediante la pregunta acerca que cuáles serían precisamente las exigencias de rendimiento, pero asimismo y ante todo quién habría aportado bajo qué propósitos y de qué manera a los procesos de transformación observados.

La investigación histórica ha puesto al descubierto –al menos a propósito de su conceptualización del uso de la justicia (Dinges 2001)– una serie de motivaciones de la acción. Por ejemplo, las observaciones realizadas por parte de la ‘investigación sobre el uso de la justicia’ [‘Justiznutzungsforschung’] están en todo caso necesariamente saturadas por la experiencia histórica europea en la temprana edad moderna, en virtud de tener su génesis en la investigación de la modernidad temprana; algo similar puede ser válido para las investigaciones del Access-to-justice que son casi contemporáneas a aquella – también ésta se encuentra predominantemente circunscrita a partir de un horizonte europeo-norteamericano. Una cuestión importante consistiría entonces en indagar acerca de la perspectiva del ‘usuario de la justicia’ [‘Justiznutzer’] y de su posible rol en el proceso de una ‘especialización orientada hacia el mayor rendimiento’, en sus respectivos escenarios o settings históricos.

La observación de los procesos de diferenciación requiere asimismo de una perspectiva interna, por otra razón: debido a la apropiación, la localización –la traslación cultural– de los sistemas de decisión existentes. Los estudios de caso históricos tendrían que poder poner al descubierto aquí una dimensión de la transformación de los sistemas de decisión que, sin embargo, resulta difícilmente perceptible para la observación orientada de modo sistémico, pero que es de especial importancia para la indagación actual acerca de los modos de funcionamiento de las opciones normativas globales y su traslación en contextos locales. ¿Hay entonces ejemplos de la lenta transformación de los sistemas de decisiones a través de la apropiación y translación en los respectivos contextos culturales propios? ¿Cómo se relaciona el ‘transfer’ o también la conformación de una institución propia –en lugar de un efecto que opera desde afuera– con respecto al proceso de apropiación a través de reinterpretación cultural? ¿Qué interconexiones podemos encontrar entre bases normativas e implementación institucional?

c) Consecuencias para nuestra concepción de la historia

Por último quisiera tan sólo indicar que estas reflexiones han puesto en su foco de atención, de manera intencionada, la aportación del trabajo histórico-jurídico como parte de la investigación fundamental jurídico-científica. Y sin embargo, debemos reconocer que la historiadora del derecho vive (al menos) en dos mundos distintos: en cuanto jurista reflexiona acerca del sistema jurídico; en cuanto historiadora medita acerca del pasado. También la concepción que tenemos de nuestra historia (jurídica) tendría que verse alterada por las preguntas aquí abordadas y que conciernen a la ‘diversidad cultural y la justicia’ [*Kultureller Diversität und Justiz*], en cuanto que ellas –como en la ciencia jurídica– desplazan la perspectiva lejos de la fascinación por el ‘Estado (emergente)’ hacia otras perspectivas sobre la historia de la sociedad y la justicia; lejos de las categorías analíticas establecidas como las de ‘judicial’ / ‘extrajudicial’ hacia el desarrollo de otras; lejos de la prehistoria legalista del sistema estatal hacia una investigación histórica de la normatividad más ampliamente asentada. La mirada a la ‘diversidad cultural’ y la respuesta por parte de sistemas de decisiones con la cuál queremos ocuparnos en este ciclo de conferencias, puede también en esta medida aportar nuevos acentos a nuestra concepción de la historia.

24

Literatura citada

- BALLARD, R. /FERRARI, A. y otros: Cultural Diversity: Challenge and Accomodation, en: BALLARD, A. (Eds.), *Legal Practice and Cultural Diversity*, Ashgate 2009, pp. 9-29.
- BRITZ, G.: *Kulturelle Rechte und Verfassung: Über den rechtlichen Umgang mit kultureller Differenz*, Tübingen 2000.
- BOCAREJO, D.: ‘Dos paradojas del multiculturalismo: la espacialización de la diferencia indígena y su aislamiento político’, en: *Revista Colombiana de Antropología* 47.2 (2011), pp. 97-121.
- COLLIN, P.: *Richten und Schlichten: Differenzen und Komplementaritäten*, en: LOEWE-Schwerpunkt ‘Außergerichtliche und gerichtliche Konfliktlösung’, working paper 2 (2012), online: [urn:nbn:de:hebis:30:3-269744](http://nbn-resolving.org/urn:nbn:de:hebis:30:3-269744)
- CONNOLLY, B.: *Non#State Justice systems and the State: Proposal for a recognition typology*, en: *Connecticut Law Review* 38 (2005), pp. 239#294.
- COSTA, S.: *Freezing Differences: Politics, Law, and the Invention of Cultural Diversity in Latin America*, en: MASACAREÑO, A. / ARAUJO, K. (Eds.), *Legitimization in World Society*, Ashgate 2012, 139-156.
- DEGELE, N. /WINKER, G.: *Intersektionalität. Zur Analyse sozialer Ungleichheiten*, Bielefeld 2009.
- DINGES, M.: *Justiznutzung als soziale Kontrolle in der Frühen Neuzeit*, en: BLAUERT, A. / SCHWERHOFF, G. (Ed.), *Kriminalitätsgeschichte. Beiträge zur Sozial- und Kulturgeschichte der Vormoderne (Konflikte und Kultur – Historische Perspektiven 1)*, Konstanz 2001, pp. 503-544.

- DREHER, J. / STEGMAIER, P. (Ed.): Zur Unüberwindlichkeit kultureller Differenz. Grundlagentheoretische Reflexionen, Bielefeld 2007.
- DUVE, T.: Internationalisierung und Transnationalisierung der Rechtswissenschaft – aus deutscher Perspektive, LOEWE-Schwerpunkt ‚Außergerichtliche und gerichtliche Konfliktlösung‘, working paper 6 (2013), online: [urn:nbn:de:hebis:30:3-277904](http://nbn-resolving.org/urn:nbn:de:hebis:30:3-277904)
- DUVE, T.: ‚European Legal History – Global Perspectives. Working paper for the Colloquium *‘European Normativity – Global Historical Perspectives’* (Max-Planck-Institute, September, 2nd – 4th, 2013), in: Max Planck Institute for European Legal History Research Paper Series No. 2013-06, online: <http://ssrn.com/abstract=2292666>
- DUVE, T.: Die Justiz vor den Herausforderungen der kulturellen Diversität - rechtshistorische Annäherungen: Einführung in die Ringvorlesung des LOEWE- Schwerpunkts "Außergerichtliche und gerichtliche Konfliktlösung" WS 2013/2014, FB 01 Rechtswissenschaft der Goethe-Universität, 2013, 15 S., <http://publikationen.ub.uni-frankfurt.de/frontdoor/index/index/docId/29166>, 2013.
- FISCHER-LESCANO, A. (2013): Projektbeschreibung: ‚Die Judizialisierung der internationalen Streitbeilegung‘, Projekt im Rahmen des SFB ‚Staatlichkeit im Wandel‘, online: <http://www.sfb597.uni-bremen.de/homepages/pages/projektBeschreibung.php?SPRACHE=de&ID=2&USER=fischer-lescano>
- FOBLETS, M. y otros: Introduction, en: FOBLETS, M. (Ed.), Cultural Diversity and the Law: State Responses from around the World, Brüssel 2010, XIII-XXI.
- FORSYTH, M. A.: Typology of Relationships between State and Non-State Justice Systems, in: Journal of Legal Pluralism 56 (2007), pp. 67-113.
- GRILLO, R.: The family in dispute: Insiders and Outsiders, en: GRILLO, R. (Ed.), The Family in Question: Immigrant and Ethnic Minorities in Multicultural Europe. Amsterdam 2008, pp. 15-35
- GRILLO, R.: Cultural Diversity and the Law: Challenge & Accommodation, en: MMG Working Paper 09-14 (2009), online: http://www.mmg.mpg.de/fileadmin/user_upload/documents/wp/WP_09-14_Grillo_Cultural-Diversity-and-the-Law.pdf
- HÄRTER, K.: Konfliktregulierung im Umfeld frühneuzeitlicher Strafgerichte: Das Konzept der Infrajustiz in der historischen Kriminalitätsforschung, en: KritV 95 (2012), 130-144.
- HOEKEMA, A.J. (Ed.): European Legal Encounters between Minority and Majority Cultures: Cases of Interlegality, en: HOEKEMA, A.J. (Ed.), Multicultural Interlegality, Special Issue of Journal of Legal Pluralism and Unofficial Law 51 (2005), pp. 1-28.
- HOFFMANN, H. / MAURER, A.: Entstaatlichung der Justiz. Empirische Belege zum Bedeutungsverlust staatlicher Gerichte für internationale Wirtschaftsstreitigkeiten, en: Zeitschrift für Rechtssoziologie 31 (2010), pp. 279-302.
- ISENSEE, J.: Integration mit Migrationshintergrund. Verfassungsrechtliche Daten, en: Juristenzeitung (2010), pp. 317-327.

- KOHL, K.-H.: Die Rechte der Indigenen. Seltsames in der Deklaration der Vereinten Nationen, en: Merkur. Zeitschrift für Europäisches Denken (2012), pp. 581-591.
- KÖTTER, M.: Non#State Justice Institutions: A Matter of Fact and a Matter of Legislation, en: SFB Governance Working Paper Series 43 (2012), online: http://www.sfb-governance.de/publikationen/sfbgov_wp/wp34_en/WP34.pdf?1362754155
- LEMBKE, U.: Diversity als Rechtsbegriff. Eine Einführung, en: Rechtswissenschaft 1 (2012), pp. 46-76.
- LEISNER-EGENSPERGER, A.: Vielfalt. Ein Begriff des Öffentlichen Rechts, Berlin 2004.
- MENSKI, W. (2009): Indian Secular Pluralism and its Relevance for Europe, en: GRILLO, R. u.a. (Ed.), Legal Practice and Cultural Diversity, Ashgate 2009, pp. 31-47.
- MENSKI, W. (2010): Law, State and Culture: How Countries Accommodate Religious, Cultural and Ethnic Diversity, en: FOLETS, M. u.a. (Ed.), Cultural Diversity and the Law: State Responses from around the World, Brüssel 2010, pp. 403-446.
- ROTTLEUTHNER, H.: Mediation im Schatten des Strafrechts, en: Kritische Justiz 45 (2012), pp. 444-459.
- SCHRÖTER, S.: Vom Naturrecht der Urgesellschaft zu den kulturellen Rechten indigener Völker: rechtsethnologische Konstruktionen und Reflexionen, en: KADELBACH, S. / GÜNTHER, K. (Eds.), Recht ohne Staat, Frankfurt 2012, pp. 201-228.
- SCHUPPERT, G. F.: Projektbeschreibung ‚Rule of Law als Governance#Ressource in Räumen begrenzter Staatlichkeit‘, Projekt im Rahmen des SFB ‚Governance in Räumen begrenzter Staatlichkeit‘, Berlin 2013, Online: http://www.sfb-governance.de/teilprojekte/projekte_phase_1/projektbereich_a/a3/B7_Fortsetzungsantrag_Druckfassung.pdf?1277899789
- SHAH, P.: Legal Pluralism in Conflict: Coping with Cultural Diversity in Law, London 2005.
- TAMANAH, B. Z.: A Framework for Pluralistic Socio-Legal Arenas, en: FOLETS, M. y otros (Eds.), Cultural Diversity and the Law: State Responses from around the World, Brüssel 2012, pp. 381-401.
- VALERIUS, B.: Kultur und Strafrecht. Die Berücksichtigung kultureller Wertvorstellungen in der deutschen Strafrechtsdogmatik, Berlin 2011.
- VON BOGDANDY, A.: Die Europäische Union und das Völkerrecht kultureller Vielfalt – Aspekte einer wunderbaren Freundschaft, en: European Diversity and Autonomy Papers EDAP 1/2007, online: http://webfolder.eurac.edu/EURAC/Publications/edap/2007_edap01.pdf
- WIMMER, A.: The Making and Unmaking of Ethnic Boundaries: A multilevel Process Theory, en: American Journal of Sociology 113 (2008), pp. 970-1022, online: <http://www.princeton.edu/~awimmer/WimmerMakingUnmaking.pdf>