

Sistemas normativos en el pluralismo jurídico colombiano

Por Francisco Salazar Gonzáles

Antropólogo - Abogado

Bogotá - Colombia

Febrero 4 de 2005

(Fragmento del libro "PLURALISMO CULTURAL Y JURÍDICO EN COLOMBIA: UN MARCO ANALÍTICO DE DERECHO CONSTITUCIONAL, DERECHOS HUMANOS, SOCIOLOGÍA Y ANTROPOLOGÍA JURÍDICA SOBRE LA ARTICULACIÓN DE LA JURISDICCIÓN ESPECIAL INDÍGENA (ART. 246 C.N.) Y LA CONSULTA PREVIA (CONVENIO 169 OIT); APLICADO AL EXAMEN DEL CONFLICTO DE LA OXY CON EL PUEBLO INDÍGENA U'WA")

El concepto de pluralismo jurídico proviene de la antropología política aplicada, y surgió con relación a la situación de los países sujetos a colonización en los cuales operaban por lo menos dos sistemas normativos superpuestos: De un lado la ley metropolitana o centro colonial, y de otro el sistema nativo o de la sociedad colonizada.[1][1] Asumiendo como premisa que toda cultura es normativa, al plantearnos al país como pluriétnico y multicultural, conforme al artículo 7 constitucional, nos surge una premisa derivada, que afirma la existencia de un pluralismo jurídico en Colombia. Esta condición tiene una innegable existencia política: "Hay casos en los cuales el sistema normativo propio de los pueblos indígenas se ha validado por encima de las leyes de orden público y se ha establecido que garantizar la diversidad, está por encima de otros derechos individuales o colectivos, superando la tendencia a mirar los usos y las costumbres como una mera fuente legal posible." [2][2]

Dos son los aspectos aquí planteados que interesa subrayar: La cuestión de cual es la jerarquía del derecho a la diversidad étnica dentro del conjunto de derechos que constituyen la dogmática constitucional, y la revaloración de los usos y costumbres étnicas.

En primer término el reconocimiento de la existencia de comunidades culturales diversas, permite a las personas y grupos humanos, como lo dice la Corte Constitucional Colombiana, "definir su identidad, no como ciudadano, en el concepto abstracto de pertenencia a una sociedad territorial y a un Estado gobernante, sino una identidad basada en valores étnicos y culturales concretos" [3][3]. La igualdad y la diversidad en esta jerarquía dogmática se encuentran como mutuamente referidas, en un común punto retórico de partida. No es posible pensar la diversidad sino a partir de la igualdad. Se trata de verdades no excluyentes sino complementarias donde cada una supone la otra. Su punto de partida ontológico y axiológico es el mismo como un fiel de balanza al cual se debe permanentemente regresar, bien sea en el caso en el cual el

desconocimiento de la diversidad inferioriza al otro o cuando el desconocimiento de la igualdad lo discrimina. De esta manera el principio de igualdad involucra el derecho a la diferencia, de tal manera que los grupos étnicos tienen derecho a la diferencia cultural sin que esto implique inferiorización, y de manera recíproca cualquier grupo cultural posee derecho a la igualdad sin que ello derive en discriminación.

En esta dirección se requiere entender como se conjugan derechos humanos que atañen a la persona humana en cuanto individuos y cual es el lugar de derechos fundamentales que no se refieren al individuo sino al colectivo. Se deben distinguir dos vertientes distintas de derechos colectivos: Aquellos adscritos a grupos formados por adhesión voluntaria, adhesión que por ser tal, es consciente y encuentra su respaldo y existencia en la conciencia: -tal sería el caso de los derechos sindicales y de asociación- y otros derechos colectivos de los cuales serían titulares conjuntos cuyos miembros se adhieren entre sí no como fruto de un acto de fundacional concreto, sino más bien -siguiendo la metáfora de Rosseau, esto es como resultado de proceso histórico y cultural, no radicado en la conciencia sino en la conformación colectiva de un pasado común, de unos valores afines y de una cultura diferenciada, la cual provee al individuo de una concepción del pasado y del futuro, de una concepción de lo humano, de unos valores y de esta manera de un común inconsciente colectivo.[4][4]

Esta problemática conlleva en términos jurídicos a la necesidad de reconocer personalidad sustantiva a las comunidades indígenas. Al respecto ha dicho la Corte Constitucional:

“La comunidad indígena ha dejado de ser solamente una realidad fáctica y legal para pasar a ser ‘Sujeto’ de derechos fundamentales. En su caso, los intereses dignos de tutela constitucional y amparables bajo la forma de derechos fundamentales, no se reducen a los predicables de sus miembros individualmente considerados, sino que también logran radicarse en la comunidad misma que como tal aparece dotada de singularidad propia, la que justamente es el presupuesto del reconocimiento expreso que la Constitución hace a ‘la diversidad étnica y cultural de la nación colombiana’ (CP art 1 y 7). La protección que la carta extiende a la anotada diversidad se deriva de la aceptación de formas diferentes de vida social cuyas manifestaciones y permanente reproducción cultural son imputables a estas comunidades como sujetos colectivos autónomos, y no como simples agregados de sus miembros que, precisamente, se realizan a través del grupo y asimilan como suya la unidad de sentido que surge de las distintas vivencias comunitarias. La defensa de la diversidad no puede quedar librada a una actitud paternalista o reducirse a ser mediada por conducto de los miembros de la comunidad, cuando ésta como tal puede verse directamente menoscabada en su esfera de intereses vitales y debe por ello, asumir con vigor su propia reivindicación y exhibir como detrimentos suyos los perjuicios o amenazas que tengan la virtualidad de extinguirla. En este orden de ideas, no puede en verdad hablarse de protección de la diversidad étnica y cultural y de su reconocimiento si no se le otorga en el plano constitucional, personería sustantiva a las diferentes comunidades indígenas que es lo único que les confiere status para gozar de los derechos fundamentales y exigir, por sí mismas su protección cada vez que ellos les sean conculcados (CP art. 17 y 14).”

(...)“El reconocimiento de la diversidad étnica y cultural de la Constitución, supone la aceptación de la alteridad ligada a la aceptación de multiplicidad de formas de vida y sistemas de comprensión del mundo diferentes de los de la cultura occidental. (...) El reconocimiento exclusivo de derechos fundamentales al individuo con prescindencia de concepciones diferentes como aquellas que no admiten una perspectiva individualista de la persona humana, es contrario a los principios constitucionales de democracia, pluralismo, respeto a la diversidad étnica y cultural y protección de la riqueza cultural. (...) Los derechos fundamentales de las comunidades indígenas, no deben confundirse con los derechos colectivos de otros grupos humanos. La comunidad indígena es un sujeto colectivo y no una simple sumatoria de sujetos individuales que comparten los mismos derechos o intereses difusos o colectivos (CP Art. 88). En el primer evento es indiscutible la titularidad de los derechos fundamentales, mientras que en el segundo los afectados pueden proceder a la defensa de sus derechos o intereses colectivos mediante el ejercicio de las acciones populares correspondientes.”

“Entre otros derechos fundamentales, las comunidades indígenas son titulares del derecho fundamental de subsistencia, el que se deduce directamente del derecho a la vida consagrado en el art. 11 de la Constitución. (...) La Cultura de las comunidades indígenas en efecto, corresponde a una forma de vida que se condensa en un particular modo de ser y de actuar en el mundo, constituido a partir de valores, creencias, actitudes y conocimientos, que de ser cancelado o suprimido (...) induce a la desestabilización y a su eventual extinción”. [5][5]

Bajo las condiciones culturales de la mayoría de los pueblos indígenas, los derechos del individuo poseen un prerequisite para su realización, y este prerequisite es la garantía de su existencia diferenciada como grupo. Los procesos de socialización en general no están dirigidos a producir individuos como mónadas o sujetos unitarios dotados de independencia los unos frente a los otros. Este proceso conocido en sociología y en psicología social como individuación es ajeno a los desarrollos inculturales de las personas en esa cultura. Mientras que en occidente y en las sociedades industrializadas, uno de los objetivos sociales es la gestación de individuos; en las sociedades indígenas el propósito cultural es la impresión del mandato de lo colectivo por sobre lo individual, de generar solidaridades con el entorno. Ser un sujeto construido intersubjetivamente.

Así es posible por ejemplo ente los U'wa ser Arzayá, hijo de Weiasa, hijo de Siujiná de la localidad de Witirwan, del Clan de Bócota, y ser también un guardián concreto de la tierra de Shooníkesa, del agua de Aría, Oría y Uría y del fuego del ebará [6][6] heredado del aya. La vida en cuanto misión individual y en este sentido en cuanto identidad frente al grupo, depende de los roles asignados a su clan, a su linaje y a su segmento concreto por la tradición oral, todo lo cual se va descubriendo en el conjunto cultural en elementos tales como la asignación de su propio nombre, el conocimiento de los cantos ancestrales sobre los antepasados que han llevado el mismo nombre y de quienes se considera que se es una verdadera reencarnación; y en el conocimiento de las costumbres y narraciones específicas que se relacionan con su propia existencia singular. En este sentido vivir es descubrirse a si mismo en la tradición grupal, descubrir el entorno y aprender a conservar el equilibrio entre estos dos hemisferios de la existencia es decir la existencia individual y grupal.

Así, los derechos del individuo, como los concibe occidente, se encuentran subordinados a los derechos del colectivo en el cual el sujeto se encuentra inmerso. La única posibilidad de existencia y realización del sujeto unitario es referido al conjunto cultural. La vida aislada, e individual de los sujetos occidentales es percibida como una desgracia.

Este ejemplo del papel del individuo entre los U'wa, nos conduce al problema jurídico de la tensión entre la consagración de los derechos fundamentales y el reconocimiento de la diversidad étnica y cultural. La historia jurídica occidental ha conducido a considerar como prevalentes los derechos humanos individuales, por encima de los derechos colectivos. Marcando una saludable excepción, la Constitución Colombiana en la búsqueda de una solución frente a esta tensión aboga por el respeto los parámetros valorativos de los distintos pueblos indígenas. De lo contrario se le restaría toda eficacia al pluralismo que inspira el texto de la Carta.

El constituyente al plasmar los derechos fundamentales, no se inclinó por un único eje axiológico en materia de derechos humanos. No afirmó la supremacía del individuo, exclusivamente, ni la supremacía del colectivo. Tal y como corresponde a una sociedad pluriétnica, -respetando lo que algunos autores han denominado "democracia cultural" -o sea a las condiciones mínimas de reproducción étnica- dejó a la definición endocultural de cada colectivo étnico el significado del ser humano, bien que para los unos sea un "individuo"[7][7] con altos estándares de individuación o para los otros un "pluridivíduo" con baja individuación. En el caso de la propuesta deóntica U'wa, el concepto de persona de ninguna manera se aniquila. Por el contrario, así como existe un diverso significado del universo desde lo subjetivo - individual, el sujeto construye permanentemente un significado consensual de sí mismo en términos de equilibrio frente al universo. En estos términos, el consenso no sólo es una práctica social, sino una práctica cotidiana e intersubjetiva incluyendo entre los sujetos dialógicos a las diferentes formas de vida que ofrece el mundo natural.

En referencia a la aplicación de la democracia cultural como posibilidad de coexistencia ética, la Corte Constitucional ha manifestado dos dificultades en la aplicación del postulado del artículo 7 d la carta magna: Su generalidad que presenta un alto grado de indeterminación, y la necesidad de ponderación entre derechos fundamentales, lo que le otorga una condición de naturaleza conflictiva. Para resolver el problema de la generalidad y la indeterminación, debe tomarse en consideración los puntos extremos del concepto de cultura, es decir la condición objetiva y la condición subjetiva.

La primera hace relación con la conciencia que tienen los pueblos indígenas de su individualidad y su diferenciación frente a otros grupos humanos. Al respecto el Artículo 1.2 de la ley 21 de 1991 fija un criterio esencial de aplicación a la problemática discutida: Así señala: "La conciencia de su identidad indígena o tribal deberá considerarse un criterio fundamental para determinar los grupos a los que se aplican las disposiciones del presente Convenio." Es decir, a la hora de determinar la indigenidad, el criterio de la identidad subjetiva se considera básico.

Por otra parte la condición objetiva de la cultura hace relación a las evidencias materiales de la existencia cultural, es decir su sistema de valores, el conjunto de creaciones, instituciones y

comportamientos colectivos de un grupo humano. Aquí es donde recogemos la incógnita planteada atrás relativa a la categorización de los usos y costumbres como fuente legal.

Se considera uso o costumbre la conducta reiterada y socialmente aprobada que un determinado grupo humano practica. Es constitutivo de la definición de costumbre el hecho de que su observancia es voluntaria para quienes se sujetan a ella. No existe coerción externa autoritaria hacia su práctica o ejercicio; y ante su infracción no cabe la posibilidad de la imposición forzosa por la autoridad.[8][8] En este sentido el uso o costumbre es el elemento que la escuela positivista del derecho ha valorado como una de las fuentes posibles del mismo. En orden de prevalencia se le considera la última detrás de la ley y los principios generales del derecho; y de ella se hace nacer el Derecho Consuetudinario. Por este a su vez se entiende “aquel constituido por la costumbre, cuando esta se encuentra incorporada al sistema del derecho positivo por la voluntad expresa del legislador” [9][9]

Es decir se estima que la vinculación y el reconocimiento de la costumbre en el sistema jurídico dependen del reconocimiento que el legislador haya hecho de ella. Sin entrar en discusiones con este criterio, se puede establecer cual es la valoración legal actual de los usos y costumbres indígenas en Colombia.

Al respecto la ley 21 de 1991, aprobatoria del convenio 169 de la OIT, establece de manera reiterada los criterios legales que deberán regir al aplicar y al interpretar la legislación nacional sobre pueblos indígenas. Así, dicho tratado internacional establece que, los gobiernos signatarios deberán promover la plena efectividad de los derechos sociales económicos y culturales de los pueblos indígenas, “respetando su identidad social y cultural, sus costumbres y tradiciones y sus instituciones”. (Art. 2, num. 2 Lit. b); que las medidas gubernamentales deberán “salvaguardar las instituciones, los bienes, el trabajo, las culturas y el medio ambiente” de los pueblos indígenas, (Art. 4) que los pueblos indígenas “deberán tener el derecho de conservar sus costumbres e instituciones propias siempre que estas no sean incompatibles con los derechos fundamentales definidos por el sistema jurídico nacional ni con los derechos humanos internacionalmente reconocidos.” (Art. 8 num. 2). En el aspecto citado, el convenio 169 de la OIT apunta a reconocer la validez de las costumbres e instituciones propias como fuente normativa primaria. Debe recordarse que el artículo 8.1 asimila las costumbres indígenas a derecho consuetudinario[10][10].

Por su parte, la carta constitucional ha reconocido la prevalencia de los tratados internacionales, aún sobre la legislación interna, siempre y cuando se trate convenios internacionales sobre derechos humanos debidamente ratificados por el país. (Art. 93 C.P.) En este sentido, los apartes citados del convenio 169 de la OIT, ratificado por Colombia mediante la ley 21 de 1991, tienen prelación en su aplicación en nuestra legislación, en cuanto se hallan en íntima relación con el derecho fundamental a la protección de la Diversidad étnica y cultural. Sobre este último ha dicho la Corte Constitucional:

“La intención de proteger de manera especial los valores culturales y sociales encarnados en las comunidades indígenas que aún subsisten en el país, se manifiesta de manera evidente en los

debates realizados en la Asamblea Nacional Constituyente y en el texto mismo de la carta. (...) Por cuanto respecta al texto constitucional, la importancia de estos valores se pone de presente de manera directa en el art. 7 que reconoce y protege la diversidad étnica y cultural de la nación; en el artículo 8 sobre la obligación del Estado de proteger la riqueza cultural de la nación; en el artículo 9 sobre el respeto a la autodeterminación de los pueblos (...) en el artículo 70 relacionado con la cultura como fundamento de la nacionalidad colombiana y el reconocimiento por parte del Estado de la igualdad y dignidad de todas las culturas que conviven en el país.” [11][11]

En este contexto se precisan nuevas dimensiones del pluralismo jurídico en nuestro país. Hemos mencionado como existen por lo menos tres sistemas normativos superpuestos que conforman el derecho indígena: En primer lugar el constituido por la legislación general de la república; en segundo lugar, la legislación indígena nacional, o fuero indígena que como ya se ha mencionado, se encuentra conformada por las normas sobre derechos de los pueblos indígenas y grupos étnicos contenidas en las leyes, decretos y resoluciones especiales y en normas específicas en su beneficio, contenidas en leyes generales de la república. Hacen parte de la misma igualmente convenios y tratados internacionales que tienen el carácter de leyes de la república, y la complementan la jurisprudencia y la doctrina sobre los derechos indígenas, producida en diversos períodos históricos y contenida en sentencias y decisiones judiciales, y administrativas, en conceptos oficiales y de especialistas en la materia; y en tercer lugar, los sistemas normativos propios de la tradición cultural de los pueblos indígenas, implícitos en su historia cultural, mitología, cosmovisión, sistemas de parentesco y reciprocidad, formas de propiedad uso y aprovechamiento de recursos naturales, sistemas identitarios y métodos de control social propios; todo lo cual se caracteriza por concepciones particulares de derecho, justicia, poder y autoridad, así como por la existencia de instituciones propias relativas al ejercicio de la autoridad, el poder y el control social. Los dos primeros sistemas normativos son exógenos a las sociedades indígenas y se caracterizan por la positividad mientras que el último sistema señala una normatividad surgida al interior de cada grupo y por tanto es endógena, y el documento en el cual se a impreso es el tejido intersubjetivo.

Una nueva cuestión surge en el desarrollo temático. La tradición jurídica colombiana, se encuentra poderosamente arraigada en la entraña del derecho escrito que se remonta al derecho romano. La aparición de categorías de derecho ligadas a los usos y costumbres y aun más, a sistemas éticos y étnicos; al conjunto de creaciones, instituciones y comportamientos colectivos de distintos grupos humanos, es algo que parece chocante a los más ortodoxos juristas.

No obstante la novedad es relativa. Existe un antecedente en el derecho privado que vincula la costumbre comercial a la legislación positiva específica. Se nos dirá entonces que una cosa es el derecho privado como ámbito de articulación de costumbres y otra muy distinta el derecho constitucional como prototipo del derecho público. Al respecto se puede verificar como en la constitución misma se introdujo el referente del criterio del juez, cuando se tratara de aplicar normas constitucionales de vigencia inmediata y directa, las cuales se mencionan en el artículo 85 de la carta. De igual manera, las autoridades indígenas al interpretar sus propias costumbres como la fuente normativa inmediata a la cual están sujetos sus pueblos, están en el caso de

desarrollar y aplicar criterios etnojurídicos conforme a facultad expresa de la ley. Recuérdese que el artículo 246 constitucional ha reconocido a las autoridades indígenas la facultad de ‘ejercer funciones jurisdiccionales dentro de su ámbito territorial, de conformidad con sus propias normas y procedimientos’ es decir de conformidad con las normas propias de la tradición oral de sus respectivas culturas ágrafas.

No se ha señalado ningún requisito de codificación de normas endoculturales, o sistemas normativos internos de los pueblos indígenas, para la vigencia de esta jurisdicción. El único requisito propuesto por la norma es que tal ejercicio se hará sin contradecir a la Constitución y a las leyes de la República. Este marco requisitivo se aplica no solamente a las autoridades indígenas sino a todas las autoridades públicas. En su condición de autoridades públicas especiales que son las autoridades indígenas, se encuentran en el deber de velar por el cumplimiento de los derechos fundamentales de los pueblos indígenas en todas sus actuaciones administrativas y judiciales. En este sentido la Jurisdicción Especial Indígena establecida en el artículo 246 constitucional aporta un elemento importantísimo para la cabal comprensión de la Consulta Previa como procedimiento público administrativo establecido por un tratado internacional de carácter especial que involucra derechos fundamentales de los pueblos indígenas.

Cuando el texto constitucional señala que “La Ley establecerá las formas de coordinación de esta jurisdicción especial con el sistema judicial nacional”; no nos cabe duda que el aspecto a reglamentar es el operativo, ya que el aspecto de la sustancialidad de la normatividad endógena intersubjetiva de los pueblos indígenas ha sido reconocido por la Constitución, tratados internacionales y la ley.

Al respecto la ley 270 de 1996, estatutaria de la administración de justicia en Colombia, al prescribir en su artículo 11 que. “ La rama judicial del poder público esta constituido por: (...) E) De la jurisdicción de las comunidades indígenas (...) Autoridades de los territorios indígenas(...) y a su vez el Inciso 5 del artículo 12 de la mencionada ley 270 de 1996 que establece que “Las autoridades de los territorios indígenas previstas en la ley ejercen sus funciones jurisdiccionales dentro del ámbito de su territorio conforme a sus propias normas y procedimientos, los cuales no podrán ser contrarios a la Constitución y a las leyes” ; lo esta corroborando.

En torno del necesario control de legalidad y de constitucionalidad de los actos jurisdiccionales proferidos por las autoridades indígenas, estos han sido asumidos en base a la doctrina de la vía de hecho por la Corte Constitucional. [12][12] Si pudiera pensarse que ha existido alguna suerte de laguna de derecho, alzo la opinión de que en esta materia ha operado la plenitud hermética del orden jurídico que ha articulado los sistemas normativos ya mencionados en una integral en la cual se vierten a una el derecho positivo aportado por la tradición jurídica occidental y el derecho natural aportado por la multiforme tradición etnojurídica indígena.

[13][1] Cfr. HOOKIE J. “¿Whats Legal Pluralism” Press University Cambridge 1975

[14][2] SERPA URIBE Horacio “Justicia Diversidad y Jurisdicción Especial Indígena: Palabras de instalación del Primer Seminario de Jurisdicción Especial Indígena y Autonomía Territorial ”

Popayán Marzo 1997. En CORREA Hernán Darío. Compilador. "Del Olvido Surgimos Para Traer Nuevas Esperanzas"Memorias del Seminario. DGAI Mininterior- Imprenta Nacional Santafé de Bogotá 1997 P.18

[15][3] Corte Constitucional, Sentencia T - 496 de 1996, Magistrado Ponente Carlos Gaviria Díaz.

[16][4] Sobre el particular ver ROULAND N, PIERRE-CAPS S, POUMAREDE J, Droit des minorités et de peuples autochtones, Paris, PUF, 1996, p. 459 y ss.

[17][5] CORTE CONSTITUCIONAL Sala Tercera de Revisión, Sentencia T-380 del 13 de Septiembre de 1993.

[18][6] Varas de encender fuego que se heredan del aya o tío materno

[19][7] en su sentido latino de sujeto no dividido en dos.

[20][8] Cfr. DE PINA VARA "Diccionario de Derecho"Editorial Porrúa S.A. México D.F. 1977. P. 161

[21][9] DE PINA VARA Rafael. Op.Cit p. 182

[22][10] El artículo 8 Num 1 de la ley 21 de 1991 establece que "al aplicar la legislación nacional a los pueblos interesados deberán tomarse debidamente en consideración sus costumbres o su derecho consuetudinario"

[23][11] CORTE CONSTITUCIONAL, Sala primera de Revisión Sentencia T-428 del 2 de Julio de 1992.

[24][12] GAVIRIA DIAZ Carlos: Alcances Contenido y Limitaciones de la Jurisdicción Especial Indígena"en PRIMER SEMINARIO DE JURISDICCION ESPECIAL INDÍGENA Y AUTONOMÍA TERRITORIAL Popayán Marzo 1997. En CORREA Hernán Darío. Compilador Memorias "Del Olvido Surgimos Para Traer Nuevas Esperanzas"Memorias del Seminario. DGAI Mininterior- Imprenta Nacional Santafé de Bogotá 1997 P.159-173

Fuente: Instituto Interamericano de Derechos Humanos (IIDH) [en línea]
http://www.iidh.ed.cr/comunidades/diversidades/docs/div_online/sistemas%20normativos%20en%20el%20pluralismo%20juridico%20colombiano.htm