

BREVES ANOTACIONES SOCIO-JURÍDICAS SOBRE EL ORIGEN DEL PLURALISMO JURÍDICO *HÉCTOR EDUARDO PEPINOSA BRAVO**



SOCIO-LEGAL BRIEF NOTES ON THE ORIGIN OF LEGAL PLURALISM

RESUMEN

En este artículo, el autor pretende hacer un recorrido por los orígenes del modelo pluralista, desde el contexto sociojurídico, a fin de escudriñar si en realidad son verdaderos formatos de convivencia en la sociedad actual, o por el contrario, obedecen a expresiones formales, normativas, inmiscuidas en los pactos constitucionales, como referentes de estados liberales, pero sin ninguna aplicación práctica.

PALABRAS CLAVE: Modelo pluralista; Neoconstitucionalismo; etnoculturalidad; multiculturalidad; Modelo constitucional en América Latina; Sociología jurídica.

ABSTRACT

In this article, the author attempts to make a walking through the origins of the pluralist model, from the socio-legal context, to examine whether they are true forms of coexistence in today's society, or conversely, obey formal expressions, regulations, in constitutional covenants as referring to liberal states, but without any practical application.

KEYWORDS: Pluralist model; Neoconstitutionalism; Ethnoculturalism; Multiculturalism; Constitutional model in Latin America, Legal sociology.

* Abogado (Universidad Santo Tomás), Especialista en Derecho del Trabajo de la Universidad Nacional de Colombia, Especialista en Derecho Contractual y Relaciones Jurídico-Negociales de la Universidad Externado de Colombia, *e-mail* [hectorpepinosa@hotmail.com].

Fecha de presentación: 14 de septiembre de 2012. Revisión: 6 de noviembre de 2012. Fecha de aceptación: 4 de diciembre de 2012.



INTRODUCCIÓN

La notable importancia de un nuevo modelo constitucional en sur América, y concretamente en nuestro país, a puesto de relieve conceptos interesantes que tienen que ver con la evolución de grupos sociales que han ido dando transformación a las comunidades actuales desde una óptica, social, cultural y por supuesto jurídica. Hablar por ejemplo de conceptos como etnoculturalidad¹, multiculturalidad o transnacionalidad², conlleva necesariamente a explorar los hechos y momentos cuando los países del cono sur, introdujeron en sus bitácoras constitucionales modelos pluralistas en donde se reconoce variedad de grupos disímiles cultural, jurídica o religiosamente hablando, bajo una custodia neutral del Estado con miras a servir de garante.

El fenómeno no es ajeno a la situación que actualmente viven muchos países europeos, y en consecuencia el surgimiento de un nuevo orden mundial, conocido como neoconstitucionalismo³ aborda ejes temáticos de absoluto corte liberal como lo es el pluralismo jurídico⁴, modelo que ha sido ya tratado por varias autoridades en el tema y que de alguna manera contextualizan un nuevo paradigma social, el cual no debe ser ajeno a nuestro estudio.

1 El término define concretamente el conjunto de costumbres y tradiciones que definen una etnia o una raza en específico, pero más allá de dicha significación lo tomamos como un concepto relacionado como política de un Estado pluralista liberal, como lo infiere WILL KYMLICKA. *Estados naciones y culturas*, Córdoba, Almuzara, 2004.

2 Un concepto claro sobre transnacionalidad en el sentido de este artículo, lo encontramos en la publicación de FERNANDO FALCÓN Y TELLA. "Hacia un nuevo orden mundial, el fenómeno de la globalización", en *Revistas Científicas Complutenses*, Anuario de Derechos Humanos, Nueva Época, vol. 8, 2007, disponible en: [www.revistas.ucm.es]. De igual forma, ver LIBARDO JOSÉ ARIZA. *Derecho, saber e identidad indígena*, Bogotá, Universidad de los Andes y otras, 2009.

3 Modelo caracterizado por la positivización de un extenso catálogo de derechos, por la omnipresencia en la Constitución de principios y reglas por encima de un ordenamiento legal.

4 ANDRÉ J. HOEKEMA. "Hacia un pluralismo jurídico formal de tipo igualitario", *El Otro Derecho*, n.ºs 26 y 27, abril de 2002, Bogotá, ILSA.

El nuevo esquema propone la correlación de varios individuos que conviven en un mismo estado y en donde éste reconoce sus diferencias y es más, les garantiza su estatus de tales, con sus culturas, sus principios, sus reglas éticas sus costumbres, sus normas en fin, sus mundos, de manera que puedan desarrollarse sin ningún inconveniente, claro está, con algunos limitantes legales por supuesto, ya que el Estado, aún no deja de ser relevante en sus acontecimientos políticos. Esta situación se torna viable en el sentido de que dichas garantías reconocidas constitucionalmente por los estados no sean eminentemente formales o ritualistas, lo que provocaría un desajuste social con la nueva realidad normativa, sino deben ser reglas absolutas de convivencia social, que han hecho surgir comunidades hasta ahora marginales, que no tenían voz en el contexto social pero que ahora en teoría podrían imbricar hacia nuevos rumbos.

La presente exploración sobre un acercamiento a los orígenes de dicho concepto no puede ser referida desde una investigación minuciosa, lo cual sería muy osado de mi parte, pero si explorar, las principales teorías de algunos autores los cuales nos han dado ya luces sobre el alcance y consecuencia de este eje transversal en los nuevos estados nación de Latinoamérica.

En dicha consideración, haré solamente una breve reflexión académica con el propósito de plasmar algunas ideas sobre los orígenes del modelo pluralista, pero mi intención, como ya lo advertí, no es referirme concretamente a él, pues mucho se ha dicho en el campo de la dogmática jurídica sobre esta categoría, sino más bien, tratar de afrontarla desde el contexto sociojurídico, a fin de escudriñar si en realidad son verdaderos formatos de convivencia en la sociedad actual, o por el contrario, obedecen a expresiones formales, normativas, inmiscuidas en los pactos constitucionales, como referentes de estados liberales, pero sin ninguna aplicación práctica. Y por otro lado, observar desde el punto de vista socio jurídico el nuevo esquema, las nuevas representaciones de organizaciones sociales dentro de un mismo estado, haciendo eco a lo que BESSERER denomina una *ciudadanía transnacional*⁵.

5 FEDERICO BESSERER. "Estudios transnacionales y ciudadanía transnacional", en GAIL ROBERTA MUMMERT FULMER (ed.). *Fronteras fragmentadas*, Zamora, Colegio de Michoacán-CIDEM, 1999, pp. 215 a 238.

UNA EXPLORACIÓN INICIAL

Para hacer una aproximación al modelo pluralista es necesario hablar de algunos antecedentes históricos de los grupos sociales en aras de observar el surgimiento de algunas categorías como la etnoculturalidad, el pluralismo y monismo jurídico, el estado nación, la multiculturalidad y en fin, una serie de premisas que nos irán aclarando un poco el panorama para el aspecto central de este artículo.

Para abordar de manera inicial estos aspectos es necesario centrarnos en el hombre quien ha buscado desde épocas milenarias hasta nuestros días, la conformación de una sociedad justa y ecuánime bajo la figura de un Estado social, armónico y moderno⁶, proyectando fines comunes dentro de un marco de referencia, que le permita encontrar la felicidad y el bienestar social⁷.

Sea cual fuere su origen, su tamaño o poder económico, casi la gran mayoría de civilizaciones antiguas comenzaron por estructurar un concepto de ciudad-estado, o al menos una organización social que le permitiera alcanzar dichas metas o fines. Se hace relevancia a la creación de lo que hoy conocemos como estado moderno, pero en realidad el término más adecuado sería “polis”, o “ciudad tribal” o “ciudad estirpe”⁸.

Estas civilizaciones, sin importar su ubicación geográfica, su condición cultural o su poder económico, les sobreviene una característica común y especial, a partir de la idea de organización, que las hace unísonas en cuanto a sus objetivos y semejanzas entre sí, que es justamente la búsqueda de un poder hegemónico, con fines claros y concretos para buscar expansión territorial y en consecuencia, riqueza y bienestar individual y colectivo.

Los grupos más fuertes subsumieron a las más débiles, imponiéndoles a razón de fuerza, sus costumbres, mitos y creencias, pero más aún, haciéndoles partícipes de sus normas más allá de sus

6 Entiéndase por estado moderno, la transformación política que experimentó Europa después de la revolución francesa un estado conformado por estructuras sociales y políticas más o menos bien definidas.

7 JEAN JACQUES ROUSSEAU. *El contrato social*, Libro III, Valladolid, Ed. Maxtor, 2008.

8 Así lo reseña SALVADOR GINER. *Historia del pensamiento social*, Barcelona, Ariel, 2008, p. 20.

estados (normas supraestatales)⁹, en este sentido hubo una articulación del poder y dominio que ejercieron los grandes imperios sobre las poblaciones más débiles. Las guerras por la imposición y dominio territorial fueron muy largas y sangrientas.

Sin embargo, no se puede concluir de manera apresurada que las guerras dieron origen a la formación de procesos normativos o a los estados modernos, lo que después de la posguerra se conoce como la teoría del conflicto¹⁰, más bien, fue la conciencia social de los individuos, la que llevó a conformar unos estados más o menos organizados, acordes con las nuevas situaciones de las posguerras. No obstante la guerras perduraron más por propensión que por provecho. No podemos olvidar el acontecimiento literario narrado por HOMERO y VIRGILIO en la arremetida de los espartanos contra la bella Troya. Los espartanos conducidos al mando del rey MENELAO por una absurda conciencia de tipo social, (recuperar a su mujer raptada por PARÍS) dio lugar a una larga y cruel guerra que consecuentemente procurara el nacimiento a la nueva sociedad greco romana¹¹.

9 La idea de estado supranacional surge en Austria hacia el año 1866, cuando unen sus estructuras al pueblo húngaro bajo un concepto histórico por encima de nación para defensa del pueblo germánico. STÉPHANE PIERRÉ-CAPS, JACQUES POUMARÈDE y NORBERT ROULAND. *Derecho de la minorías y de los pueblos autóctonos*, México D. F., Siglo XXI, 1999.

10 Para ampliar el tema referirse a LEWIS A. COSER. *Las funciones del conflicto social*, New York, The Free Press, 1956.

11 HOMERO en *La Iliada* (en griego antiguo Ἰλιάς: Iliás; en griego moderno Ἰλιάδα: Iliáda) es una epopeya griega y el poema más antiguo escrito de la literatura occidental. Se atribuye tradicionalmente a HOMERO. Compuesta en hexámetros dactílicos, consta de 15.693 versos (divididos por los editores, ya en la antigüedad, en 24 cantos o rapsodias) y su trama radica en la cólera de AQUILES (μῆνις, mēnis). Narra los acontecimientos ocurridos durante 51 días en el décimo y último año de la guerra de Troya. El título de la obra deriva del nombre griego de Troya, Ilión. (Tomado de [http://es.wikipedia.org/wiki/Ἰλιάδα], n. del ed.); y VIRGILIO en *La Eneida* (en latín, Aeneis) es una epopeya latina escrita por VIRGILIO en el siglo I a. C. por encargo del emperador AUGUSTO con el fin de glorificar el imperio atribuyéndole un origen mítico. VIRGILIO elaboró una reescritura, más que una continuación, de los poemas homéricos tomando como punto de partida la guerra de Troya y la destrucción de esa ciudad, y presentando la fundación de Roma a la manera de los mitos griegos. VIRGILIO trabajó en esta obra desde el año 29 a. C. hasta el fin de sus días (19 a. C.) Se suele decir que VIRGILIO, en su lecho de muerte, encargó quemar *La Eneida*, fuera porque desease desvincularse de la propaganda política de AUGUSTO o fuera porque no considerase que la obra hubiera alcanzado la perfección buscada por él como poeta. (Tomado de [http://es.wikipedia.org/wiki/La_Eneida], n. del ed.).

Las guerras griegas entre una mezcla de lo mitológico y la real, proporcionaron el origen de nuevos clanes o nuevas organizaciones, pero en realidad ninguna de ellas por un espacio al menos temporal y amplio, sació las necesidades de gloria y poder de los gobernantes. Los políticos eran desbancados por la fuerza del guerrero y de igual manera, la conciencia en algunos casos, podía más con la fuerza brutal del hombre valiente.

Las formas de liderazgo y las estructuras políticas de ciudad, sentaron sus bases en conceptos de estado, basados en conocimientos iusfilosóficos venidos de Grecia y Roma¹² y por esta razón se mitificó la idea del *emperador* o del líder promulgador de un solo derecho propio y autónomo. De estas civilizaciones surge paralelamente desmembraciones del poder único, originados en el mismo seno del pueblo. Por ejemplo, *duodecim tabularum leges*¹³ en el derecho romano, fue la antesala a lo que se podría denominar el derecho de las gentes, la negación de un absolutismo político y jurídico, el cual no podría sobrevivir aislado del querer del pueblo, por ser éste también un derecho aplicado y sistemático fruto de sus usos y costumbres. Dado su formato, las doce tablas puede ser la génesis de la codificación de un derecho consuetudinario, acentuado en la idea de la alteridad y el reconocimiento de los derechos del otro, es decir, la conjugación de varios fuentes de derechos, conseguidas fuera del estado originario, en razón al modelo que los romanos tomaron de Grecia, pues se evidencia en sus escritos, muchas bases de derecho griego, conjugando una especie o idea de mixtura normativa, derecho que posteriormente y debido al ensanchamiento del imperio, tendría la característica de derecho supranacional¹⁴.

Con el decaimiento de los imperios como el de Roma, el hombre se encuadra en otro contexto, en otra clase de Estado, que lo libera aparentemente de un esclavismo salvaje de un poder arbitrario y lo circunscribe en un contexto más comunitario. Se desmorona un po-

12 Aludimos a que la teoría del Estado nace de conceptos filosóficos más que jurídicos.

13 Referenciada como la ley de la doce tablas o ley de la igualdad romana.

14 JOSÉ CASTILLEJO. *Historia del derecho romano: Políticas, doctrina, legislación y administración*, Madrid, Dykinson, 2004.

der absoluto en cabeza del Estado y se enmarca en una nueva estructura auspiciada por un teocentrismo más catalizador.

El señor feudal guía sus ímpetus de riqueza y gloria, y cada vez se hace más común, una segmentación institucional, en el cual el esclavo era receptor solitario de las reglas y anuencias del feudo y éste un promulgador y autor de ellas. Los Estados se vuelven más regulares. La expansión y las guerras terminan por polarizar los aspectos económicos. Sin embargo, hay una fría etapa de oscuridad, tapada dolosamente por el feudal. Las razones, son desconocidas, pueden basarse en aspectos religiosos o económicos pero en fin, desconocidas. Aparentemente, no se conoce si hubo un impulso económico y la precaria evolución de esta época, son conocidas en la historia como una etapa de congelamiento.

Casi paradigmáticamente, a los sucesos creados por esa maraña oscurantista de la Edad Media, surge boyante una especie de readaptación del hombre, en el hombre. La Modernidad aparece con el incesante movimiento del Estado. como unidad de mundo. Sin duda, aparentemente entre las mas calladas organizaciones de la Edad Media, se fraguó una revuelta que dio bases a un estado supranacional que sea posiblemente el origen del pluralismo¹⁵.

En la Era Moderna se conocen más culturas, se conocen sus usos y costumbres y se descubre nuevas tierras como América, el nuevo mundo, es un destape a esa época falaz y sobria de la Edad Media.

Con el nuevo surgimiento de la sociedad moderna, nace la nueva concepción de Estado Nación, pero untada eso si, con la herencia de los pueblos antiguos. Cambian los nombres de feudos por burgos¹⁶ y se explotan las calidades económicas de los ciudadanos, pero la tradición autoritaria inherente al ser humano, sigue avante hacia una sola consolidación de monarquía, fundada en las costumbres vetustas de sus predecesores. Sin embargo, con las nuevas tierras descubiertas (América), las nuevas razas y lenguas, aparece una categoría nueva en el mundo contemporáneo, conocida como la multiculturalidad, que

15 Lo había hecho ya RUDOLPH VON IHERING, a finales del siglo XIX en pleno apogeo de la civilística Europea. La jurisprudencia de intereses, el realismo jurídico o el uso alternativo del derecho, no dejaron de repetirla durante el siglo XIX.

16 En el sentido de una clase dominante, no al concepto urbanístico, ni a la pequeña villa así denominada.

a decir en realidad, es el fruto de la evolución del hombre. Algunas teorías asimilan dicho concepto a un elemento relativo a la diversidad racial, que de diversidad cultural. Por eso algunos autores modernos, tratan en esta categoría de referirse mejor, a la etnoculturalidad¹⁷. Pero en realidad la multiculturalidad es una afirmación del derecho a ser diferentes y el respeto a la coexistencia de varios colectivos culturales en un mismo escenario mundial. Dicho modelo nace como una política pública de pensamiento social que surge en contra de la unidad cultural en tiempos de globalización.

La Edad Moderna subyace en territorios de una Europa Occidental con imperios más pequeños pero mejor estructurados. El surgimiento de las relaciones entre naciones genera un continuo cambio de territorios. Los intereses personales de los monarcas se establecen por encima de los derechos de los súbditos. La alianza de la iglesia con el Estado, genera una especie de poder autómatas. Hay que acabar con todo vestigio de poder supraestatal y acabar con las ideas de Estados supranacionales generados en la edad media. Dos fuerzas circunscriben dicho poder, el Emperador y el Papa, matrimonio que no durará mucho. No debemos olvidar aquella frase de LUIS XIV, "El Estado soy Yo", al referirse a un cuestionamiento del parlamento francés frente a una norma dictada por él, un caso concreto de absolutismo total a comienzos del siglo XVIII.

Los intereses de la Europa occidental terminan por ensanchar sus fronteras. Francia e Inglaterra, agregan a sus territorios a Norteamérica (Canadá y Estados Unidos) y Portugal y España, hacen lo mismo en el sur del continente. Sin embargo, es ambigua la idea del estado supranacional. Los emperadores o líderes de las Américas no son respetados como los de Europa, al contrario terminan por ser completamente dominados y en algunos casos, desaparecidos de manera violenta y hostil por parte de los colonizadores y de paso, acaban con los sistemas sociales y políticos de nuestras comarcas. HATUEY, ATAHUALPA, MOCTEZUMA y TUPAC AMARU quedaron impregnados en nuestra memoria.

17 KIMLIKA. *Estado, naciones y culturas*, cit.; ALEJANDRO GRIMSON. *Los límites de la cultura. Crítica de las teorías de la identidad*, Buenos Aires, Siglo XXI, 2011.

Apartados de contextos históricos todo esto deja consigo la apariencia de una herencia de trasgresiones que se propaga hacia un ambiente secular y un divorcio con lo religioso. Los esquemas retrógradas que enmarcaron a las civilizaciones en sistemas rígidos de normas creados por un solo órgano del Estado, dejaron en la mente de muchos doctrinantes, una tarea extrema por redescubrir un contexto más complejo, el pluralismo.

EL MONISMO Y PLURALISMO JURÍDICO

Pensemos en NICOLÁS MAQUIAVELO (1469-1527), el BARÓN DE MONTESQUIEU (1689-1755), JEAN-JACQUES ROUSSEAU (1712-1778), THOMAS HOBBS (1588-1679), JOHN LOCKE (1632-1704) y HUGO GROCIIO (1583-1645) entre otros, quienes retoman con gran propiedad las estructuras de las nuevas teorías sobre el Estado, basados seguramente en las experiencias de las generaciones pasadas.

Sus conceptos obedecen al contexto de un hombre social, que se había iniciado en Grecia, la cual no fue ajena al pensamiento medieval, pero su reaparición como punto central, fue en el mismo auge de la edad moderna. Sus conceptos son plenamente propios de esta época, y su debate intelectual se suscitó en parte por el impacto de la diversidad cultural mostrada por los descubrimientos y su reverso cruel. Como lo sugiere el sociólogo MISAEL TIRADO, son conceptos que sirven

para decantar todo este conocimiento dinámico a modo de conclusión en lo que hoy en día se denomina la sociología del derecho o la sociología jurídica¹⁸.

El monismo jurídico contempla un sistema jurídico y político centralizado y jerarquizado para cada estado-nación, en donde existe un solo concepto de soberanía, de ordenamiento jurídico, unidad política y norma jurídica, se sensibiliza con la idea de que en un Estado debe

18 MISAEL TIRADO ACERO. "La sociología jurídica desde sus fundamentos sociológicos", en *Prolegómenos, Derechos y Valores*, vol. XIII, n.º 25, enero de 2010, Universidad Nueva Granada.

existir un soberano indivisible, esto es, un solo individuo o grupo de individuos con poder creador de derecho y fuente única del poder político que garantice la cohesión y el carácter unitario de la nación¹⁹.

Para THOMAS HOBBS, la igualdad generada por la liberación de los derechos de las gentes, genera un peligro inminente, pues después de tan rezagado encierro, los intereses de cada uno de ellos terminarían poniendo en peligro la vida de los seres humanos. Ante esa encrucijada lo más conveniente, es entregar sus intereses a un tercero, el Leviatán, quien se encargará de cuidar los intereses de los demás. El Leviatán concentra entonces el poder coercitivo del Estado, así como la capacidad creadora de derecho y la potestad de solucionar los conflictos que surgen entre los súbditos. De esta manera, derecho y estado se relacionan de manera necesaria, y el único derecho es el creado por el Estado, que es el único que tiene poder creador de derecho y el único que puede juzgar y ejecutar los mandatos legales haciendo uso del monopolio del poder coercitivo del que dispone.

Los estudiosos dogmáticos del derecho y la filosofía política más contemporáneos, desde FRIEDRICH HEGEL (1770) entre los que mencionamos a FRIEDRICH KARL VON SAVIGNY (1779-1861), JHON AUSTIN (1790-1857) HERBERT LIONEL ADOLPHUS HART (1907-1992), KARL MARX (1818-1883), HANS WEZLEL (1904-1977), HANS Kelsen (1861-1973), MANUEL ATIENZA (1951-), LUIS RECASENS SINCHES (1902-1977) y EDUARDO GARCÍA MAYNEZ (1908-1993), abordan el tema desde muchas esferas, unas filosóficas, otras jurídicas, para mencionar el concepto del poder unívoco del Estado. En la escuela de Viena, Kelsen advierte que el Estado no es otra cosa que el conjunto de normas jurídicas expedidas por aquel que tiene poder creador de derecho. En el estado, que es el derecho, radica la soberanía. en tanto que supremo, el sistema jurídico excluye cualquier otro sistema normativo; no sería supremo si existiera otro ordenamiento normativo superior o del mismo nivel que le hiciera competencia²⁰.

GUNTHER TEUBNER dice:

19 HANS Kelsen. *Teoría general de la ley y del Estado*, México D. F., UNAM, 1998.

20 Ídem.

... de acuerdo con lo que denominare la ideología del centralismo jurídico, el derecho es y debería ser el derecho del estado, uniforme para todas las personas, excluyente de cualquier otro tipo de derecho y administrado por un conjunto único de instituciones estatales²¹.

El derecho, desde este punto de vista, es concebido como un sistema jerárquico, sistematizado y codificado de normas que deben su validez al designio soberano o a una norma fundamental. todo lo que se encuentra por fuera de este esquema, o no puede ser reducido a él, es un hecho, pertenece al dominio de las cosas de los objetos, y no puede alcanzar nunca un estatus de juridicidad, "no es derecho, solo hechos", concluye TEUBNER²².

Por otro lado, la tendencia al pluralismo surge como la posibilidad de ensanchar los horizontes mentales y dejar a un lado las visiones del derecho desconectadas de la vida social. RUDOLF VON IHERING, lo había hecho a finales del siglo XIX, con la jurisprudencia de intereses, el realismo jurídico y el uso alternativo del derecho²³.

ANDRÉ J. HOEKEMA plantea que el pluralismo converge el respeto a la diversidad social desde el derecho y que obedece a dos exigencias diversas. Por un lado, a lo que se llamaría un imperativo de la construcción del conocimiento y por otro, a una reivindicación del reconocimiento de lo plural como elementos insoslayables de las sociedades democráticas contemporáneas, y por ello de sus derechos²⁴.

El profesor mexicano JESÚS ANTONIO DE LA TORRE, manifiesta que el pluralismo jurídico consiste en las diversas manifestaciones y fuentes que tiene el derecho.

se comienza por negar que el Estado sea, a través de su normatividad y complejidad institucional, el centro único del poder político y la fuente de origen y exclusiva de la producción del derecho.

Que implica que el derecho este mas de una vez dentro de un mismo contexto²⁵.

21 GUNTHER TEUBNER. *La ley y sociedad*, 1997.

22 Ídem.

23 RUDOLF VON IHERING. *El fin del derecho*, 2.ª ed., Madrid, Comares, 2011.

24 HOEKEMA. "Hacia un pluralismo jurídico formal e igualitario", cit.

LA PRAXIS DEL PLURALISMO JURÍDICO

Concretamente en el caso de Colombia el reconocimiento del pluralismo jurídico en su constitución de 1991, ha marcado una nueva simbología interpretativa.

La adherencia de varios artículos y su reconocimiento constitucional, sin duda logran alterar algunas situaciones interesantes que sirven de marco lógico y teórico para entender los efectos de sistemas normativos pluralistas.

Caso similar sucede con la constitución ecuatoriana de 2008 celebrada en Montecristi, la cual imprime el reconocimiento del pluralismo jurídico, siendo este uno de los elementos más importantes del nuevo estado constitucional de derechos.

La materialización de este principio constitucional recae en varias comunidades beneficiarias las cuales eran marginales hasta hace algunos años. Algunas de ellas son sin duda las comunidades campesinas e indígenas, de igual manera a las comunidades afrodescendientes y pueblo gitano a quienes el pluralismo les dio el reconocimiento jurídico como pueblos autónomos para que se rijan por sus propias costumbres, autoridades y establecimientos.

Como lo advierte ÁNGEL OQUENDO, los pueblos indígenas, optan por convivir dentro de un mismo territorio o país, y buscan se les respete los principios de igualdad y diferencia. Estas comunidades gozarían de los derechos tanto como ciudadanos nacionales, como también del derecho a la autodeterminación de sus pueblos, podrían integrarse a la sociedad que habitan, sin tener que sacrificar su identidad, sin contrapartida alguna. Están en condiciones óptimas para contribuir espléndidamente a una república pluralista²⁶.

El artículo séptimo constitucional da plataforma institucional a una diversidad étnica y cultural de la Nación, corolario de los tratados y convenios internacionales, como el Convenio 107 de 1957 de la OIT, relativo a la protección de las poblaciones indígenas, el pacto

25 JESÚS ANTONIO DE LA TORRE RANGEL. *El derecho que nace del pueblo*, Bogotá, ILSA, 2004.

26 ÁNGEL R. OQUENDO. *Democracia y pluralismo*, México D. F., Fontamara, 2004.

internacional de los derechos económicos, sociales, culturales, civiles y políticos, acogido en nuestra legislación interna mediante la Ley 74 de 1968, el Convenio 169 de 1989 de la OIT, acogido por la Ley 21 de 1991, sobre pueblos indígenas y tribales en países independientes y una serie de tratados y convenios que le han ido dando identidad al nuevo concepto de pluralismo.

El desarrollo del pluralismo jurídico ha ido avanzando de manera lenta pero segura. Cada día recobra más importancia y cada vez se reconoce con mayor ahínco, sus normas y desarrollo jurisprudencial.

Actualmente los estados asumen una jurisdicción ordinaria que se aplica a todos los ciudadanos del país. De igual manera, reconocen jurisdicciones especiales con sus propios métodos y procedimientos y finalmente, establecen un estado unitario que coordina y controla las dos jurisdicciones, es decir, delegan una autonomía pero limitada a las normas nacionales.

El pluralismo jurídico implica la vigencia de varios órdenes normativos o sistemas de derechos que tiene como característica el ser diferentes y complementarios como veremos. La legislación general, aplicable a todos los nacionales, y en tal virtud a miembros de pueblos indígenas considerados individualmente en su calidad de ciudadanos, gozan de todos los derechos y están sujetos a similares obligaciones de similares nacionales, es decir, estamos hablando de la aplicación del derecho general, con un relativo grado de educación cultural.

La legislación especial indígena, que se ha desarrollado como una medida de discriminación positiva, favorecedora del principio de igualdad y que está compuesta por los convenios y tratados internacionales, que versan sobre los derechos de los pueblos indígenas y demás grupos étnicos y por normas constitucionales, legales y reglamentarias, establecen un conjunto de derechos y garantías especiales, en beneficio de los pueblos indígenas, apelando a la realidad de las diferencias culturales, existentes entre la cultura mayoritaria y las culturas originarias.

Y finalmente, los sistemas jurídicos propios que constituyen sistemas de derechos reconocidos constitucionalmente, y en esa medida, válidamente aplicables a comunidades campesinas, los cuales están integrados por las normas, instituciones, usos, costumbres, pro-

cedimientos y métodos de control y regulación social propios de la tradición cultural de cada uno de los pueblos, implícitos en su historia cultural, en sus sistemas de parentesco, formas de propiedad, uso, aprovechamiento y conservación de sus territorios.

Estos sistemas jurídicos se caracterizan por poseer concepciones particulares del derecho, la justicia, la autoridad, el poder y la representación, mediadas por instituciones culturales, propias y determinadas por los principios de armonía social y espiritual con la naturaleza, cuya principal fuente, en la historia cultural propia contenida en las palabras y en la memoria de los ancianos.

La pregunta que inmediatamente surge es si existe o no la posibilidad de establecer principios y prácticas de coexistencia y de convivencia entre estas diferentes concepciones de justicia y de derecho, de neoconstitucionalismo y multiculturalismo. La premisa debe arrancar diciendo que dichos sistemas no son términos necesariamente excluyentes, más bien son mecanismos de articulación entre las distintas tradiciones jurídicas y el nuevo orden nacional que deben encuadrarse en el esquema constitucional, de tal forma que convivan en un mismo orden de manera autónoma, pero de manera interrelacionada.

En la búsqueda por identificar en la práctica como sería tal articulación he explorado algunos casos concretos en América Latina y en nuestro país, a fin de observar si hay o no materialidad de estos derechos y principios que en teoría se ven bastante halagadores pero que aún tiene una fuerte impacto en las directrices institucionales de los mismos estados promulgadores de los derechos y principios constitucionales.

PRIMER CASO: SAN JOSÉ BOJA HIDALGO, MÉXICO, 1992

La juridicidad del pueblo vs. la juridicidad vigente. El autor mexicano JESÚS ANTONIO DE LA TORRE, trae a colación tres casos internacionales sobre pluralismo y alteridad, en algunos pueblos indígenas y algunas comunidades campesinas. La juridicidad a nivel de conciencia y en la instancia organizativa, de comunidades indígenas, revelan una nueva concepción jurídica que nace del propio pueblo y que constituye una alternativa respecto de la juridicidad del sistema vigente.

El caso se refiere a la ocupación de un grupo de campesinos en la hacienda San José Boja, abandonada por sus dueños en la localidad de Atitalaquia, México. Los campesinos decidieron cultivar las tierras junto con sus hijos y familias y lograron de alguna manera alguna estabilidad social.

Con posterioridad aparece un heredero dueño de las fincas ocupadas por los campesinos y reclama las tierras como propias, ajustando su reclamo a un marcado sentido legalista de derecho, es decir, con sustento en que por títulos de dominio es el dueño y que reclama su justo derechos sobre las tierras. Los campesinos ante este reclamo, que de plano ya es injusto para ellos, apelan a sus fuentes históricas para reclamar sus derechos y justifican su permanencia en las tierras, basados en que sus padres y abuelos habían cultivado las mismas tierras y que en herencia a un derecho alternativo, no legal, y a su trabajo (por las han hecho producir), las tierras también les pertenecen. La tierra es de quien la trabaja versus, la tierra es de quien tiene título²⁷.

SEGUNDO CASO: LOS MAPUCHES, CHILE, 1979

Un Decreto Ley (22 de marzo de 1979) incorpora a la comunidad indígena de los Mapuches a la chilenidad, otorgándoles derechos y responsabilidades iguales a los de toda la población. Después del golpe de Estado en 1973 el gobierno de dictadura reprimió fuertemente a la población indígena de los Mapuches, una comunidad que a lo largo de la historia ha resistido sangrientamente, a su exterminio.

El decreto otorga una redistribución agraria de tierras y permite la división de las tierras entre sus comuneros. De igual manera el decreto permite que dichas tierras puedan servir de garantía para cualquier clase de préstamo estatal. Al igualarlos con la población normal de Chile, y tratarlos con iguales derechos, el indígena pierde su calidad de tal y por ende se sientan las bases para su exterminio definitivo. Este es un caso típico dice DE LA TORRE, de que la juridicidad moderna establece una igualdad abstracta e irreal, sin fijarse

27 DE LA TORRE RANGEL. *El derecho que nace del pueblo*, cit.

en la desigualdad concreta y real del hombre. La tierra no es para el Mapuche un valor de cambio ni una garantía hipotecaria, es la base de su sustento, de su cultura y de su autonomía étnica, de aquí que mantengan sus tierras en régimen de propiedad común y se hayan resistido siempre a la división de las mismas²⁸.

TERCER CASO: LOS U'WA, COLOMBIA, 1997

Un pueblo indígena colombiano, amenazan con un suicidio colectivo porque el Gobierno nacional, otorgó una licencia para la explotación de hidrocarburos en su territorio. Una acción de tutela instaurada por el defensor del pueblo, promueve el pronunciamiento más claro del reconocimiento del pluralismo jurídico en territorio colombiano y una antecedente jurídico, muy importante para los derechos indígenas. La Corte Constitucional, con Ponencia del Magistrado ANTONIO BARRERA CARBONEL, afirmó en dicha ocasión:

La Corte había considerado que la comunidad indígena ha dejado de ser una realidad fáctica y legal para ser sujeto de derechos fundamentales; es decir, que éstos no sólo se predicen de sus miembros individualmente considerados, sino de la comunidad misma que 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”. [Posteriormente aclara que:] La idea central que se debe tener presente es que las diferentes jurisdicciones, dentro de sus respectivas competencias, concurran a la realización del postulado constitucional de la efectivización, eficacia y vigencia de los derechos constitucionales fundamentales²⁹.

La tutela prospera y deciden pedir autorización y consulta a la comunidad indígena antes que la multinacional ingrese a su territorio en la búsqueda de hidrocarburos, licencia que había sido avalada por el gobierno colombiano.

28 CRISTIAN VIVES. “Mapuches: un pueblo amenazado”, *Revista Mensaje*, n.º 278, mayo de 1979.

29 Sentencia SU-039/97, M. P.: ANTONIO BARRERA CARBONEL.

CUARTO CASO: COMUNIDAD INDÍGENA PAEZ, COLOMBIA, 1997

De igual manera, pero bajo otra connotación distinta la honorable Corte Constitucional de Colombia, expide otra brillante joya doctrinal sobre derechos indígenas, mediante la Sentencia T-523 de 1997, en donde niega un amparo de tutela a un indígena Paez, por violación al debido proceso, a la vida y la igualdad.

Un indígena Paez, había sido juzgado por su comunidad y había sido condenado por sus autoridades a 60 fuetazos, es decir a la flagelación pública. El indígena que cree que dicho acto, va en contra de sus derechos humanos y que atenta contra su dignidad, decide acudir a la autoridad estatal para que por vía de tutela, le amparen sus derechos fundamentales reconocidos a todo ciudadano colombiano en la carta política de 1991.

En dicha ocasión la honorable Corte sostuvo:

El Estado tiene la especial misión de garantizar que todas las formas de ver el mundo puedan coexistir pacíficamente, labor que no deja de ser conflictiva, pues estas concepciones muchas veces son antagónicas e incluso incompatibles con los presupuestos que él mismo ha elegido para garantizar la convivencia. En especial, son claras las tensiones entre reconocimiento de grupos culturales con tradiciones, prácticas y ordenamientos jurídicos diversos y la consagración de derechos fundamentales con pretendida validez universal. Mientras que una mayoría los estima como presupuestos intangibles, necesarios para un entendimiento entre naciones, otros se oponen a la existencia de postulados supraculturales, como una manera de afirmar su diferencia, y porque de acuerdo con su cosmovisión no ven en ellos un presupuesto vinculante.

Advierte a demás el reconocimiento a las autoridades indígenas cuando afirma:

Los límites mínimos que en materia de derechos humanos deben cumplir las autoridades indígenas en el ejercicio de sus funciones jurisdiccionales responden, a juicio de la Corte, a un consenso intercultural sobre lo que verdaderamente “resulta intolerable por atentar contra los bienes más preciosos del hombre”, decir, el derecho a la vida, la prohibición de la esclavitud, la prohibición de la tortura y, por expresa exigencia constitucional, la legalidad en el procedimiento, en los delitos y en las penas (entendiendo por ello, que todo juzgamiento deberá hacerse conforme a las normas y procedimientos de la comunidad indígena, atendiendo a la especificidad de la organización

social y política de que se trate, así como a los caracteres de su ordenamiento jurídico). Estas medidas se justifican porque son “necesarias para proteger intereses de superior jerarquía y son las menores restricciones imaginables a la luz del texto constitucional”.

Y finaliza con un contundente interpretación de un verdadero reconocimiento material del pluralismo cuando deniega la tutela al accionante afirmando que no existe degradación ni violación del debido proceso por cuanto la cosmogonía de la comunidad indígena obedece a otro paradigma cultural.

El fueite consiste en la flagelación con “perrero de arriar ganado”, que en este caso se ejecuta en la parte inferior de la pierna. Este castigo, que se considera de menor entidad que el cepo, es una de las sanciones que más utilizan los paeces. Aunque indudablemente produce aflicción, su finalidad no es causar un sufrimiento excesivo, sino representar el elemento que servirá para purificar al individuo, el rayo. Es pues, una figura simbólica o, en otras palabras, un ritual que utiliza la comunidad para sancionar al individuo y devolver la armonía. En este caso, y al margen de su significado simbólico, la Corte estima que el sufrimiento que esta pena podría causar al actor, no reviste los niveles de gravedad requeridos para que pueda considerarse como tortura, pues el daño corporal que produce es mínimo. Tampoco podría considerarse como una pena degradante que “humille al individuo groseramente delante de otro o en su mismo fuero interno”, porque de acuerdo con los elementos del caso, esta es una práctica que se utiliza normalmente entre los paeces y cuyo fin no es exponer al individuo al “escarmiento” público, sino buscar que recupere su lugar en la comunidad³⁰.

QUINTO CASO: COMUNIDAD INGA APONTE, 2008

En Sentencia T-1026/08 la Corte ordena recluir en un centro carcelario de Popayán (Cauca) a dos indígenas juzgados por su jurisdicción. En esta nueva dicta jurisprudencial, la Corte reconoce a la jurisdicción indígena como una herramienta fundamental en la administración de justicia colombiana. Otorga la posibilidad de recluir en centros carcelarios del Estado a miembros de su comunidad garantizando el reconocimiento de su jurisdicción y además legalizando su reclusión³¹.

30 Sentencia T-523 de 1997, M. P.: CARLOS GAVIRIA DÍAZ.

31 Sentencia T-1026 de 2008, M. P.: MARCO GERARDO MONROY CABRA.

Vemos en los anteriores casos, como pues el pluralismo se va materializando cada vez más sin importar a que comunidad se pertenezca, sin decir que existe per se, un matrimonio institucional entre el Estado y las comunidades indígenas. La etnia de los Pastos que ha sido afectada no solo por los cambios normativos del Estado, sino además, por un continuo marginamiento por otros factores, entre muchos el de la violencia y desplazamiento, ha mantenido arraigados sus usos y costumbres, pretendiendo reivindicar su derecho constitucional a ejercer su propia autoridad sobre sus comunidades. La lucha por demostrar la existencia de un espacio discursivo, político y jurisdiccional, incrementa la lucha por retornar a los ancestros costumbristas, ahora en boga, sobre volver hacia “la pacha mama”³² a su centro, al origen mismo del hombre. esta lucha desde su cosmogonía, busca demostrar que sus costumbres han sabido sobrellevar elementos necesarios para la conformación de un verdadero convenio social y que sus autoridades han buscado de alguna manera, generar espacios de socialización tendientes a una organización propia, con autoridad ejecutiva y judicial.

Con base en las consideraciones precedentes, según MARTÍN TENGANÁ, líder comunitario indígena, una caracterización esquemática de las formas jurídicas de los derechos étnicos, tendría la siguiente aproximación: Son un sistema, poseen practicas regulatorias, procedimientos preventivos y resolutorios del conflicto, normas tacitas de estricto cumplimiento, mecanismos de reproche, sanción y rehabilitación y formas de indagación, precedidas todas de concepción filosóficas o formas de pensamiento, objetivamente delimitadas, producidas y aceptadas colectivamente³³.

La pregunta ahora a hacerse es ¿existe un verdadero pluralismo jurídico y material? Habrá de interrogarse hacia el futuro teniendo en cuenta las anteriores consideraciones y buscando cada vez más, que el proceso de etnoculturalidad y pluralismo se acentúe en procura de buscar mecanismos de mejor convivencia social y armónica de nues-

32 Diosa Inca. La madre Tierra. Tenía un culto muy extendido por todo el imperio pues era la encargada de dar fertilidad a la tierra.

33 MARTÍN TENGANÁ. *Justicia comunitaria indígena: Una mirada desde la reivindicación del pueblo indígena de los Pastos*, Bogotá, Red de Justicia Comunitaria, 2005.

tro pueblos hermanos. Pero esto será fruto del proceso investigativo, en derredor de mi tesis doctoral la cual se está construyendo, pero anticipo estas breves consideraciones doctrinales, dogmáticas y jurídicas en relación con este apasionante tema aunado a nuevos conceptos que circulan en el nuevo orden mundial como el de las comunidades transnacionales, que según Kearney, es proceso en construcción con el rompimiento de fronteras y muchas veces a la no sujeción de estos miembros al Estado-nación, que son una especie de estados pluralistas³⁴.

BIBLIOGRAFÍA

- ALEX, ROBERT. *Teoría de los derechos fundamentales*, Madrid, Centro de Estudios Constitucionales, 2008.
- ARIZA, LIBARDO JOSÉ. *Derecho, saber e identidad indígena*, Bogotá, Universidad de los Andes y otras, 2009.
- BESSERER, FEDERICO. "Estudios transnacionales y ciudadanía transnacional", en GAIL ROBERTA MUMMERT FULMER (ed.). *Fronteras fragmentadas*, Zamora, Colegio de Michoacán-CIDEM, 1999.
- CARLOSAMA, S. B. y J. J. MAYA TOBAR. *Los mitos, leyendas, costumbres y actividades como una estrategia pedagógica para el aprendizaje del español y la literatura*, Guachucal, 1994.
- CASTILLEJO, JOSÉ. *Historia del derecho romano: Políticas, doctrina, legislación y administración*, Madrid, Dykinson, 2004.
- COSER, LEWIS A. *Las funciones del conflicto social*, New York, The Free Press, 1956.
- DE LA TORRE RANGEL, JESÚS ANTONIO. *El derecho que nace del pueblo*, Bogotá, ILSA, 2004, disponible en [<http://ilsa.org.co:81/node/209>].
- FALCÓN Y TELLA, FERNANDO. "Hacia un nuevo orden mundial, el fenómeno de la globalización", en *Revistas Científicas Completenses*, Anuario de Derechos Humanos, Nueva Época, vol. 8, 2007, disponible en: [www.revistas.ucm.es].
- GINER, SALVADOR. *Historia del pensamiento social*, Barcelona, Ariel, 2008
- GÓMEZ VALENCIA, HERINALDY. *Justicias indígenas andinas*, Popayán, Universidad del Cauca, 2008.

34 MICHAEL KEARNEY y CAROLE NAGENGAST. "Anthropological Perspectives on Transnational Communities in Rural California", *Working Group on Farm Labor and Rural Poverty*, n.º 3, California, California Institute for Rural Studies, 1989.

- GONZÁLEZ, JORGE IVÁN. *Pluralismo, legitimidad y economía política*, Bogotá, Externado y Universidad Nacional, 2008.
- GRANDA PAZ, OSWALDO. *Aspectos de cultura popular en el sur colombiano*, Barranquilla, Editorial Travesías, 2010.
- GRIMSON, ALEJANDRO. *Los límites de la cultura. Crítica de las teorías de la identidad*, Buenos Aires, Siglo XXI, 2011.
- GROS, CRISTIAN. *Derechos indígenas y nueva Constitución en Colombia*, Bogotá, Instituto de Estudios Políticos y Relaciones Internacionales, Universidad Nacional, disponible en [www.iepri.org/portales/anpol/19.pdf], mayo-agosto de 1993.
- GUERRERO DÁVILA, JAIRO ALBERTO. *Continente Americano. Pueblos indígenas de Nariño*, Pasto, Subsecretaría de Desarrollo Comunitario, Gobernación de Nariño, 2011.
- HOEKEMA, ANDRÉ J. "Hacia un pluralismo jurídico formal de tipo igualitario", *El Otro Derecho*, n.ºs 26 y 27, abril de 2002, Bogotá, ILSA, disponible en [<http://ilsa.org.co:81/biblioteca/dwnlds/od/elotrdr026-27/elotrdr026-27-03.pdf>].
- KEARNEY, MICHAEL y CAROLE NAGENGAST. "Anthropological Perspectives on Transnational Communities in Rural California", *Working Group on Farm Labor and Rural Poverty*, n.º 3, California, California Institute for Rural Studies, 1989.
- KELSEN, HANS. *¿Qué es la Justicia?*, México D. F., Fontamara, 2004.
- KELSEN, HANS. *Teoría general de la ley y del Estado*, México D. F., UNAM, 1998.
- KELSEN, HANS. *Democracia y pluralismo*, México D. F., Fontamara, 2004.
- KIMLIKA, WILL. *Estado, naciones y culturas*, Córdoba, Almuzara, 2004.
- OQUENDO, ÁNGEL R. *Democracia y pluralismo*, México D. F., Fontamara, 2004.
- PADILLA, IGNACIO. *La isla de las tribus perdidas*, Madrid, Editorial Debate, 2010.
- PIERRÉ-CAPS, STÉPHANE; JACQUES POUMARÈDE y NORBERT ROULAND. *Derecho de la minorías y de los pueblos autóctonos*, México D. F., Siglo XXI, 1999.
- PLATÓN. *La República*, Madrid, Alianza Editorial, 2005.
- POMA DE AYALA, FELIPE GUAMÁN. *Nueva crónica y buen gobierno*, vol. 1, 2.ª ed., México D. F., Siglo XXI, 1988.
- ROUSSEAU, JEAN JAQUES. *El contrato social*, Libro III, Valladolid, Ed. Maxtor, 2008.
- SALGADO, JUDITH. *Justicia indígena: aportes para un debate*, Quito, Universidad Andina Simón Bolívar, Embajada Real de los Países Bajos y Abya-Yab, 2002.

SÁNCHEZ, ESTHER. "Aproximación desde la antropología jurídica a la justicia de los pueblos indígenas", en BOAVENTURA DE SOUSA SANTOS y MAURICIO GARCÍA VILLEGAS. *El caleidoscopio de las justicias en Colombia*, t. II, Bogotá, Siglo del Hombre Editores y Universidad de Los Andes, 2001.

TENGANÁ, MARTÍN. *Justicia comunitaria indígena: Una mirada desde la reivindicación del pueblo indígena de los Pastos*, Bogotá, Red de Justicia Comunitaria, 2005.

TIRADO ACERO, MISAEL. "La sociología jurídica desde sus fundamentos sociológicos", en *Prolegómenos, Derechos y Valores*, vol. XIII, n.º 25, enero de 2010, Universidad Nueva Granada.

VON IHERING, RUDOLF. *El fin del derecho*, Madrid, Comares, 2008.