

PRIMER CONGRESO LATINOAMERICANO "JUSTICIA Y SOCIEDAD" Bogotá, 20 al 24 de octubre de 2003. Centro de Convenciones "Alfonso López Pumarejo", Universidad Nacional de Colombia.

**PRIMER CONGRESO LATINOAMERICANO  
JUSTICIA Y SOCIEDAD**

**JUSTICIA MULTICULTURALISMO Y PLURALISMO JURIDICO**

ESTHER SÁNCHEZ BOTERO

Este país se halla en la vanguardia de todos los muchos países donde se pone el problema de como conformar una sociedad, un Estado y un orden legal multicultural y no asimilista.

La jurisprudencia colombiana explora los límites teóricos y las prácticas de lo que es un orden legal con pluralismo jurídico formal.

Claramente el desarrollo hacia un pluralismo legal formal -tipo igualitario- se estanca al momento de abordar y utilizar los conceptos de sujeto colectivo y derechos colectivos, particularmente en casos en que practicas judiciales indígenas se ven acusados de conformar prácticas iliberales (« illiberal practices »).

Un análisis de algunas sentencias de la Corte Constitucional Colombia tiene valor también para otros países.

La Corte de Colombia es el único lugar jurídico en el mundo donde se delibera y decide tan intensa y frecuentemente sobre casos de conflictos multiculturales muy concretos. Por ende, tal análisis tiene un valor edificante para todos quienes, en la lucha social diaria o desde la distancia académica, se interesan por un futuro donde se respete la diversidad cultural sin dejar desintegrar la sociedad como tal.

*André Hoekema*

## Cambios constitucionales como base legal para configurar el pluralismo jurídico

Con la Constitución del 91, nace históricamente un nuevo modelo de nación en Colombia orientado a valorar y fortalecer las diferencias, rompiendo la hegemonía de la sociedad occidental como modelo único a seguir. Impone este reconocimiento la derogación del principio de igualdad formal y la restricción de los principios que etnocéntricamente excluían culturas diferentes, pensadas como incivilizadas, atrasadas o bárbaras y con estas, sistemas de derecho y autoridad disímiles del estatal. El cambio formal del derecho implementado ha generado una política no sólo de reconocimiento, en donde mediante jurisprudencia de la Corte Constitucional, del Consejo de Estado y del Consejo de la Judicatura se ha buscado, por un lado demostrar cómo puede ser un Estado donde se valoran las diferencias valiosas y reducir por todos los medios, las trabas y los rezagos aún vivos, que impidan propias y modernas visiones culturales en estos pueblos indígenas, - basadas en sistemas de organización social, gobierno, derecho y autoridad-, sino quizás lo más importante, autoajustes en los mismos pueblos en función de configurar entre todas las partes un Estado multicultural. Se ha luchado por reconocer, en esos otros distintos, no sólo los rezagos vivos de culturas ancestrales, sino los modos contemporáneos de ser indígenas modernos hoy y las necesidades impuestas por el principio de nación indivisible que define mínimos jurídicos para todos los nacionales.

El reconocimiento en estas altas instancias, en las instituciones públicas, se inicia tímidamente, es decir, con desconocimiento de lo que exactamente definía la diversidad étnica y cultural y todo ello, bajo el influjo de un sistema monocultural y excluyente aún vivo. Sin embargo, el trabajo propositivo, creativo, adaptativo, comprensivo y valiente de indígenas, de intelectuales solidarios, de jueces y magistrados claros y políticamente decididos, ha logrado trascender para configurar un marco intelectual que orienta ejecutorias para realizar modos de hacer justicia, que rompe el estado de cosas que venía, y cuya razón es la búsqueda efectiva de un reconocimiento y valoración de esos otros clasificables como distintos.

### *Los efectos del monismo jurídico sobre los pueblos indígenas*

Uno de los efectos del Estado monocultural sobre los pueblos indígenas fue la sistemática imposición de los principios y formas de organización de la vida social, del manejo de los recursos públicos así como del control y solución de conflictos, principios, estructura y enfoque de un derecho que necesariamente no coincidía -en parte o en su totalidad-, con los sistemas existentes en cada uno de ellos como pueblos. De frente a esta imposición unos pueblos, más que otros, resistieron estas imposiciones, e internamente vivieron sus propios modos, no utilizando siempre el modelo del derecho externo, ni sacando invariablemente los casos a la jurisdicción ordinaria de la sociedad mayoritaria. Entre tantas sociedades, hoy diferenciadas por su cercanía o no con la sociedad mayoritaria y, por el tipo y calidad de las relaciones generadas, algunas se “vaciarón” y se “llenaron” de los principios y modos de la sociedad hegemónica. Hoy, pueblos como los Pastos que se los puede caracterizar por “no tener un derecho propio, tradicional” comparten *su derecho* con otras etnias donde se estableció el monismo jurídico vigente en la época colonial que

imponía sacar sólo los casos “mayores”, lo cual vulnero parcialmente muchos de estos sistemas. Uno y otro, aún bajo estas reales condiciones comparten con otras sociedades que fueron más herméticas por lo que tienen un derecho propio y están cerca de eso que los blancos llaman “usos y costumbres”.

A 12 años de los cambios constitucionales es posible encontrar entonces, una tipología de pueblos en los que se involucra más o menos el derecho positivo estatal ya que todos lo comparten de algún modo. Es tanta la incidencia del derecho estatal en estos pueblos que incluso, algunos conflictos internos, reconocido así por los mismos indígenas, tienen mejor solución en el sistema externo, como por ejemplo los relacionados con tierras y con determinados procesos administrativos de protección a niños indígenas. Al conservar sin excepción, todos los pueblos indígenas su sentido de pueblo distinto, y la definición de ciertos asuntos para ser tratados internamente, el derecho propio que aplican en forma dinámica, formalmente comparte equivalentes principios en competencia y dignidad con la organización del poder judicial nacional vigente<sup>1</sup>. Así, encontramos por la vía interna, aplicando el derecho de autodisposición, -de crear y recrear derecho- y, por el camino externo que vía jurisprudencia ofrecen las Cortes, fortalecidos sistemas de derecho propio a ser vividos y aplicados de modo legal, más allá de aquellos elementos clasificados exclusivamente como “usos y costumbres”, porque efectivamente, existen modos muy diferenciados en los pueblos indígenas de Colombia para hacer justicia y para ordenar en determinado sentido la sociedad. Quiere decir que concurren para administrar justicia, autoridades individuales (un gobernador), grupos configurados con competencia (todas las autoridades del cabildo), comunidades enteras (caso de los paeces). También hay para administrar justicia como medio y símbolo el uso de bastones de mando y oratoria amplia (Wayu), equipos humanos especializados de trabajo y bien pagos (emberas), utilización de equipos modernos computadores conectados a internet con el mundo, conocimiento de los tratados internacionales, de la jurisprudencia de las Cortes (paeces). Muchos realizan y formalizan sus tareas por escrito, como por ejemplo los guambianos. Hay pueblos también que ejercen justicia internamente y contratan abogados de fuera –no indígenas-, para con ellos recrear y ejercer mejor la competencia, dado que el Estado monocultural eliminó muchas de sus formas propias.

Sin embargo, entre los problemas con que se topan las autoridades indígenas y no indígenas, en una sociedad en proceso de cambio para la configuración de un pluralismo jurídico legal de tipo igualitario, se hallan los derechos propios de quienes se los clasifica en el límite de dos o más culturas. Es decir a medida que los individuos y grupos se trasladan a las ciudades<sup>2</sup> -fenómeno estadísticamente importante-, cambian sus propios mundos y comparten sus referentes de modo diferenciado. Cada nuevo grupo del que una persona participa, contribuye a ajustar referentes, principios y conductas que en la medida en que se incorporan a su propia perspectiva combinan una multiplicidad y pluralidad de códigos de significación por una parte y, por otra, la necesidad de contener las tendencias sociales entrópicas, que obligan al sistema político y a las instituciones a relegitimarse en

---

<sup>1</sup> Exactamente ese era el propósito de la Constitución de 1991. Hoy es una realidad. Ver Esther Sánchez, A diez años de la jurisdicción especial indígena. Procuraduría General de la Nación. 2003 En prensa.

<sup>2</sup> Hemos trabajado el tema de la Jurisdicción especial indígena en el capítulo 13 del libro anteriormente mencionado. Los indígenas en la ciudad han perdido el territorio, no tienen usos y costumbres. Hay tres casos donde ellos reclaman reconocimiento para actuar como autoridades con competencia jurisdiccional. EN Bogotá el cabildo Inga ejerce esas funciones.

la producción de consensos que eliminen las situaciones de vacío, de incertidumbre o de anomia.

Otro cuadro diferenciado de este panorama que lo complementa, de modo importante, es que cuando las autoridades, al establecer relaciones de competencia jurisdiccional con jueces de la jurisdicción ordinaria, con asociaciones internas a los mismos pueblos, con grupos armados ilegales, al afrontar casos no previstos como la participación de sus miembros en la guerrilla, el paramilitarismo, el narcotráfico, o la corrupción, entre otros hechos nuevos, configuran la necesidad de hacer ajustes internos permanentemente a sus sistemas de justicia. Este horizonte se vuelve más complejo además, por la presencia de jóvenes profesionales indígenas –algunos dotados de gran sentido de respeto a sus autoridades, otros irrespetuosos-, que por ser profesionales, consideran que pueden liderar procesos a favor, muchos de los cuales con resultados negativos y en detrimento de los sistemas internos del derecho propio. En definitiva, es posible concluir que los derechos propios, como el de los Pastos, que asumen como sistema el derecho positivo estatal como *derecho propio*, o el derecho Cubeo que cuesta trabajo aprehenderlo y entenderlo ya que se fundamenta desde el mito y el ritual, o el del resguardo multicultural en la segunda ciudad más importante de Colombia, Medellín, están configurados sobre bases diferentes y orígenes distintos, pero están reconocidos en la Constitución y son la infraestructura para que las autoridades de los pueblos indígenas puedan ejercer funciones jurisdiccionales en todas las materias.

Coexisten con el derecho positivo estatal, noventa y tres sistemas de derecho propio, clara manifestación de pluralismo jurídico legal. Este hecho –sin precedentes-, que reconoce la preexistencia en el territorio nacional de otros derechos muy dinámicos y configurados, de modo que puedan abordar momentos históricos y realidades distintas en competencia con el derecho positivo estatal, han tenido que concebir y trazar salidas en derecho, frente a los nuevos delitos cometidos por sus miembros como ya se expuso. También, como una nueva realidad, deben afrontar las demandas individualizadas que en el sentido liberal deben ser respetadas como derechos fundamentales del individuo y que resultan en conflicto normativo y cultural, con visiones que protegen al sujeto colectivo de derecho. Como autoridades con competencia jurisdiccional, que hacen parte de la rama judicial de Colombia, tienen además que participar en la construcción de formas de coordinación y liderazgo para la cimentación de entendimiento intercultural. La nueva sociedad a configurar bajo el marco del pluralismo jurídico, exige responder a un espectro muy amplio -en calidad de autoridades-, a demandas de otros jueces de la jurisdicción ordinaria, así como a examinar y realizar cambios culturales internos provenientes de imposiciones externas que, como los mínimos jurídicos, obligan. Este nuevo hecho que es impuesto -que configura también estos derechos porque a lo propio se agrega lo impuesto, lo apropiado, lo recreado etc., implica modificaciones en los referentes propios que como en los sucesivos ejemplos cambia el modo de castigar, o el lugar de habitación, pero no la creencia o visión clasificatoria que cognitivamente se comparte, la cual permanece intacta. Ha implicado, por ejemplo, un modo de juzgamiento y decisión de sanción para los brujos<sup>3</sup>

---

<sup>3</sup> “No es aceptable que la comunidad de el visto ante un homicidio con el sólo argumento de que él era brujo porque se viola el Derecho a la vida y los Derechos Humanos. (...) Ninguna comunidad puede tomarse la autoridad de hacer justicia o pasarse por encima de la Autoridad máxima porque todos son parte del Resguardo regidos por la legislación indígena de 1890 y por el artículo 246 de la Constitución colombiana”. (...) Cabildo indígena Resguardo de Jambaló. Resolución N° 003 de 1999. Publicada en Sánchez Esther y Jaramillo Isabel Cristina. *La Jurisdicción especial indígena*. Procuraduría General de la Nación. Instituto de estudios del Ministerio Público. 2000 Imprenta Nacional.

o, para cambiar la costumbre entre los U'wa para dar a los gemelos -una clasificación diferenciada de los miembros del pueblo U'wa y una nueva ubicación para vivir, ya no con la madre naturaleza, deidad ubicada y habitante de un plano superior, sino con los U'wa -no gemelos- que viven en la tierra<sup>4</sup>.

En el proceso de cambio entre: el paso del Estado de derecho, al Estado social de derecho, donde el principio de igualdad se modifica y parte de la desigualdad real para configurar la igualdad como un propósito; el paso de un Estado monocultural a un Estado multicultural y pluriétnico, en el que se afirma la igualdad de las culturas y, con el paso de un Estado que reconoce a un sujeto distinto del sujeto individual de derecho, el sujeto colectivo de derecho, los pueblos indígenas, todos los miembros de la sociedad y por ende todas las instituciones han de modificarse para contribuir a configurar una sociedad donde la diferencia sea valiosa.

### *Los regateos para el fortalecimiento del pluralismo son integrales*

Paralelamente a la implementación legal de una jurisdicción especial indígena y para desarrollar coherentemente el espíritu de la Constitución, que busca como medio para configurar una nación distinta el fortalecimiento de la participación, se requiere descentralizar también atribuciones en el plano político administrativo y fiscal para que la ciudadanía defina derroteros para la vida buena, se presentan nuevas demandas complementarias y nuevas oportunidades para fortalecer y avanzar hacia formas modernas que representen una mayor pluralidad. Este proceso que es diferencial para las comunidades indígenas como entes públicos, justifica tratos diferenciados, de tal modo que los medios para el fortalecimiento de la democracia y la participación en un Estado multicultural y pluriétnico, permitan contribuir a preservar su identidad bajo las formas propias de gobierno y de autoridad, lo cual orienta a descartar el cumplimiento de muchos de los parámetros administrativos y fiscales comunes al resto de los nacionales<sup>5</sup>.

### *Impacto del reconocimiento*

Unos y otros cambios rápidos dentro de la estructura social, jurídica y política, por la presencia de autoridades nuevas y de otros derechos establecidos como legales, -en condiciones de igualdad con el positivo estatal-, producen choques y divergencias en la jurisdicción ordinaria. Las normas previamente impuestas e internalizadas como existentes en todo el territorio nacional -de acuerdo a las circunstancias reales que los sujetos afrontan- no concuerdan con las “situaciones típicas” previstas en aquellas normas. También hay conflictos entre los sistemas de normas en uso en la sociedad mayoritaria y las nuevas normas surgidas dentro de grupos situados en posiciones diferenciadas, antes discriminados negativamente y tratados como inferiores. Paralelamente estos pueblos,

<sup>4</sup> Estas creencias que dentro de las lógicas no clásicas se clasifican como *mundos reales*, dentro del Estado multicultural esas creencias son *mundos posibles*, es decir no son como una Virgen madre que es *mundo real* para la sociedad mayoritaria, pero, dentro de una conjetura respetuosa de la diferencia, esas creencias son *mundos reales* y contribuyen a configurar el derecho; hacen parte estructural de principios y actuaciones que son obligatorias, que de no cumplirse acarrearán una sanción. SÁNCHEZ BOTERO, Esther *Diez años de la Jurisdicción especial indígena en Colombia*. Procuraduría General de la Nación. En prensa. Imprenta Nacional Bogotá. 2002

<sup>5</sup> Hemos sido críticos de la inclusión de los indígenas como sujetos disciplinarios en el nuevo código penal que rige en Colombia desde el 2002. Si bien debe hacerse control a la gestión de los recursos públicos transferidos a los pueblos indígenas, tratados como municipios, este control debe fortalecer la autonomía y por ende debe hacerse a los modos propios de control y debido proceso de cada pueblo.

autoridades y derechos son reconocidos como un sujeto distinto de derecho y se les reconoce igualdad en la diferencia.

Los procesos de ajuste para crear un sistema plural encuentran dos posiciones antagónicas: la marcada por actuar bajo bagajes de ideas monoculturales y sostenidas durante años bajo el influjo de un único derecho; se sustenta este modelo en el autoritarismo, el racismo y el desprecio, posturas abiertamente anticonstitucionales que siguen operando. En segundo lugar, se dan efectivamente transformaciones edificantes<sup>6</sup> por los esfuerzos sistemáticos tanto de personas, como de instituciones, proclives a fortalecer los principios de valoración a las culturas y sociedades distintas y con estas sus sistemas de derecho.

El profesor Andre Hoekema llama *pluralismo jurídico unitario* al modo histórico que se asume entre dos jurisdicciones, el cual manifiesta relaciones de subordinación entre el Estado con “su” derecho nacional y los otros sistemas de derecho indígena. Bajo esta condición los pueblos indígenas aumentan su dependencia a un aparato específico para la selección del derecho vigente<sup>7</sup>. Contrariando esta perspectiva se genera otro modelo que rompe el Estado hegemónico, monocultural. Las sociedades indígenas dejan de ser gobernadas y administradas integralmente bajo los principios de una sociedad mayoritaria, para crear un sistema de pluralidad, de autoridad pública y de *pluralismo jurídico formal de tipo igualitario*<sup>8</sup>. Se da, por tanto, hoy en Colombia un forcejeo para luchar cambios dentro de un panorama que configura situaciones tipo, en ambos extremos.

Respecto a la revisión de casos, una visión desde las Cortes considera de modo evolutivo y restrictivo, aunque minoritariamente que, en el *estadio* en el que se encuentran las sociedades indígenas, estas carecen de procedimientos jurídicos institucionalizados, que el sujeto individual prevalece sobre el colectivo o, que el interés superior del niño indígena solamente debe considerarse a partir de la Convención internacional de los derechos del niño. Este modo de reflexionar contrasta con las sociedades “modernas”, en las que los procedimientos se hallan institucionalizados. El problema del derecho, que se percibe, en estas sociedades y, de modo errado, es el de un insuficiente grado de abstracción normativa, circunstancia que según esta mirada afecta a una política jurídica racional y/o legítima. Tal desconocimiento varía de individuo en individuo, o mejor de juez a juez, según sea el grado de formación humanística, pero particularmente del conocimiento cultural y antropológico que involucre a partir de la capacidad de apertura para adquirir ese

---

<sup>6</sup> En el sentido que Boaventura de Sousa Santos da a la aplicación edificante de la ciencia en contraste con la aplicación técnica. Ver introducción a su libro *Estado Derecho y Luchas sociales*. ILSA 1991 Bogotá Colombia.

<sup>7</sup> HOEKEMA André J *Hacia un pluralismo jurídico formal de tipo igualitario*. En *Pluralismo jurídico y alternatividad judicial*. El Otro Derecho. 26-27 ILSA Dupligráficas, 2002:67

Una excepción importante acerca de esta revalorización de derecho y autoridad autóctonos se da en países donde reina un neoliberalismo radical, el cual rechaza drásticamente la idea de que haya islas de bienes de comercio o producción fuera del mercado, en manos de pueblos y autoridades que se dejan mandar fácilmente desde las posiciones altas del Estado. El concepto de territorio indígena no sólo les da asco a los políticos por sugerir un Estado dentro del Estado (sugerencia completamente falsa) sino también por sugerir una pérdida considerable de oportunidades unilaterales de explotación económica de los recursos locales. Aunque no hay autonomía sin restricciones, sin mecanismos de articulación de intereses locales y nacionales, por ejemplo, para garantizar que los intereses locales, estos empresarios y autoridades en zonas indígenas. Este temor, probablemente, explica la actitud del gobierno de Chile que hasta ahora mantiene una ley de aguas que quita al agua su carácter fuera del mercado (Castro, 1996). También la política oficial chilena niega totalmente el derecho de las comunidades campesinas e indígenas que se esta poniendo en la práctica durante siglos atrás; la misma tendencia neoliberal se manifiesta en el Perú.

<sup>8</sup> Ibid.

conocimiento nuevo que introduzca referentes distintos<sup>9</sup>. Bajo la mirada de un *pluralismo jurídico unitario* se induce mediante fallos por ejemplo, a procesos de “revitalización”, como el caso de los Ingas del Bajo Putumayo que han buscado reiniciar el uso del cepo para castigar, el cual había sido eliminado por ellos mismos y por considerarlo demasiado fuerte o, al fenómeno de la positivación de los derechos propios, practica que varios pueblos han implementado con apoyo de abogados internos o externos y con la idea que los derechos en una sociedad multicultural altamente compleja, deben atender al mismo tiempo, al problema de su invariancia y de su inestabilidad. Muestra que durante el proceso de construcción de una nación multicultural más allá de las formalidades constitucionales, se da un forcejeo para el reconocimiento y valoración de la diversidad de sistemas de derecho en donde se presentan nuevos tipos de diversidad y complejidad. En estos procesos de modificación del derecho, se perciben discrepancias entre el modelo hegemónico de un derecho que busca ser unitario, uniforme y universal y la aplicación práctica de otros derechos frecuentemente inconsistentes en relación con el primero

Bajo los principios del *pluralismo jurídico formal de tipo igualitario*, se parte de la distinción entre un derecho “propio”, que existe como tal, que si bien se concibe como “asentado” y “materializado” en términos de preexistente y definido, se trata de un derecho histórico, mutable y transformable, que tiene el mérito de permitir la introducción de cambios. Para Luhmann<sup>10</sup> el derecho es el resultado de un azaroso proceso evolutivo que es consecuencia, a su vez, de la complejidad y contingencia del mundo. La complejidad está dada por lo que él denomina el “exceso de posibilidades del mundo” y la contingencia, por la imprevisibilidad y variabilidad de tales posibilidades. Ello implica una sobre-exigencia para la interacción social, que tiende a resolverse mediante la reducción de complejidad aplicada a través del surgimiento y la operatividad de distintos subsistemas sociales. La doble contingencia social, es decir, la complejidad, por una parte, y la limitada capacidad de los individuos para poder enfrentarla, por otra, hace necesaria la progresiva aparición de dichos subsistemas que, a través de un proceso de diferenciaciones, reducen la complejidad del ambiente, esto es la complejidad externa, al precio -eso sí- de aumentar su propia complejidad interna. Para atender la variabilidad de las relaciones sociales, el derecho se va fragmentando y especializando. Tales diferenciaciones permiten dar cuenta de relaciones sociales más complejas y variables que las que eran propias del mundo monocultural y monista. El derecho tiene como función la generalización congruente de expectativas de conducta, a través de las cuales reduce complejidad. Se trata de un efecto producido por la representación del sistema de normas. Como se advierte, el énfasis del autor es de carácter funcional. Lo constante del derecho es la función y los mecanismos de que se sirve cada sociedad para cumplirlo se constituyen en variables evolutivas del derecho. Con el paso del Estado monocultural al multicultural y pluriétnico las instituciones judiciales de la sociedad mayoritaria y las de las sociedades indígenas se obligan a cambiar los patrones que garanticen la generalización congruente de expectativas de conducta y, con ellas, cambia también la forma de validez del derecho. La armonización de los diversos mecanismos de generalización se transforma en nuevos presupuestos y en nuevos efectos. Disminuye la dependencia a un derecho, con base en predeterminaciones de sentido fijadas en forma concreta, para abrirse a lo diverso.

---

<sup>9</sup> Si algo fue transformador en Colombia en la década del noventa es que las Cortes se abrieron a otros campos del conocimiento que les permitieron transformarse y transformar el ejercicio del derecho.

<sup>10</sup> Ibid.

### *Unas sentencias en clave cultural*

Dados los numerosos años de desconocimiento de esos otros sistemas de derecho se vuelve aún más problemática la interacción entre actores de un sistema dominante que ha sido imperialista y otros, entre otros factores por el desconocimiento de lo particularmente diverso en cada sociedad lo cual puede encontrarse en la etnografía en la antropología. Desde allí puede demostrarse que los derechos propios de los pueblos indígenas no están configurados funcionalmente en un compartimiento especializado para el cumplimiento de unas funciones. No hay una concordancia entre función y órgano. No tienen o juegan con una racionalidad silogística que parte de unas normas estructuradas y positivas. Estos derechos, actúan como una razón para la vida social, como un argumento, que organiza, estructura, constriñe y da sentido a aspectos relativos a la constitución armónica de un pueblo que define quiénes son sus miembros, cómo es la estructura familiar o el sistema de parentesco. Ese derecho en particular fija el régimen legal de la prole. Es importante recordar que en no todas las sociedades por ejemplo, los hijos biológicos de un padre son sus parientes o, los hijos biológicos de una madre sus parientes. Hechos como estos definen modos de suceder los bienes materiales e inmateriales y aspectos como la propiedad los que entran a chocar con visiones, principios y reglas trazadas por el derecho estatal.

Al estar tejidos estructuralmente en un todo y configurarse como sistema cultural requieren estos derechos, como en el ejercicio de dos personas que hablan lenguas distintas y buscan comunicarse, de la presencia de un traductor o del esfuerzo personal para adentrar en los significados profundos que una lengua distinta, en este caso una cultura, entraña<sup>11</sup>. Hace mucho tiempo que sabemos, desde Wittgenstein, desde Humberto Eco, que todo mensaje necesita ser interpretado y que ello implica la necesidad de tornar compatibles los códigos del emisor y los del receptor. Ello, sin embargo, es poco importante en nuestras sociedades postmodernas, caracterizadas por la crisis de las representaciones homogeneizadoras. El imaginario colectivo de las grandes urbes, que son el espacio connotado del ejercicio de la ciudadanía política, social y cultural, es hoy un lugar fragmentario y segmentado, en el que conviven en azarosa combinación múltiples culturas: las tradicionales, que no acaban de irse, junto con las globalizantes, que no acaban de llegar; las premodernas, las industriales y las de los flujos de comunicación, las multiétnicas y las generacionales, todo lo cual incrementa y densifica la interacción social, acelera los intercambios de mensajes y multiplica los códigos comunicativos. Es en este contexto descentrado y polimórfico, en donde circulan hoy los mensajes de la ley y la variedad y entrecruzamiento de sus lecturas posibles<sup>12</sup>.

### *Los derechos propios dentro del sistema judicial*

El derecho en su sentido social no son más que las normas para la vida social de una comunidad determinada, aplicadas, combinadas y mantenidas vigentes y sancionadas por las autoridades a quienes conforme a la normatividad se les otorgó el poder de ejecutar este cargo. Estas normas sí deben ser eficaces en el sentido de que se trata de una autoridad

<sup>11</sup> Sanchez Botero Esther. Construcciones epistemológicas para el conocimiento de los sistemas de Derecho Propio y de las Justicias indígenas. América Indígena. Volumen LVIII Numeral 1-2 México.

<sup>12</sup> Pilar Jiménez Alcocer (1993, 225) Citado por CÁRCOVA, Carlos María, *La opacidad del derecho*, Ed Trotta, Madrid, 1998



estable y no sólo presunta. Al ser así, funciona una institución que identifica, aplica y hace respetar normas de conducta pero, no necesariamente son eficaces en el sentido de que se reflejan automáticamente. Seguramente, si las autoridades no manejan normas que los comuneros estimen obligatorias, el derecho no tiene ninguna eficacia social, lo que parece un caso límite. Si bien parte de las normas emitidas por las autoridades no se cumplen en la práctica, otras se obedecen regularmente<sup>13</sup>.

La coexistencia de estos sistemas de derecho diferenciados junto al derecho estatal, en el marco de la nación, ha sido reconocido oficialmente en la misma Constitución como legal, consecuencia de la explícita decisión de los pueblos para mantener, no sólo vivas sus instituciones, sino de su insistente aspiración social por configurar un nuevo orden capaz de hacer respetar sistemas de derecho culturalmente distintos del positivo estatal pero, ante todo, de buscar un espacio autonómico donde estos asuntos se solucionen dentro de su propia sociedad. El Pluralismo jurídico en Colombia manifiesta que los derechos propios de los pueblos indígenas sustituyen o suplen al derecho estatal en los ámbitos sociales donde su aplicabilidad era prevalente. Ha superado “que los jueces, en algunos casos, tomen simplemente en cuenta en sus providencias los sentimientos, las opiniones y las obligaciones sociales derivadas de normas de *folk law* (...)”<sup>14</sup>; el reconocimiento por el Estado de la existencia de varios sistemas jurídicos legales define -además del reconocimiento a los jueces competentes indígenas, para que actúen en el marco de su jurisdicción-, la obligatoriedad de examinar y fallar los casos que salen a la jurisdicción ordinaria con base en los precedentes culturales que configuren a los sujetos de estos casos.

Este marco rompe además del monismo jurídico, la visión desde la Colonia de la clasificación estratificada de jueces para tratar asuntos menores y jueces para los asuntos graves. Sin embargo, la coexistencia de dos jurisdicciones para el funcionamiento de sistemas de derecho ha reservado constitucionalmente “mecanismos de coordinación” y la facultad de determinar -si fuera el caso-, unilateralmente, la legitimidad y el ámbito de aplicación de los demás sistemas de derecho reconocidos. Respecto de la no existencia de la ley de coordinación que el artículo 246 manifiesta<sup>15</sup>, el Magistrado de la Corte Constitucional Carlos Gaviria Díaz dice: (...) “pero (a mi juicio) por fortuna no ha tenido todavía desarrollo legal, porque esta situación le ha permitido a la Corte Constitucional asumir el carácter normativo de esta disposición. Esta Constitución no sólo es una carta programática, sino que ella misma es norma; de ahí que la Corte Constitucional haya procedido en consecuencia y haya aplicado normas constitucionales que aún no han sido desarrolladas por el legislador”.

---

<sup>13</sup> Hoekema Op cit., Pág. 69 Para evitar confusión quiero subrayar que todo esto se ciñe al discurso académico. Hay otros discursos bastantes importantes. En el derecho internacional por ejemplo ya se prevé el reconocimiento de que pueblos indígenas -bajo condiciones determinadas- tienen su derecho propio y tienen el derecho colectivo de practicarlo dentro de su territorio. No se dice exactamente a que fenómenos se refieren con esta terminología. Al igual, en el discurso político, tal como el generado por la marcha por el territorio y la dignidad en Bolivia o la marcha semejante en Ecuador, se plantea su propio derecho indígena. Esto sirve para rechazar la tesis etnocentrista de que meramente el derecho nacional estatal incide en el orden social de la sociedad. Así mismo enfatiza la existencia de una comunidad distinta permeando todos los aspectos de la vida de sus integrantes, autorregulándose, que como tal merece reconocimiento como entidad pública dentro del Estado. Por supuesto en este uso polémico de los términos no hace falta profundizar la esencia del derecho indígena. Pero en el campo de las investigaciones sí es imprescindible una clarificación.

<sup>14</sup> Ibid. Pág. 70

<sup>15</sup> Las autoridades de los pueblos indígenas podrán ejercer funciones jurisdiccionales, en el ámbito de su territorio de conformidad con sus propias normas y procedimientos, siempre que no sean contrarios a la Constitución y las leyes de la República. La ley establecerá las formas de coordinación de esta jurisdicción especial con el sistema judicial nacional.

Desde una visión del multiculturalismo el pluralismo jurídico puede analizarse o, como la multiplicidad de culturas con un derecho diferenciado que existen en una nación y pueden vivir sin establecer relación entre ellas, es decir, un multiculturalismo como separación, marcado por los fundamentos conceptuales del liberalismo: la noción de los principio de igualdad y de tolerancia al otro, posición considerada como medular y como un valor y una actitud suficiente para asegurar que la sociedad funcione. Autores como Catherine Walsh, plantea que así se dejan ocultan las desigualdades sociales, y se dejan intactas las instituciones y estructuras sociales que privilegian la cultura hegemónica. En contraste plantean un modelo de interculturalidad que busca relaciones culturales complejas, con negociaciones e intercambios culturales de vía múltiple. Se inquiera desarrollar intercambios y encuentros equitativos entre pueblos, personas, conocimientos y prácticas culturalmente diferentes. Se trata de una interacción que parte del conflicto inherente a las asimetrías sociales, económicas, políticas y del poder. No se trata simplemente de reconocer, descubrir o tolerar al otro o la diferencia en sí; tampoco se trata de esencializar identidades o entenderlas como adscripciones étnicas inamovibles. Más bien, se trata de activamente impulsar procesos de intercambio que permitan construir espacios de encuentro entre seres y saberes, sentidos y prácticas distintas”<sup>16</sup>.

El carácter del pluralismo jurídico intercultural, constitucional y legal como el de Colombia, aunque estipula que estos derechos tienen vigencia solamente cuando se trata de dos personas indígenas, en su ámbito territorial y de acuerdo a sus normas y procedimientos, reglas de referencia que muestran cómo debe operar la jurisdicción especial, sin embargo, se han realizado controles para examinar si las decisiones locales son constitucionales, mediante fallos de las Cortes o administrativamente en instancias de gobierno como la oficina de asuntos indígenas<sup>17</sup>. Aparecen preguntas tales como: ¿cuáles diferencias son valiosas y cómo mantener mínimos jurídicos? ¿Qué valor darle a lo culturalmente “chocante” para la justicia ordinaria, a los derechos individuales de un sujeto, frente a los del sujeto colectivo? O, sí un grupo en la ciudad puede reconocerse como pueblo y ejercer justicia.

### *Ámbitos para el reconocimiento del pluralismo jurídico*

Existen diferentes situaciones que deben abordarse en una nación multicultural y pluriétnica respecto de la existencia de varios derechos actuando.

1. Casos en los cuales un sujeto transgrede internamente una norma y es sancionado acorde con el sistema interno de sanciones definido para estos casos.

---

<sup>16</sup> WALSH, Catherine. *La problemática de la interculturalidad y el campo educativo*. Ponencia presentada en el Congreso de la OEI “Multiculturalismo, identidad y educación”, 16 de Abril del 2002. Quito, Universidad Andina Simón Bolívar.

<sup>17</sup> Resulta claro que si bien cada colombiano como individuo puede pedir protección, también el sujeto colectivo de derecho, un pueblo indígena, puede demandar protección a sus derechos fundamentales mediante Acción de Tutela. Muchos casos son entonces reclamos desde el sujeto colectivo.

2. Casos en los cuales un sujeto transgrede una norma y es sancionado acorde con el sistema interno de sanciones definido para estos casos en la jurisdicción ordinaria.
3. Casos en los cuales un sujeto transgrede una norma de la sociedad mayoritaria porque actúa de acuerdo a su norma y es sancionado en la jurisdicción ordinaria imponiéndole el derecho estatal.
4. Casos en los cuales la transgresión, la norma que la define y la sanción son iguales en ambas jurisdicciones.
5. Casos en donde la justicia indígena choca respecto de procedimientos y visiones generales sobre objetivos y formas de sancionar.

Esta tipología de realidades diferenciales, muestra situaciones muy variadas sobre los modos para resistir procesos de homogenización cultural por parte de los pueblos indígenas, pero también sobre individuos que han perdido sus parámetros culturales y que no rigen sus conductas por sus propias normas, porque no se identifican ya con el pueblo donde nacieron y se socializaron. Existen también conflictos de identidad que provocan frustración, cuando el sujeto entiende que debe cumplir un doble papel, el cual conlleva contradicción entre pautas universales impuestas para el cumplimiento de ciertos objetivos, con los medios y las pautas propias y utilizadas tradicionalmente. Un abogado Wayu manifestaba que no quería verse en una situación en la cual como miembro de un clan ofendido, tuviese que vengar con sangre a un pariente y ser consecuente como abogado del mandato de respetar el derecho a la vida.

#### *Ajustes desde las Cortes para fortalecer el pluralismo jurídico*

En Colombia ha crecido y se ha consolidado el reconocimiento a la administración de justicia por parte de las autoridades tradicionales de los pueblos indígenas. Este hecho representa un marco de la política estatal demarcado por las altas cortes que han tenido que definir, con base en una nueva hermenéutica jurídica, casos en los que surgen conflictos sobre las condiciones que estructuran y definen los derechos propios en cada sociedad, con relación al alcance y los límites de la jurisdicción especial indígena. Los mecanismos de control y vigilancia de los derroteros de la Constitución, en el ámbito de la justicia indígena, para demarcar mínimos jurídicos aceptables en el territorio nacional e impedir abusos de poder de las autoridades, se justifica bajo el marco de una nación indivisible que se configura históricamente de modo distinto. Aunque estos dispositivos aplicados en concreto no siempre y necesariamente se realizan limpios y exentos de racismo, etnocentrismo y ante todo del alcance necesario para entender otras realidades como ya lo expresamos, se han fallado casos que potencian la condición de sujeto distinto de los pueblos y en donde adentrando en esos referentes diferenciales se valoran y se rescatan como manifestaciones dignas de respeto. También hay sentencias que desconocen esas diferencias e imponen referentes del derecho positivo estatal. Existen otras que tratan paternalistamente a los indígenas y por ayudarlos introducen referentes que no potencian su etnicidad y su cultura.

Se configura por lo tanto en la nación, salidas múltiples que muestran avances y retrocesos. A pesar de no ser perfecto el modelo de pluralismo jurídico de tipo igualitario que domina, frente a lo que sucede en otros países, se puede afirmar que se ha dado una política de reconocimiento a la diversidad étnica y cultural que magistralmente sorteja situaciones

imponentes. Entender, por ejemplo que: “resulta claro para la Corte que no se les pueden aplicar a los pueblos indígenas todas las normas constitucionales y legales, pues de lo contrario, el reconocimiento a la diversidad cultural no tendría más que un significado retórico”, es una muestra de ello. Tratar cuatro castigos de diferentes pueblos y no existentes en la jurisdicción ordinaria, -castigos dentro de un punto limite para vulnerar derechos humanos-, como constitucionales reafirma esta aseveración; aceptar creencias justificatorias como guías de acciones para consultar los dioses durante siete meses el cambio de un procedimiento que vulneraba la vida o castigar con fuste para que el sujeto transgresor pase de un estado de oscuridad a un estado de claridad, aceptadas como prueba judicial, muestra el rostro democrático y abierto de abogados y jueces capaces de ponerse bajo los supuestos del otro. Posibilitar la práctica de otras culturas, de sus derechos, de su autonomía y de la realización de los intereses de un pueblo particular, manifiesta un proceso ejemplar, un asunto nuevo y configurado de modo diferencial que rompe los cánones tradicionalmente utilizados hasta el momento.

*El 169 de la OIT parte del bloque de constitucionalidad para el fortalecimiento de una política de reconocimiento y el error culturalmente condicionado.*

Si bien la jurisdicción especial indígena tiene la competencia para actuar en el marco de su territorio y de acuerdo a sus propias normas y procedimientos, algunos casos son examinados y sancionados en la jurisdicción ordinaria que de acuerdo a reglas es la competente. Dado que en la sociedad colombiana conviven portadores indígenas de sus propias *marcas* culturales y otros que aunque indígenas se han apartado de ellas, al ser transgresores, no siempre pueden ser eximidos de responsabilidad, por lo que muchos deben ser sancionados como simples criminales por acciones antijurídicas que lo son también en la sociedad de la que hacen parte. No pueden ser juzgados bajo el precepto de errores de comprensión que es el gran aporte de Zaffaroni, que para esta reflexión plantea ideas teóricas en relación con esta forma peculiar de pluralismo jurídico que hemos considerado. Resulta valioso detenerse en dicha contribución y análisis porque, a la par de los aportes técnicos, ofrece los fundamentos de intercomunicación y dialogo necesarios entre culturas y en una sólida perspectiva transdisciplinaria. Aunque Zaffaroni no menciona el tema específico del pluralismo jurídico, sus fundamentos y elaboraciones dan cuenta del problema de la diversidad cultural y de la coexistencia de distintos ordenamientos, para el derecho positivo estatal. El énfasis que defiende del derecho a la propia cultura de cada pueblo y por supuesto de cada uno de los individuos que lo configuran da cuenta del pluralismo como una forma de expresión de lo cultural. En Colombia desde hace 25 años se implementó a la manera de un espiral el peritaje antropológico bajo los principios de Zaffaroni. Me atrevo a decir que a él debe este país buena parte de la apertura y comprensión de juristas y antropólogos, del fenómeno y de la importancia de adentrar en el otro como sujeto de cultura. Fue tan exitoso este instrumento auxiliar de la justicia, que penetra las instancias más altas, logrando un trabajo interdisciplinario sinérgicamente capaz potenciar derroteros imprevisibles.

Queda claro entonces que, todo hecho punible cometido por un indígena, no necesariamente es de competencia de la jurisdicción especial. En estos casos de todos modos, los jueces tienen el deber de enfatizar una política de reconocimiento a la diversidad étnica y cultural realizando un tratamiento diferenciado para configurar

mediante un referente de cultura, si se trata o no de un sujeto con capacidad de conocer que su acto es antijurídico para la sociedad que lo juzga.

Invito a quienes desde otros países luchan por encontrar salidas viables y posibles para configurar un pluralismo jurídico de tipo igualitario, a leer la jurisprudencia de Colombia en la cual encontrarán inspiración para realizar lo imposible. Sin embargo, no me queda duda, que *el pájaro no vuela porque tiene alas sino porque quiere*.

## BIBLIOGRAFÍA

BARTH, FREDRIK. La Organización Social de las Diferencias Culturales. En: Los Grupos Étnicos y sus fronteras. Editorial Fondo de Cultura Económica. México. 1976

BARTOLOME, MIGUEL ALBERTO. “El derecho a la existencia cultural alterna”. En: Derechos indígenas en la actualidad. U.A.M. Instituto de Investigaciones Jurídicas. Serie E, N° 59, México. 1994.

BENITES HERNAN DARIO, Jurisdicción especial indígena: Implicaciones de su consagración institucional. Ponencia, Seminario sobre jurisdicción indígena. Popayán 1997.

CÁRCOVA, CARLOS MARÍA; ‘La opacidad del derecho’; Ed. Trotta, Madrid 1998

CONSTITUCIÓN POLÍTICA DE COLOMBIA 1991 Ediciones Emfasar Bogotá 1994

DOUGLAS MARY, ¿Cómo piensan las instituciones? Alianza Universidad, Madrid, 1996

GROS, CHISTIAN. “Derechos indígenas y nueva Constitución en Colombia”. En: Revista Análisis Político. N° 19. Instituto de Estudios Políticos y Relaciones Internacionales. Universidad Nacional de Colombia. Bogotá. 1993.

HOEKEMA ANDRÉ J “HACIA UN PLURALISMO JURÍDICO FORMAL DE TIPO IGUALITARIO”. EN PLURALISMO JURÍDICO Y ALTERNATIVIDAD JUDICIAL. EL OTRO DERECHO. 26-27 ILSA DUPLIGRAFICAS, 2002

JIMENO, SANTOYO Gladiz et al, Hacia el reconocimiento de los derechos de los pueblos indígenas. División de Asuntos Indígenas MG, Prisma Bogotá 1998

PEÑA, JAIRO IVAN. Comprensión y racionamiento. En: Ideas y Valores. No 90-91 Departamento de Filosofía. Universidad Nacional de Colombia. Bogotá, 1992

PEÑA, JAIRO IVAN. Wittgenstein y la crítica a la racionalidad. ED, UN NACIONAL 1994 BOGOTÁ

SANCHEZ, BOTERO ESTHER La jurisdicción especial indígena, Procuraduría general de la Nación, Imprenta Nacional Bogotá 2000

-----Protección a niños y niñas indígenas de Colombia. ICBF Quebecor. Bogotá 2000

-----Justicia y Pueblos indígenas de Colombia. La tutela como medio para la construcción de entendimiento intercultural. Facultad de Derecho, Ciencias Políticas Sociales. Unibiblos 1998, Bogotá

-----Construcciones epistemológicas para el conocimiento de los sistemas de derecho propio y de las justicias indígenas: El caso colombiano. América Indígena Volumen LVIII Número 1-2 Enero – Junio 1998

----- “Melicio Cayapú Dagua, está preso mi Sargento. Estado de normas, Estado de rupturas”. En: Antropología Jurídica. Normas formales: costumbres legales en Colombia. Esther Sánchez (editor-compilador). Sociedad Antropológica de Colombia-Comité Internacional para el Desarrollo de los Pueblos. Bogotá. 1992.

-----Peritaje Antropológico. Una forma de conocimiento. El otro Derecho. En: Sociología Jurídica y Ciencias Políticas N° 2, ILSA Bibliográficas. Santafé de Bogotá. 1992.

-----Costumbre, Cultura y Ley Nacional. En: Grupos Étnicos. Derecho y Cultura. Cuadernos del Jaguar. Editorial Presencia. Bogotá. 1987.

-----Un Nuevo Concordato para los indígenas de hoy. Política Colombiana. Revista de la Contraloría general de la República de Colombia. Volumen III No 2- 1993

-----Manual para la Construcción de Entendimiento intercultural. IC BF. Bogotá 1.993

SANTOS, DE SOUZA BOAVENTURA Estado Derecho y Luchas Sociales. ILSA. Dupligráficas. 1991.

TYLOR, CHARLES. El Multiculturalismo y “la Política del Reconocimiento”. Fondo de Cultura Económica. México, D. F. 1993.

WALSH, Catherine. La problemática de la interculturalidad y el campo educativo. Ponencia presentada en el Congreso de la OEI Universidad Andina Simón Bolívar “Multiculturalismo, identidad y educación”, 2002. Quito.