

Dilia Lozano Suarez*

Crítica de la noción de sujeto desde la teoría de sistemas de Niklas Luhmann: una aproximación a las penas corporales de las comunidades indígenas en Colombia

Fecha de Recepción: 02 de Diciembre 2009

Fecha de aprobación: 25 de Enero 2010

RESUMEN

Las preguntas que guiarán este artículo son: ¿La concepción clásica de *sujeto* permite la construcción, por parte del derecho, de la categoría de *dignidad humana* en la aplicación de las penas corporales en las comunidades indígenas? ¿Las caracterizaciones que ha elaborado la Corte Constitucional en este punto permiten una definición coherente con el sistema de derechos fundamentales? La concepción de sujeto que heredamos de la modernidad y que es utilizada en las teorías clásicas del derecho limita el análisis del ser humano al marco de las relaciones con los sistemas sociales. Una teoría donde la diferencia entre sistema y entorno es el punto de partida, permite ver cómo la autonomía de los sistemas y la flexibilidad del entorno aportan a la construcción de los sistemas autopoéticos. Así, en las sentencias de la Corte Constitucional en las que se consideran por vía de tutela que las penas corporales son admisibles por el sistema jurídico colombiano, la definición de dignidad humana no apareció de manera muy clara, y se recurrió, por el contrario, a razonamientos fácticos.

Palabras claves: Sujeto, teoría de sistemas, complejidad, dignidad humana, Niklas Luhmann, Corte Constitucional, penas corporales, sistema y entorno, diversidad cultural y derechos y moral.

ABSTRACT

The questions that guide this article are: Does the classic conception of the subject allow for the construction of the category of human dignity on the part of the law in regards to the application of corporal punishment in indigenous communities? Have the propositions developed by the Constitutional Court on this point permitted a coherent definition of human dignity within the system of fundamental rights? The conception of the subject that we have inherited from modernity and that is utilized in classic legal theory limit the analysis of the human being to its relations with social systems. Thus, in the Constitutional Court, in decisions where *tutela* procedures have determined corporal punishment to be admissible in the legal system, the definition of human dignity does not appear in a clear way and factual reasoning is relied upon. Our point of departure is a theory that permits a view of how the autonomy of systems and the flexibility of their outsides contribute to the construction of systems of autopoesis.

Key words: Subject, systems theory, complexity, human dignity, Niklas Luhmann, Constitutional Court, bodily punishment, system and outside, cultural diversity, rights and morals.

* Es abogada de la Universidad de Los Andes. Realizó estudios de filosofía y una opción en economía en la misma Universidad. En este momento se desempeña como abogada en la firma Reyes Abogados Asociados. e-mail: diliapaz@hotmail.com.

INTRODUCCIÓN

La lectura de este documento se debe hacer, sobre todo, con mucha paciencia, ya que la presentación de las definiciones, las cuales tienen vocación de claridad, no se hace bajo el esquema tradicional jerárquico, sino que, por el contrario, pretende hacer honor al método mismo que utilizó Luhmann para la creación de su sistema de pensamiento. Cada una de las definiciones de su teoría conducía a la otra como una especie de red; cada definición es un punto de entendimiento para todas las demás. Sin embargo, aunque fue una idea inicial, así como una tarea que considero debe realizarse, este documento no pretende ser una introducción a la teoría de Luhmann. Su propósito es el de dar a los postulados de su teoría un alcance práctico en un caso jurisprudencial que no se ha resuelto de la mejor manera debido a la complejidad del mismo y a la forma en la que se ha abordado. También, busca hacer una crítica, en la que se ha centrado la mayor cantidad de páginas de este texto, a nociones teóricas que parecen ser inamovibles y que se dictan con total seguridad en las clases de introducción al derecho y a la teoría jurídica y que después a muy pocos estudiantes les interesa, sin darse cuenta de que a partir de ellas es que se construyen muchas de las nociones que usamos en el ejercicio profesional y, sobre todo, en nuestra vida diaria.

Este ejercicio teórico de presentar las categorías y relacionarlas con un problema jurisprudencial colombiano no pretende ser un acomodamiento, en el sentido de adaptar teorías a nuestra realidad; todo lo contrario, creo firmemente que la academia colombiana debe pensar por sí misma la manera de solucionar nuestros problemas, pero lo anterior no excluye que las aproximaciones teóricas de otras latitudes puedan aportar semánticas que podamos reinterpretar y a las cuales dar un sentido útil para nuestras propias preocupaciones sociales y teóricas, o, simplemente, se conviertan en puntos de referencia, ya que los problemas dejan de ser locales y son cada vez más de todos los ciudadanos del mundo.

Las preguntas que guiarán a esta investigación son: ¿La concepción clásica de *sujeto* permite la construcción, por parte del derecho, de la categoría de *dignidad humana* en el tema de la aplicación de las penas corporales en la comunidades indígenas?, ¿las caracterizaciones que ha elaborado la Corte Constitucional en este punto permiten una definición coherente con el sistema de derechos fundamentales?

La primera aproximación que haremos tiene el fin de identificar las soluciones que se han dado en este sentido, desde el punto de vista constitucional. Luego, nos centraremos en la crítica que hace Luhmann a la concepción de *sujeto*, porque, como veremos, al momento de hablar de dignidad humana debemos evitar tratarla como una categoría abstracta objetivizada, para abordar una perspectiva más abarcadora en la que no se dogmatice al ser humano, sino que se considere su ser biológico y psíquico. Por otra parte, la categoría de *persona*, la cual definimos como creación de la sociedad, nos dará las luces para comprender a un ser humano, lejos de los

condicionamientos morales y, como esta última es la que se encarga de coordinar las relaciones entre el sistema social y las relaciones entre los seres humanos, muy lejos de la tesis de que esta puede fundamentar el derecho, sino desde una perspectiva más abarcadora que no condicione al ser humano a un esquema de conceptos que le otorgue características epistemológicas específicas mediante un discurso ideológico, sino que por el contrario considere al ser humano como una unidad integral que incluya a su ser biológico y psíquico.

La presentación de esta investigación inicia con el contexto constitucional. La Corte Constitucional colombiana por mandato legal, tiene la función de resolver los casos en los que se invoque, por vía de tutela, la violación de un derecho fundamental, atendiendo a la premisa de que la diversidad de los pueblos indígenas representa un valor que el Constituyente primario decidió proteger. Por otra parte, la prohibición de tortura y tratos degradantes, postulada en los tratados Internacionales, forma parte del bloque de constitucionalidad.

Así, nuestra primera aproximación será a la manera en que la Corte ha desarrollado el principio de 'diversidad cultural', que es el soporte de la autonomía de los pueblos indígenas. La aplicación de las penas corporales se ha defendido, principalmente, bajo el argumento de que existe diversidad cultural y que, por lo tanto, el sistema jurídico colombiano no puede violar ese derecho que se le concedió a las comunidades indígenas. En este punto es importante aclarar que, a pesar de que se reconoce un pluralismo jurídico en sentido débil (Bonilla, 2006, p. 35), en tanto se reconocen los usos y las costumbres de las comunidades en el proceso de la Post-colonia, dichos usos y costumbres están limitados por el sistema jurídico estatal-. La Corte se ha inclinado por defender a las comunidades indígenas; inclusive, ha creado criterios de interpretación que le permitan a éstas mantener sus principios. Además, la Corte ha presentado definiciones de *cultura* y *etnia* de las que derivan los límites para decidir en este tipo de conflictos, de tal manera que la autonomía de los pueblos en estos asuntos se deduce del principio de diversidad cultural.

Por otra parte, la Corte ha considerado a las comunidades indígenas de manera comunitaria, esto quiere decir que, en cuanto a las relaciones con el sistema de derecho estatal, su protección se hace de manera colectiva, pero sus individuos gozan de los derechos y obligaciones de los ciudadanos colombianos. En este punto existe un problema porque un indígena no es un sujeto, es una persona para el derecho, que se encuentra en un contexto social diferente. El sistema del derecho también ha caracterizado a las comunidades indígenas y les ha entregado atributos con el fin de que desarrolleen la autonomía que se les concedió constitucionalmente.

La segunda aproximación al problema se aborda desde la teoría de los sistemas de Niklas Luhmann. A través de ella desarrollaremos las nociones de 'sistema' y 'entorno' y las relaciones de estas nociones con la moral. Si bien las teorías humanistas han partido de una concepción generalizante, éstas no han podido solucionar los problemas de los dogmatismos y de la exclusión de los seres humanos que no estén dentro de los discursos dominantes. Por eso una concepción que plantee ver a los seres humanos en su conjunto, es decir desde el punto de vista biológico y psíquico, y no como parte de los discursos, sino como los creadores de los mismos, podrá, por lo menos, desde una perspectiva epistemológica, ser un punto de partida para entender las

relaciones de los distintos sistemas sociales lo cual, para nuestro caso concreto, significa entender las relaciones entre la dignidad humana y la diversidad cultural, reflejadas en el sistema punitivo de los grupos indígenas. Si podemos ver que las interacciones de los miembros de la comunidad indígena están siendo permeadas por los sistemas de derechos reglamentados por las instituciones colombianas, es difícil sostener una visión exclusivamente protecciónista hacia el indígena; podríamos ver que a través de la comunicación entre los dos sistemas (comunidad indígena y sistema jurídico) los valores de los miembros de aquélla podrían estar cambiando.

1. CONTEXTO CONSTITUCIONAL DEL CONFLICTO DE PRINCIPIOS ENTRE LA DIGNIDAD HUMANA Y LA DIVERSIDAD CULTURAL DE LOS PUEBLOS INDÍGENAS

1.1. Fundamento constitucional de la autonomía de los pueblos indígenas

Con el fin de iniciar nuestro análisis del conflicto constitucional entre dignidad humana y diversidad cultural, debemos remitirnos a la fundamentación de la autonomía de los pueblos indígenas. La Constitución Política de Colombia reconoce como uno de los fines del Estado colombiano el respeto a la *diversidad cultural* de los pueblos indígenas, entendido a su turno como un derecho fundamental reconocido en tratados internacionales. Algunos aspectos que cubre este principio son los siguientes: la oficialidad local de los dialectos y lenguas de las minorías étnicas (artículo 10); la igualdad entre las culturas (artículos 171 y 176); su participación especial en el Senado y la Cámara de Representantes (artículo 246); el reconocimiento de una jurisdicción especial indígena; la configuración de los resguardos indígenas como entidades territoriales con autonomía administrativa y presupuestal y la capacidad para ser representadas judicial y extrajudicialmente (artículo 286). El reconocimiento de la diversidad cultural como principio constitucional se desarrolla en un ramillete de derechos, los cuales están amparados bajo las acciones legales correspondientes. Estos derechos cubren de manera integral aspectos culturales, políticos y jurídicos que les permitirán a las comunidades indígenas, desde la óptica de la Constitución de 1991, su supervivencia dentro del marco legal colombiano.

Por otra parte, en materia normativa, las leyes y decretos promulgados antes y después de la Constitución de 1991, entre ellos la ratificación del Convenio 169 de la OIT mediante la ley 21 de 1991, la ley 22 de 1981 que aprueba el Tratado Internacional sobre todas las formas de discriminación, la legislación concerniente a la administración de las tierras para uso agrario, la constitución de reservas naturales y la declaración de los resguardos indígenas, así como los decretos 2001 de 1988, 2164 de 1995 y las leyes 160 de 1994 y la 1152 de 2007, son el marco general que le permitirá a la Corte Constitucional decidir en los casos en los que se presente un conflicto de principios de igual jerarquía, como lo evidencia nuestro estudio de caso sobre las penas corporales, a saber, el conflicto entre el principio de 'diversidad cultural' y el principio de 'dignidad humana'.

En efecto, la Corte Constitucional se enfrenta a dos grandes dificultades con respecto al principio de 'diversidad cultural': por una parte, su generalidad conlleva a un alto grado de indeterminación y, por otra, es un principio altamente conflictivo con

otros principios constitucionales. En la sentencia T-346 de 1996, con ponencia del magistrado Carlos Gaviria Díaz, se desarrollan criterios para resolver los problemas que mencionamos anteriormente, que son acogidos en sentencias posteriores. En cuanto al primer problema, la sentencia nos remite a las ideas de *etnia* y *cultura*, definida la primera como característica subjetiva, y la segunda como objetiva. La Corte en la misma sentencia define los conceptos de *etnia* y *cultura*, los cuales me permitiré citar a continuación: la etnia es: “[...] la conciencia que tienen los miembros de su especificidad, es decir, de su propia individualidad a la vez que de su diferenciación de otros grupos humanos, y el deseo consciente, en mayor o menor grado, de pertenecer a él, es decir, de seguir siendo lo que son y han sido hasta el presente” (De Obieta, 1989, p. 43). Mientras que *cultura* se entiende de la siguiente manera: “[...] conjunto de creaciones, instituciones y comportamientos colectivos de un grupo humano. [...] el sistema de valores que caracteriza a una colectividad humana” (Ibíd, p. 38). Estas definiciones, junto con los principios establecidos legalmente, le permiten concluir a la Corte una regla para el intérprete: “[...] la de la *maximización de la autonomía de las comunidades indígenas* y, por lo tanto, la de la *minimización de las restricciones* indispensables para salvaguardar intereses de superior jerarquía. [...]”. En cuanto al segundo problema, la conflictividad del principio de diversidad cultural con otros principios constitucionales, la Corte dice que se debe hacer un ejercicio de ponderación en el que solo se debe restringir el principio de *diversidad cultural* cuando se cumplan dos condiciones: “a). Que se trate de una medida necesaria para salvaguardar un interés de superior jerarquía (v.g. la seguridad interna) y b). Que se trate de la medida menos gravosa para la autonomía que se les reconoce a las comunidades étnicas” (Sentencia T-349-1996. M.P: Carlos Gaviria Díaz). Para la Corte, el principio de *diversidad cultural* no es solo un reconocimiento en términos abstractos, sino que el respeto de la autonomía permite a las comunidades indígenas hacer viable su subsistencia.

En jurisprudencia posterior se precisaron los límites a la autonomía de las comunidades indígenas. La Sentencia T-009 de 2007, cuyo ponente es el magistrado Manuel José Cepeda, hace una recopilación de la jurisprudencia en la que se presentan los límites que se deben tener en cuenta en el momento de fallar en un eventual conflicto de principios:

La Corte ha abordado el tema de las limitaciones al ejercicio de la jurisdicción especial indígena en varias oportunidades¹. Uno de los primeros pronunciamientos sobre el tema se dio en 1994 cuando mediante sentencia T-254 se estableció que los límites a la jurisdicción indígena comprendían las normas de orden público, siempre que protegieran un valor constitucional de mayor peso que el principio de diversidad étnica y cultural. En esa sentencia se dijo:

7.1A mayor conservación de sus usos y costumbres, mayor autonomía.
La realidad colombiana muestra que las numerosas comunidades indígenas

¹ Ver entre otras, sentencias T-349 de 1996 MP: Carlos Gaviria Díaz; T-523 de 1997 MP: Carlos Gaviria Díaz; T-1022 de 2001 MP: Jaime Araujo Rentería. T-1127 de 2001 MP: Jaime Araujo Rentería; T-048 de 2002 MP: Álvaro Tafur Galvis; T-811 de 2004 MP: Jaime Córdoba Triviño; T-1294 de 2005 MP: Clara Inés Vargas Hernández.

existentes en el territorio nacional han sufrido una mayor o menor destrucción de su cultura por efecto del sometimiento al orden colonial y posterior integración a la “vida civilizada” (Ley 89 de 1890), debilitándose la capacidad de coerción social de las autoridades de algunos pueblos indígenas sobre sus miembros.

7.2 Los derechos fundamentales constitucionales constituyen el mínimo obligatorio de convivencia para todos los particulares.

Pese a que la sujeción a la Constitución y a la ley es un deber de todos los nacionales en general (CP arts. 4, 6 y 95), dentro de los que se incluyen los indígenas, no sobra subrayar que el sistema axiológico contenido en la Carta de derechos y deberes, particularmente los derechos fundamentales, constituyen un límite material al principio de diversidad étnica y cultural y a los códigos de valores propios de las diversas comunidades indígenas que habitan el territorio nacional, las que, dicho sea de paso, estuvieron representadas en la Asamblea Nacional Constituyente.

7.3 Las normas legales imperativas (de orden público) de la República priman sobre los usos y costumbres de las comunidades indígenas, siempre y cuando protejan directamente un valor constitucional superior al principio de diversidad étnica y cultural. La interpretación de la ley como límite al reconocimiento de los usos y costumbres no puede llegar hasta el extremo de hacer nugatorio el contenido de éstas por la simple existencia de la norma legal. El carácter normativo de la Constitución impone la necesidad de sopesar la importancia relativa de los valores protegidos por la norma constitucional –diversidad, pluralismo– y aquellos tutelados por las normas legales imperativas.

7.4 Los usos y costumbres de una comunidad indígena priman sobre las normas legales dispositivas. Esta regla es consecuente con los principios de pluralismo y de diversidad, y no significa la aceptación de la costumbre contra legem por tratarse de normas dispositivas. La naturaleza de las leyes civiles, por ejemplo, otorga un amplio margen a la autonomía de la voluntad privada, lo que, mutatis mutandis, fundamenta la prevalencia de los usos y costumbres en la materia sobre normas que sólo deben tener aplicación en ausencia de una autorregulación por parte de las comunidades indígenas.

La anterior posición ha sido matizada por la jurisprudencia de la Corte. En la sentencia T-349 de 1996² se estableció, en aras de maximizar la autonomía indígena, que los

² En la sentencia *T-349 de 1996 MP: Carlos Gaviria Díaz* la Corte conoció de un caso en el que interponía la tutela el indígena embera-chamí Ovidio González Wasorna en contra la Asamblea General de Cabildos en Pleno de la comunidad a la que pertenece y del Cabildo Mayor Único de Risaralda, por vulneración de sus derechos al debido proceso, a la defensa, a la vida y a la integridad física, consagrados en los artículos 29, 11 y 12 de la Constitución Política al haberlo condenado por el delito de homicidio primero a ocho años de prisión y después a veinte años de prisión en un procedimiento en el que no tuvo defensa ni se encontraba presente. Los problemas jurídicos que resolvió la Corte en dicha oportunidad fueron: i) ¿Cuáles son concretamente los límites que la Constitución impone al ejercicio de facultades jurisdiccionales por las autoridades

límites al ejercicio de la jurisdicción indígena se circunscriben a un núcleo duro de derechos, v.gr., el derecho a la vida, la prohibición de la esclavitud y la prohibición de la tortura, el respeto al debido proceso propio, apreciado en sus mínimos según la cosmovisión del pueblo indígena correspondiente y, en materia penal, la legalidad de los delitos y las penas:

A este conjunto de derechos habría que agregar, sin embargo, el de la legalidad en el procedimiento y, en materia penal, la legalidad de los delitos y de las penas, por expresa exigencia constitucional, ya que el artículo 246 taxativamente se refiere a que el juzgamiento deberá hacerse conforme a las "normas y procedimientos" de la comunidad indígena, lo que presupone la existencia de las mismas con anterioridad al juzgamiento de las conductas. Pero claro, la exigencia en este caso no puede ir más allá de lo que es necesario para asegurar la previsibilidad de las actuaciones de las autoridades; de otra manera, el requisito llevaría a una completo desconocimiento de las formas propias de producción de normas y de los rituales autóctonos de juzgamiento, que es precisamente lo que pretende preservarse.

Conforme a lo explicado anteriormente, los límites a las facultades jurisdiccionales indígenas, tratándose de un asunto meramente interno, son solamente el derecho a la vida, la prohibición de la esclavitud y de las torturas y una legalidad mínima, entendida funcionalmente como la existencia de reglas previas respecto a la autoridad competente, los procedimientos, las conductas y las sanciones, que permitan a los miembros de cada comunidad un mínimo de previsibilidad en cuanto a la actuación de sus autoridades (Sentencia T-349 de 1996 MP: Carlos Gaviria Díaz)³.

En una de las primeras sentencias de la Corte Constitucional que enfrenta uno de los problemas de diversidad cultural, se dijo que “el interés de la comunidad indígena posee una legitimación mayor, en la medida en que está sustentado en derechos fundamentales ampliamente protegidos por la Constitución” (Sentencia T-428 de 1992 MP Ciro Angarita Barón). En este caso, el resguardo indígena interpone una acción de tutela contra el consorcio que tenía a cargo la construcción de una carretera en medio de su territorio. La Corte falló a favor del resguardo.

de las comunidades indígenas, específicamente en el caso del juzgamiento de la conducta de uno de sus miembros contra otro, cuando ésta ha tenido lugar dentro del territorio de la comunidad respectiva? Y ii) si ¿Fueron rebasados estos límites en el caso objeto de la revisión? La Corte estableció que los límites al ejercicio de la jurisdicción indígena que tratan de asuntos internos comprenden derechos intangibles y son el derecho a la vida, la prohibición de la esclavitud y la prohibición de la tortura, el respeto a la legalidad del procedimiento y, en materia penal, la legalidad de los delitos y de las penas. Así resolvió que la comunidad ejerció las facultades jurisdiccionales que le atribuye la Constitución siguiendo estrictamente el procedimiento establecido en su ordenamiento jurídico. Sin embargo la jurisdicción sí se extralimitó en la imposición de la pena al no corresponder la misma con las que tradicionalmente se habían dado para el mismo tipo de conductas, por lo tanto, resolvió que “para garantizar el derecho del actor, pero también la autonomía de la comunidad para decidir sus asuntos, se dispondrá preguntarle a la comunidad si desea juzgar nuevamente al actor, imponiéndole una de las sanciones tradicionales, o si, por el contrario, prefiere que el caso sea resuelto por la justicia ordinaria”.

³ El resaltado es nuestro.

Otra de las características del principio de diversidad cultural es su carácter comunitario. Esta característica nos permite aproximarnos a la manera en que la jurisprudencia ha reconocido a las comunidades indígenas en su conjunto. Las reconoce en el marco de sus diferencias históricas, por eso no pueden ser equiparadas a una sociedad civil o comercial, cuya existencia está condicionada por la persecución de un fin determinado y que nace por el acuerdo de voluntades (según las teorías clásicas de formación de contratos), ni tampoco a los discursos racionales de formación de los Estados; por el contrario, y de conformidad con las teorías antropológicas en este sentido, la ligazón de este tipo de comunidades es la historia, las costumbres, su dinámica interna que les permite tener rasgos propios y distinguirse del resto de la sociedad. Por eso, la definición que ha sido utilizada por los tratados internacionales sobre derechos de las comunidades indígenas los define como pueblos, como sujetos del derecho internacional. En este punto, vale la pena mencionar que el concepto de *pueblo* generó ciertas preocupaciones por la implicación de un posible rompimiento de los Estados-Nación, a causa del surgimiento de reivindicaciones en pro de la separación de las entidades comunitarias auto asumidas como pueblos; en este sentido, en términos doctrinarios, se ha hecho una diferenciación entre *autonomía* y *autodeterminación* de la siguiente manera:

La separación entre autodeterminación y autonomía de continuo proviene que se identifica a la primera con el derecho a la independencia política y al establecimiento de un Estado nacional propio, mientras la segunda se reserva para los casos en que se aceptan ciertas facultades especiales (autogobierno, etcétera), pero sin acceder a la independencia estatal. Este enfoque limita arbitrariamente el derecho a la autodeterminación tan sólo a una de sus posibles formas concretas (en este caso, a la independencia estatal), lo que impide entonces concebir las demás formas particulares justamente como ejercicio de aquel derecho fundamental (Sánchez, 2004, p. 148).

En esta línea, el convenio 169 de 1989 de la OIT, considera a los pueblos indígenas como miembros de una comunidad nacional, es decir, que dicho reconocimiento representa una serie de limitaciones a su autonomía, entre ellas su sujeción a los derechos humanos, de modo que sus costumbres, instituciones propias y sistemas punitivos están subordinados a ser compatibles con los sistemas nacionales e internacionales. Así lo establece el artículo 8-2 del mencionado convenio: “Dichos pueblos deberán tener el derecho de conservar sus costumbres y tradiciones propias siempre que éstas no sean incompatibles con los derechos fundamentales definidos por el sistema jurídico nacional ni con los derechos humanos internacionalmente reconocidos”. Y el artículo 9-1 establece:

En la medida en que ello sea compatible con el sistema jurídico nacional y con los derechos humanos internacionalmente reconocidos, deberán respetarse los métodos a que los pueblos interesados recurren tradicionalmente para la represión de los delitos”. Para el convenio es muy claro el respeto que se le debe dar a los derechos humanos y los límites que debe tener la autonomía de los pueblos indígenas en el marco de los Estados-Nación. Así, bajo este contexto, podemos decir que las comunidades indígenas “son sociedades contemporáneas, no solo porque se sitúan en nuestro espacio nacional, sino porque de manera desigual pero inescapablemente comparten las características y las dificultades de nuestro tiempo (Sánchez, 2004, p. 145).

Por otra parte, en cuanto a la activación de la jurisdicción constitucional, llama la atención que sean los miembros de la comunidad indígena quienes utilizan este recurso para defenderse de las presuntas arbitrariedades de su propio sistema de juzgamiento, bajo el argumento de los derechos fundamentales, que es una categoría occidental. Desde el punto de vista antropológico, la investigadora Esther Sánchez (2004), acerca de la utilización de la tutela por miembros de las comunidades indígenas afirma lo siguiente:

El posible surgimiento de un mito de las tutelas hace parte de las tradiciones que se pueden considerar ‘inventadas’ como resultado de múltiples cambios que han sufrido estas sociedades. Se incorporan nuevos elementos a la cultura y esto no significa que estas sociedades pierdan su elemento ‘esencial’ o que dejen de ser indígenas como tal (Sánchez, 2004, p. 148).

Esa doble protección jurídica que cubre al indígena: por un lado, su calidad de ciudadano colombiano y, por la otra, su reconocimiento como indígena inmerso en sus tradiciones y principios, hace que pueda utilizar este recurso de conformidad a su criterio. Pero, en términos comunitarios, y nos apartamos un poco de la posición de la investigadora, decir que las comunidades indígenas y sus respectivos miembros no han perdido su esencia, nos abre el paso a una discusión de carácter epistemológico, en el sentido de que para hacer tal afirmación, tendríamos que definir de entrada cuál podría ser la mejor manera de aproximarnos a las relaciones que se construyen al interior de los miembros de la comunidad, cuál es el estado de su evolución interna y la manera en que se tejen las relaciones con el resto de la sociedad colombiana. Es el derecho el que tendrá la función, ya sea legitimado por principios morales o por su sistema interno, de proporcionar y/o articular los atributos jurídicos que les permitan a las comunidades indígenas las interacciones con el sistema jurídico y, en este caso, con el sistema de derechos fundamentales. A continuación vamos a desarrollar cada uno de los puntos que mencionamos anteriormente.

1.2. Caracterización jurídica de las comunidades indígenas

La Corte Constitucional considera que las comunidades indígenas son sujetos de protección para el derecho, en el que las ubica como titulares de derechos fundamentales, como lo expresó la sentencia T-380 de 1993, cuyo magistrado ponente fue Eduardo Cifuentes Muñoz, que me permito citar a continuación:

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 amparable 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. [...] 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 otorga, en el plano constitucional, personería sustantiva a las diferentes comunidades indígenas que es lo único que les confiere estatus para gozar de los derechos fundamentales y exigir, por sí mismas, su protección cada vez que ellos les sean conculcados (CP art. 1, 7 y 14).

Como primera característica nos enfrentamos a la definición de sujeto colectivo, en la que se reconoce a la comunidad indígena en su conjunto, la cual debe ser protegida por el marco legal. Esta protección se da de manera comunitaria, como sujeto colectivo, carácter que le otorga todas las garantías constitucionales. Pero desde el punto de vista epistemológico, la categoría de *sujeto* heredada de la modernidad es sólo la manera de aproximarse a las relaciones de derecho entre la comunidad indígena y el resto de la sociedad, sin que ello implique un reconocimiento de sus relaciones internas en éste y en otros ámbitos; esta categoría de *sujeto* alude, sobre todo, a las relaciones con el sistema occidental de derechos fundamentales, que se consagra en la Carta Política, porque el sujeto ha sido entendido en la tradición legal de manera diferente a la categoría de ser humano, y con ello se restringe la posibilidad de comprensión de los procesos gestados al interior de las comunidades como, por ejemplo, aquéllas que se producen con el uso de la acción de tutela contra las decisiones de la propia comunidad. Si partimos de una definición en la que los seres humanos son comprendidos de manera integral y no bajo definiciones que los ubiquen como categorías, en el sentido de ser analizados desde discursos teóricos, podremos ver cómo, a través de la comunicación, se construyen las definiciones jurídicas de los principios constitucionales, como lo veremos más adelante.

Adicionalmente, la Corte ha expresado otras características de las comunidades indígenas. Veamos:

La jurisprudencia constitucional ha determinado que la jurisdicción indígena tiene cuatro elementos i) la posibilidad de que existan autoridades judiciales propias de los pueblos indígenas; ii) la potestad de éstos de establecer normas y procedimientos propios; iii) el respeto a la Constitución y la ley dentro del principio de maximización de la autonomía; y iv) la competencia del legislador para señalar la forma de coordinación de la jurisdicción (Sentencia T-552/03 M.P. Rodrigo Escobar Gil).

De conformidad a lo anterior, también la Corte ha dicho que:

Los dos primeros elementos conforman el núcleo de autonomía otorgado a las comunidades indígenas—que se extiende no solo al ámbito jurisdiccional sino también al legislativo, en cuanto incluye la posibilidad de creación de ‘normas y procedimientos’—, mientras que los dos segundos constituyen los mecanismos de integración de los ordenamientos jurídicos indígenas dentro del contexto del ordenamiento nacional (Sentencia C-139/96 M.P. Carlos Gaviria Díaz).

En cuanto a los mecanismos de integración de los ordenamientos jurídicos indígenas que señala la mencionada sentencia podemos decir que no hay avances legislativos en este sentido; es el Consejo Superior de la Judicatura quien se ha encargado de resolver los conflictos de jurisdicción.

Así, en el marco de reconocimiento de la jurisdicción a los pueblos indígenas, la Corte ha dicho sobre el 'fuerro indígena' que:

[...] es el derecho del que gozan miembros de las comunidades indígenas, por el hecho de pertenecer a ellas, para ser juzgados por las autoridades indígenas, de acuerdo con sus normas y procedimientos. [...] Este reconocimiento se impone dada la imposibilidad de traducción fiel de las normas de los sistemas indígenas al sistema jurídico nacional y viceversa, lo cual se debe en buena medida a la gran diversidad de sistemas de resolución de conflictos por el amplio número de comunidades indígenas y a que los parámetros de convivencia en dichas comunidades se basen en concepciones distintas, que generalmente hacen referencia al "ser" más que al "deber ser", apoyados en una concepción integradora entre el hombre y la naturaleza y con un fuerte vínculo con el sistema de creencias mágico-religiosas (Sentencia C-139/96 M.P. Carlos Gaviria Díaz).

Después de la anterior descripción constitucional vamos a centrar nuestro análisis en el tema de las penas corporales. Si bien las comunidades indígenas tienen todo el soporte legal para imponer sus sanciones, que están legitimadas constitucionalmente, tal como lo analizamos anteriormente, la aplicación de las mismas soporta un conflicto con los tratados internacionales de derechos humanos. A continuación vamos a presentar las consideraciones constitucionales al respecto.

1.3. Penas corporales y desarrollo jurisprudencial

El tema de las penas corporales es abordado por la sentencia T-523 de 1997, M.P. Carlos Gaviria Díaz: Nos permitimos, a continuación, desarrollarlo.

En el caso objeto de la sentencia en mención, el actor es sindicado del homicidio de un miembro de la comunidad y condenado por el cabildo de Jalambó a recibir sesenta fuetazos y al destierro. La razón de este castigo es la de restaurar el equilibrio roto entre la comunidad y el acto que la dañó. Esta pena debe ser aplicada públicamente con el fin de que sea ejemplarizante y preventiva. En la cosmogonía Paéz el fuete representa el rayo, que es el que hace las veces de mediador entre lo claro y lo oscuro, por eso purifica. Aunque es una tradición heredada de la Colonia, los paeces la han acogido como propia y le han dado un carácter de penalización dentro del sistema punitivo de la comunidad. En la revisión del caso, la Corte encuentra un conflicto de competencias que el legislativo no ha resuelto y que para el caso concreto es relevante, ya que el actor niega la competencia del cabildo y, sin embargo, en los interrogatorios posteriores reconoce en primera medida que pertenece al resguardo porque posee unas tierras y hace parte del censo de la comunidad; posteriormente añade que a pesar de tener intereses en el cabildo ya no está en él por más de un año. Frente a este hecho, la Corte dice que ésta es una actitud acomodada por parte del actor, por eso es el cabildo el que debe juzgar la conducta del actor. El hecho

de que un indígena invoque una acción a la cual tiene derecho por ser colombiano no significa que pueda cambiar bajo su conveniencia la manera en la que debe ser sancionado por un acto que él cometió.

Ahora bien, dentro de las penas corporales, el cepo —que es otra de las sanciones que son aplicadas en las comunidades indígenas— se considera de mayor grado que la pena de flagelación, ya que su significado es el de purificar al individuo y de devolver la armonía a la comunidad. Para la Corte este tipo de pena no constituye un sufrimiento grave, ya que el dolor que infinge es mínimo:

[...] 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 falso interno”, porque de acuerdo con los elementos del caso, ésta es una práctica que se utiliza normalmente entre los pueblos y cuyo fin no es exponer al individuo al “escarnimiento” público, sino buscar que recupere su lugar en la comunidad. Al respecto, es significativo el hecho de que ninguno de los condenados, ni siquiera el propio demandante, cuestionara esta sanción. [...] (Sentencia T-523 de 1997, M.P Carlos Gaviria Díaz).

A la luz de lo anterior, nos asalta una preocupación: si la sanción está destinada a recuperar el equilibrio y a integrar al indígena dentro de la comunidad, puede ser que, a los ojos de la comunidad, dicha sanción tenga una función de necesidad, mientras que esa misma sanción aplicada en un contexto distinto puede ser interpretada como degradante y humillante.

En el plano de los derechos fundamentales, los tratados internacionales y la propia jurisprudencia de la Corte han sido claros en afirmar que no es posible caer en el plano del relativismo absoluto o, mejor, en violar el núcleo esencial de los derechos fundamentales, ya que de esta manera cualquier acto podría justificar la violación de la dignidad humana. Pero, por otro lado, se encuentra la importancia que la misma Constitución le otorgó al principio de *diversidad cultural* materializada en el respeto de las tradiciones y principios propios. El tema, como lo podemos ver, no es sencillo, ya que es necesario delimitar lo que entiende el derecho por dignidad humana. Por eso, para intentar dilucidar esa definición es pertinente avanzar conceptualmente en lo que entendemos por *sujeto, persona, individuo*, y la conjugación de cada una de estas nociones con las de *derecho* y *moral*. En este sentido, vamos a tomar como referencia la teoría de sistemas de Luhmann. Después de esta presentación general sobre el contexto constitucional en el que se ubica el caso, vamos a presentar las definiciones y las discusiones de las respectivas teorías.

Nuestro sistema jurídico se fundamenta en la categoría de *sujeto*, como persona natural y jurídica, a la cual la ley le atribuye ciertas características para que pueda tener un reconocimiento dentro del ordenamiento jurídico. Sin embargo, esta noción tiene antecedentes en la teoría del conocimiento moderna. Este origen es olvidado o desconocido, ya que su uso indistinto lo ha confundido con la noción de *ser humano*. A continuación vamos a entrar a analizar las definiciones de *sujeto* en la teoría de Luhmann.

2. DEFINICIÓN Y CRÍTICA DE LA TEORÍA DEL SUJETO DESDE LA PERSPECTIVA DE LUHMANN

Antes de presentar la crítica de Luhmann a la teoría moderna del *sujeto*, vamos a presentar un cuadro general de su teoría. En primer lugar, podemos decir que la obra de Luhmann se divide en dos partes: la primera, metodológica, en la que establece delimitaciones conceptuales que desarrolla posteriormente. En esta parte establece las bases para una teoría de la sociedad, la cual se titula *Sistemas sociales*. El punto central para el entendimiento de la teoría de sistemas es la diferenciación entre sistema y entorno. El punto de partida es considerar al mundo como identidad inobservable, separada por una línea que ubica, de un lado, a los sistemas y, de otro, a su entorno. No se trata de considerar a los sistemas como objetos, sino como distinciones en continuo movimiento que se autorreproducen por influencia del entorno. La sociedad la componen distintos tipos de sistemas de acuerdo con su objeto de análisis y su propia capacidad para auto reproducirse. En esa medida, el entorno depende del punto de vista del sistema. “El sistema es sistema solo cuando a través de sus operaciones puede volverse sistema” (Luhmann, 1998b: 14). Así, el sistema realiza operaciones propias que le proporcionan una identidad y que lo diferencian del entorno.

Otro de los puntos importantes hace referencia a la observación y a la universalización de la teoría. Si consideramos que el observador tiene que unir las operaciones de los sistemas entre sí, tiene que llegar a una conclusión *tautológica*:

Si observa en el mundo sistemas que se reproducen a sí mismos, está obligado a considerarse a sí mismo como uno de ellos, pues de otro modo no podría observar su propia observación. El observador se convierte, así, en uno de sus propios objetos de observación. Esta es la única manera que la teoría de los sistemas se universalice, es decir que se convierta en una teoría del mundo que lo incluya todo, aun a sí misma, obligada a concebir todo lo que observa como sistema o como entorno (Luhmann, 1998b: 14).

Ahora bien, la operación que permite la autorreproducción del sistema y su diferenciación con su entorno es la comunicación, pero entendida de manera diferente a la sola transmisión de información. Sobre esta definición volveremos en un apartado más adelante.

En cuanto a la referencia a la teoría del sujeto, podemos decir que los seres humanos no son parte del sistema social, por el contrario, son considerados como unidades concretas y empíricas formadas por elementos materiales y psíquicos muy diferentes entre sí. Entonces, la teoría clásica nos lleva a la figura del sujeto como una especie de abstracción teórica que nos remite a espacios nebulosos alejados de datos empíricos. La teoría de sistemas “toma en cuenta suficientemente el hecho que los seres humanos viven y actúan en un mismo tiempo aunque con horizontes temporales que remiten al pasado y al futuro” (Luhmann, 1998b: 15).

La segunda parte de su obra, mucho más descriptiva, se titula *La sociedad de la sociedad*, que fue traducida recientemente al español. Podemos decir que ésta es la descripción de los fenómenos de la sociedad moderna, los factores que influyeron en ella y la forma en que la sociedad se autodescribe. Pero antes de la publicación de

esta obra, Luhmann había elaborado teorías para cada una de los sistemas sociales: *La economía de la sociedad* (1988), *La ciencia de la sociedad* (1990), *El derecho de la sociedad* (1993) y *El arte de la sociedad* (1995). En cada una de ellas había descrito a cada uno de los sistemas funcionales. Sin embargo, estos sistemas están inmersos en un sistema de la sociedad ya constituido. La comunicación es la operación que permite producir y reproducir el sistema; en esa medida, la comunicación no podría existir sin la sociedad y la sociedad sin la comunicación. Ya que es esta última, como dijimos anteriormente, la que establece la diferencia entre sistema y entorno y la que permite que la sociedad se reproduzca.

Volviendo al tema de los seres humanos, en la teoría de la sociedad, Luhmann dice lo siguiente:

[...] La tesis de que la comunicación se autorreproduce postula límites claros entre sistema y entorno. La reproducción de comunicación mediante comunicación es algo que se lleva a cabo en la sociedad. Todas las otras condiciones (físicas, químicas, orgánicas, neurofisiológicas y mentales) son condiciones del entorno. Pueden, a través de la sociedad, lograr intercambios en los límites de su propia capacidad de operación. Ningún ser humano es imprescindible para la sociedad. Aunque esto de ningún modo quiere decir que la comunicación sea posible sin que haya conciencia, cerebros irrigados, vida, clima conveniente (Luhmann, 2007: 3).

De tal manera que la comunicación, desde esta perspectiva, posee una definición mucho más amplia que aquella que la asume como el sólo entendimiento. Es la que se encarga de la reproducción de la sociedad, de la interacción entre los sistemas funcionales y de la diferenciación con el entorno.

Esta es una obra muy extensa de la que tomaremos las nociones que nos permitirán aproximarnos al problema de la definición jurídica de dignidad humana. Algunos de los aspectos que se desarrollan en esta extensa obra no serán tenidos en cuenta por cuestiones de espacio. A continuación, vamos a presentar las definiciones que nos permitirán interpretar la crítica de Luhmann a la noción de sujeto.

2.1. Definición de sistema y entorno

Los sistemas, desde la antigüedad, se han entendido como *totalidades constituidas por partes*. El problema de esa definición es que se interpretó como si la totalidad debiera ser aprehendida por partida doble: "Como unidad y totalidad de las partes, o más que la simple suma de las partes; con esto, sin embargo nunca quedó aclarado cómo el todo que está constituido por las partes y un excedente, pudiera constituirse, con validez en el nivel de las partes" (Luhmann, 1998b: 30). Así, en términos de teoría de las relaciones sociales, se consideró al individuo como parte de un gran sistema social en el que la convivencia estaba dada por la capacidad que tuviera éste junto a los demás de reconocer la totalidad y orientar su vida de conformidad con esos parámetros. Dicha capacidad para adaptarse se justificó desde el punto de vista de su naturaleza social, pero si no lo lograba se consideraba como una imperfección de la naturaleza humana, la cual debía corregirse. Como consecuencia de lo anterior, siglos más tarde se consideró que una determinada esencia humana conformada por

una lista exhaustiva de atributos debería estar presente en todos los seres humanos, a lo que se intentó justificar a través de la razón, la ley moral, concepto de Estado o generalizaciones semejantes. La universalización se presentaba como aquello que no tenía mayor problema –incluso, aún cuando la Revolución Francesa se manifiesta en contra del orden establecido y proclamó valores a favor de una clase económica y socialmente superior, los valores proclamados eran de corte universalista–. Pero el nuevo paradigma de la teoría de los sistemas, el todo y la parte, se reformula en términos de la diferenciación entre sistema y entorno. La diferenciación no es otra cosa que la repetición de la diferencia en el interior del sistema (autorreproducción) con relación al entorno. De tal manera que un sistema diferenciado no está conformado por un determinado número de partes, sino de operaciones que permiten su diferenciación con el entorno. En esta línea de pensamiento, un aporte importante es el de las categorías de *sistemas autorreferenciales*, en los que la diferenciación con el entorno es el resultado de las operaciones al interior de los sistemas. Los sistemas solo pueden referirse a sí mismos en la construcción de sus elementos y en las operaciones elementales de su sistema, en las que utiliza como guía la diferenciación con el entorno. “El entorno es un correlato necesario para las operaciones autorreferenciales” (Luhmann, 1998b: 33). Sin la diferencia con el entorno los sistemas caerían en una visión solipsista en la que no sería posible su interacción con éste y, mucho menos, mantener relaciones de comunicación con los demás sistemas funcionales. Con la inclusión de la autorreferencialidad de los sistemas existe un cambio de paradigma, el cual se da en dos vías: la primera, en la que los sistemas deben buscar la manera para distinguir lo diferente de sí, es decir, reafirmar su identidad y reconocer la diferencia que es marcada por el entorno. La segunda, en el sentido de que el interés por el diseño y control, los sistemas pasan a interesarse por la autonomía; del interés por las estructuras fijas se pasa a un interés por las relaciones dinámicas, basadas en la autonomía. En la estructura del todo y la parte se tenían que colocar, en algún lugar, atributos del todo como una especie de punta, ya sea en términos de jerarquía o de alguna institución de carácter general; ahora, con este nuevo enfoque, ese tipo de relaciones quedan dadas por las operaciones que realicen el sistema y su capacidad para autorreproducirlas. En cuanto a la relación sistema-entorno, que nos interesa profundizar en este apartado, Luhmann (1998b: 4) expresa, más adelante, la estrecha relación que existe entre los dos, de la siguiente manera:

Los sistemas están estructuralmente orientados hacia el entorno, y sin él no podrían existir; por lo tanto no se trata de un contacto ocasional, ni de una mera adaptación. Los sistemas se constituyen y se mantienen mediante la creación y la conservación de la diferencia con el entorno y utilizan sus límites para regular dicha diferencia. [...] Así, no hay sistemas sin entorno, o entorno sin sistemas, así, tampoco hay elementos sin una vinculación relacional o relaciones sin elementos.

En este sentido, a través de la autorreferencial en el nivel operativo, los sistemas pueden crear sus criterios de selección para determinar uno u otro valor. En otras palabras, pensarse a sí mismo. Pero es la comunicación la que va a permitir en el nivel autopoietico que los sistemas puedan marcar dichos límites con el entorno.

Así, bajo la claridad de la relación que existe entre el sistema y el entorno, Luhmann ubica, en el plano de su teoría, a los seres humanos en el entorno, y hace una fuerte crítica a la teoría tradicional del sujeto, que vamos a presentar a continuación.

La figura del *sujeto* se ha utilizado para intentar hacer autodescripciones de la sociedad o, en el sentido filosófico, como punto de partida para la construcción de teoría del conocimiento, en la que existe una separación entre aquel que conoce y el objeto que es conocido. El problema es que esta definición se ha camuflado en las teorías clásicas del derecho con la figura de *persona*, que se utilizó como mecanismo de integración social desde la antigua Roma. En la actualidad, esta definición –la cual posee una fuerte tradición– la podemos redefinir desde la teoría de los sistemas, como una forma. Por *forma* podemos entender un tipo especial de distinción que guía al observador para poder ver a los seres humanos bajo otra óptica muy distinta a considerarlos objetos desde el punto de vista del sujeto. Sobre este punto volveremos más adelante; por ahora, presentaremos los puntos correspondientes a la teoría del sujeto.

Luhmann parte de la definición de que el sujeto es el fundamento de todo lo que existe, es la autorreferencial del conocer y del actuar. Este autor radicaliza esta definición, con el fin de mantenerla en la memoria para que, en el momento de construir una teoría de la sociedad, se tengan en cuenta los efectos y no se atribuyan a la sociedad las características que la filosofía moderna imputó a los seres humanos, sin hacer una consideración de sus implicaciones.

Desde esta perspectiva, respecto a la interpretación de la sociedad y la elaboración de una teoría de la misma, los resultados muestran que no se ha permitido una comprensión de la sociedad desde la unidad y la diferencia⁴. Este paso hacia la teoría de la sociedad, para Luhmann, se ha hecho con el título de intersubjetividad, en el que se atribuyen características de la conciencia del individuo a la sociedad, lo que conduciría a tener una comprensión limitada de las relaciones que se tejen en el sistema social.

Luhmann en su obra anterior, *Sistemas sociales*, en la que describe muchos de los conceptos metodológicos para la construcción de una teoría de la sociedad, define a la autorreferencialidad de los sistemas cerrados de la siguiente manera:

[...] los sistemas sólo pueden referirse a sí mismos en la construcción de sus elementos. Para hacer esto posible los sistemas tienen que utilizar la descripción de sí mismos; por lo menos tienen que ser capaces de utilizar, al interior del sistema, la diferencia entre sistema y entorno como orientación y principio de orientación [...] (Luhmann, 1998b: 37).

También, el *sujeto* es una categoría que aparece en la modernidad, con Descartes, como una propuesta de solución al problema de la relación entre el mundo exterior y el conocimiento o representación. Pero es la propuesta de Kant, la que ha tenido mayores repercusiones en teorías del conocimiento del siglo XX. En el ensayo “*El esquematismo de los conceptos puros del entendimiento*”, Kant resuelve el problema de la disparidad entre el objeto y la representación, en el sujeto; es decir, a pesar de ese problema, debe darse una *similitud* en la correspondencia con el objeto,

⁴ En este sentido hay que entender a la sociedad como un sistema de comunicaciones que se reproducen a sí mismos. Lo que quiere decir que la sociedad es un conglomerado de símbolos y significados, que logran unidad a través de la diferencia entre sistema y entorno (López, Henrik. Tesis de Maestría en Ciencia Política. Universidad de Los Andes, p. 20).

a través del registro de un procedimiento en el plano temporal, dentro del sujeto. Por ejemplo, en el caso de un círculo, aquello que la mente registra son las líneas para construirlo, este esquematismo, como lo llama Kant, reclama de tiempo, en la medida en que necesita ser repetido varias veces para que pueda ser registrado por el cerebro y posteriormente recordado, de tal manera que la relación con el mundo de la experiencia está mediada por una imagen atemporal y estática de los objetos, que después, con el paso del tiempo, se alimenta de otras experiencias y conceptos que registra la subjetividad. Como consecuencia de lo anterior, la propuesta de Kant y la tradición moderna, el conocimiento del mundo sensible es una construcción de la subjetividad basada en la información que recibe por medio de los sentidos. Entonces, desde este punto de vista, la teoría de los sistemas somete al *sujeto* a una serie de interrogantes: ¿Qué es lo que distingue al sujeto de sí mismo? ¿Del mundo? ¿De los otros sujetos? Parece que, precisamente, en ese contexto es que podemos decir que para Luhmann el problema de esta definición es que si se concibe al sujeto (trascendental) de tal manera que solo dependa de sí mismo, el *estar en el mundo* se convierte en el *estar en sí mismo*; ahora bien, el sujeto depende de sí mismo, y su relación con el mundo exterior está condicionada por su propia existencia. Como consecuencia de lo anterior, el sujeto pierde la noción de su propia capacidad para reflexionar sobre las condiciones de posibilidad que permitan su observación del mundo y de la sociedad. Así, cuando éste lo intente estará determinado por aquello que algunos llaman ideología, condicionamiento histórico, etc. “En este plano ya no puede entrar en la discusión porque no es capaz de reflexionar su propia contingencia. Le queda, entonces, tan solo la posibilidad de presuponerse dogmáticamente” (Luhmann, 2006).

Para la teoría de los sistemas, la observación de la sociedad es distinguir y señalar; el observador es el tercero excluido de esta relación, porque al observar no se puede ver a sí mismo observando a los demás. De tal manera que se convierte en un punto ciego, independiente del sistema en el que se haga la observación. Sin embargo,

un observador de segundo grado—agrega von Foerster (Foerster, 1981)—puede observar observadores, aunque no puede observarse a sí mismo ni sus propios esquemas de distinción. Al contar con estos conceptos se puede comprender que los sistemas sociales—la sociedad mundial!— sean también sistemas que observan y que se auto-observan (Torres, 2006).

Otro punto importante para analizar sobre el *sujeto* es que esta categoría se utiliza en la tradición moderna para hacer una diferencia con el objeto. En la teoría de los sistemas la diferencia objeto/sujeto se utiliza para referirse a las operaciones del observar y del describir. En este sentido, se le puede pedir al sujeto que reflexione sobre sí mismo; lo que hará es determinarse como sujeto a partir de su diferencia con el objeto; pero, entonces: ¿qué ocurre con los demás sujetos? Parece que desde esta perspectiva se queda por fuera la relación y la diferencia entre un sujeto y otros sujetos, a lo que Luhmann puntualiza:

Ese sujeto no puede ni aparecer en el mundo—ya que eso significaría que el mundo se reflexiona a sí mismo—, ni puede ser un individuo que se distinga de otros individuos. Entonces, tampoco es capaz de participar en la comunicación y mucho menos un sujeto puede ‘pensar lo mismo’ que otro

cuando se supone que se trata de un individuo, ya que sólo se puede ser individuo con base en la clausura operativa y en la autorreproducción de sus propias vivencias (Luhmann, 2006, p. 693).

La *clausura operativa* es otra de las categorías de la teoría de Luhmann que nos remite a la separación del sistema con el entorno.

Con la caída del *sujeto*, el esquema sujeto-objeto, que se utiliza como lente para interpretar la sociedad, presenta graves dificultades, también, para la definición de objeto. En este punto Luhmann dice lo siguiente:

La identidad de un objeto consiste en que a todos los sujetos que empleen su razón correctamente les parece ser lo mismo. Si se reemplaza el sujeto por el observador y se define a los observadores como sistemas que se producen a sí mismos mediante la práctica secuencial de su distinguir, entonces se suprime toda garantía de forma para los objetos. En cualquier afirmación de identidad se trata tan sólo de distinguir las distinciones que utiliza un observador. Se trata –dicho de otra manera– de repeticiones, de una práctica de condensación y confirmación –la cual siempre debe describirse en referencia a los sistemas que operativamente la efectúan; esto también es válido para aquel que describe estas descripciones y para sus “objetos”. Visto de esta manera, los objetos se constituyen únicamente en el marco de una observación de segundo orden (Luhmann, 2006, p. 697).

La anterior cita ofrece una solución al problema que mencionó Luhmann, desde la teoría de los sistemas, en la medida en que las distinciones que hacen un observador y las operaciones autorreferenciales que ejecuta son las que permiten construir el discurso sobre los *objetos*.

Anteriormente, presenté la noción de *sujeto* de la que parte Luhmann para hacer su crítica y desarrollé el primer argumento en contra de la filosofía del sujeto que hace referencia a la teoría del conocimiento. Ahora, voy a presentar el segundo argumento contra la filosofía del sujeto, según el cual se le ha dado equívocamente la categoría de *persona* a los seres humanos. Es importante mencionar que para la teoría de los sistemas, en la cual se parte de la diferencia entre sistema y entorno, es viable, empíricamente, separar a los seres humanos de los sistemas. Por eso, en coherencia con la teoría de los sistemas, debemos ubicarlos en el entorno. Si la teoría de la sociedad ubica a los seres humanos al interior de los sistemas, el discurso de la diferencia los clasifica en grupos, ya sea de clases sociales, naciones, etnias. Así este *humanismo* fracasaría porque de entrada afecta a los derechos humanos, en especial, el derecho a la igualdad. Queda, entonces, otra posibilidad, y es la de considerar a los seres humanos en el entorno de la sociedad (Luhmann, 2006, p. 16).

El humanismo clásico critica esta especie de *deshumanización* de la sociedad, explicable, en el sentido de que existe un apego por considerar a los seres humanos como el centro de la organización social. Este temor puede estar fundamentado en la pérdida de la medida de la sociedad, la cual estaría en cabeza de los seres humanos y que, como consecuencia, la sociedad deje de ser una organización humana, dice Luhmann. (2006, p. 17). En este punto hay que analizar dos aspectos: el primero de ellos es que en la teoría de los sistemas no es correcto hablar de centros, porque los sistemas funcionan de manera autónoma y cerrada, a través de las operaciones

autopoéticas en las que se reproducen a sí mismos. En esta operación cada sistema reduce y crea complejidad, nueva categoría que aparece en la teoría de Luhmann, definida de la siguiente manera:

Por complejidad queremos designar aquella suma de elementos conexos en la que, en razón de una limitación inmanente a la capacidad de acoplamiento, ya no resulta posible que cada elemento sea vinculado a cada otro en cada momento. El concepto 'limitación permanente' remite a la complejidad interior de vinculación de los elementos, a los que ya no puede acceder el sistema y que posibilita a su vez, su 'capacidad de unidad' (Luhmann, 1998b, p. 47).

Y el segundo aspecto es que, si es clara la diferencia entre sistema y entorno, los sistemas no pueden existir si no se diferencian de los demás sistemas y del entorno. En esa medida el entorno, en el que están los seres humanos, juega un papel importante, alimenta a los sistemas, pero los seres humanos ya no están condicionados dogmáticamente por una teoría de la sociedad que los encasille.

Pero volvamos al sujeto. En el mundo moderno existe una mezcla de las categorías que hacen referencia a los seres humanos: se les ha llamado *sujeto*, *individuo* y/o *persona*, pero no se sabe con claridad qué quiere decir cada una de ellas. Sobre el *sujeto* hicimos una reseña anteriormente. Ahora, hablemos sobre el *individuo*. Éste expresa la mínima unidad de la sociedad. Su máximo desarrollo teórico se manifestó en las propuestas liberales del siglo XVII y XVIII. Sin embargo, en la sociedad contemporánea, se distingue al individuo de las identidades sociales, en el sentido en que se le incentiva a ser él mismo, a buscar su autorrealización, pero también se le obliga a comportarse de conformidad a un contexto social determinado. Tal situación hace que esta doble construcción genere problemas de limitación entre los sistemas psíquicos y sociales, es decir, su cierre operativo. Los sistemas psíquicos son aquéllos que corresponden a la conciencia de los seres humanos, mientras que los sistemas sociales corresponden a las relaciones entre los seres humanos. Esta distinción nos es útil para entender la manera en que las comunicaciones funcionan y constituyen los elementos que configuran a la moral y el derecho. En la teoría de sistemas, la delimitación entre sistemas psíquicos y sociales se hace a través de la utilización del concepto *forma*. La *forma* es el concepto que, según Luhmann (1998a, p. 332), nos permite entender la definición de *persona*, con la salvedad de que se debe distinguir de los sistemas psíquicos, en dos perspectivas, de la siguiente manera:

[...] entendemos por forma la marcación de un límite, como consecuencia de la cual surgen dos lados, de los que sólo uno puede ser utilizado como punto de partida para ulteriores operaciones. El cruce al otro lado no queda por ello exiliado, pero exige la operación especial, precisa tiempo y se distinguen en sus implicaciones lógicas de lo que ocurriría si se permaneciese en el mismo lado, limitándonos a condensar y confirmar su indicación. Una forma, por tanto, es siempre una forma-con-dos lados. En cuanto tal solo puede ser utilizada: a través de uno de ellos (por consiguiente, siempre de modo incompleto). Pero, por la misma razón, un observador (que puede ser también el que utiliza la forma) solo puede ver la forma si la contempla como forma-con-dos lados.

En este sentido, la forma *persona* no puede ser confundida con un sistema, ya que éste no tiene un modo de operar propio. Tradicionalmente, la personalidad se piensa como un modo de “integración social” (Luhmann de la Unidad y la diferencia) o la manera de asumir ciertos roles creados socialmente, por ejemplo, como en los juicios en la antigua Roma. Pero esta categoría no incluía a los seres humanos completamente individualizados en cuerpo y alma. En algún momento de la tardía Antigüedad, ya se mencionaba al individuo con referencia a la persona, en el sentido de generalizar las características atribuidas a los seres humanos. Solo hasta la Edad Media, cuando surge la necesidad de indicar al individuo en diferencia de sus contexturas sociales, la noción de *persona* empieza a hacer carrera (Luhmann, 1998, p. 237). La jurisprudencia del siglo XVII adopta la definición, luego, la psicología filosófica la utiliza para superar la dualidad entre cuerpo y alma; así, con el paso del tiempo, la referencia al concepto se relaciona más con una idea colectiva que con una manera de caracterizar a los individuos; tanto así, que buscar un concepto opuesto que nos permita distinguirlo rigurosamente resulta difícil. Entonces, por *persona* deberíamos entender, en términos de forma, lo siguiente:

En ese caso, por “persona” no ha de entenderse un objeto especial, ni tampoco una clase especial de objetos (a los que, por poseerla, se denominan sujetos), sino un tipo específico de distinción que regula el observar como forma con dos caras. Así, pues, una persona no es simplemente otro objeto como un ser humano o un individuo, sino otra forma, con la que se observan los objetos como individuos humanos (Luhmann, 1998a, p. ¿?).

Sí retomamos la idea de *forma* que presentamos anteriormente, podríamos decir que la forma *persona* solo tiene una cara, que carece de la otra cara, pero eso es, precisamente, lo que debemos dilucidar: en qué sentido no se es persona, sin necesidad de dejar de ser individuo o ser humano. Persona, entonces, es “la delimitación individualmente atribuida de las posibilidades de conducta” (Luhmann, 1998a, p. 237). Así, la otra cara es básicamente aquello que se mantiene oculto, que no es dado a la simple vista, pero que caracteriza posibilidades de conductas. Por ejemplo, los enclaves escondidos en un contexto de clase media o la propensión de presentar ataques epilépticos, pues si se convierten en dominio público podrían ocasionar a quienes afectan problemas en la forma de relacionarse socialmente. Para ilustrar la noción de *persona*, podemos referir también cómo la precaria comunicación entre las personas en el siglo XVIII se convirtió en un problema moral, ya que en ese momento se empezó a liberar más conducta individual. Esto inició un cambio de exigencias morales en el que se consideraba a la persona como interlocutor en un contexto de diálogo comunicativo, de tal manera que, como lo llama Luhmann, la *cosmética social* se convirtió en un elemento de presentación ante los otros. De la misma manera, el humor es otra forma de ilustrar el punto en cuestión. Es una válvula de escape (sobre todo el que recae sobre sí mismo) (Luhmann, 1998a, p. 234). los gestos y las actitudes espirituales se convierten en maneras de buscar la aceptación como persona por parte del otro. La exploración en temas como el amor, se reducen de manera drástica. A consecuencia de ello se incrementan los esfuerzos por ser naturales, de ser auténticos. En esa medida la figura persona es el punto de enlace para resolver el problema de la doble contingencia en los sistemas sociales. La doble contingencia es, entonces, la manera de mantener un sistema en el que su existencia es problemática. En esta medida, la *persona*, en su función de forma, se convierte en el acoplamiento estructural entre los

sistemas sociales y los sistemas psíquicos. A través de ella, el sistema psíquico puede experimentar sus limitaciones en el paso al tráfico del sistema social, conocerlas, y, de vez en cuando, experimentar cambios que le permitan moverse en su otra cara.

En cuanto al tema de la comunicación, que es uno de los ejes fundamentales para la distinción entre sistema y entorno, podemos decir que la comunicación de la sociedad no requiere de un consenso, ni del mundo de la vida; lo importante es que la comunicación continúe y, en ese sentido, se pueda reproducir la sociedad. No es necesario un sujeto a *priori* que sea capaz de distinguir y delimitar las comunicaciones de los sistemas, ni de condiciones a *priori* que permitan que la comunicación se dé de manera autopoietica.

La comunicación, para Luhmann, es aquel evento dotado de sentido que es el único cauce para que puedan constituirse selecciones en común. No se agota en la dimensión psicológica o individual, o en la mera transferencia de información de un sistema a otro: "sólo es posible como evento que transciende la clausura de la conciencia, como síntesis de algo más que el contenido de una sola conciencia" (Luhmann, 1998b, p. 143). La comunicación es sociedad reproduciéndose a sí misma y, de esta manera, es ella la que comunica, integrando, de manera selectiva, los sistemas psíquico, orgánico, químico de la humanidad. Por otra parte, la comunicación facilita la operación autopoietica, porque permite la selección basada en el código que el mismo sistema ha creado, por ejemplo, legal/illegal para el derecho.

Bajo las ideas generales que fueron esbozadas anteriormente, vamos a entrar a analizar los desarrollos teóricos concernientes a la teoría de la comunicación y su relación con la moral. En la tensión que estamos estudiando, es importante considerar que la influencia del sistema del derecho occidental en las relaciones internas de las comunidades indígenas es muy notoria. La gran cantidad de tutelas que son recibidas en los juzgados, referidas a la manera en que se juzga a los indígenas al interior de las comunidades, soporta la afirmación de que la influencia del sistema estatal es grande, pero, también, es viable la posición que afirma que los indígenas buscan la manera de huir de las responsabilidades de sus actos, a través de la vía judicial estatal. En este punto, podemos decir que, partiendo del principio de buena fe, cabe la posibilidad de que las argumentaciones a favor de la intervención estatal tengan fundamentación en un cambio de cosmovisión y en una posible transformación de la comunidad indígena.

3. DERECHO Y MORAL EN LA TEORÍA DE LUHMANN

El derecho es considerado como un sistema que regula las relaciones interhumanas. Así como todos los sistemas diferenciados funcionalmente, algunas de sus principales características son, la reducción de la complejidad que se presenta en la sociedad, y la de ser un sistema que está atento a los conflictos que se presentan en ella; el sistema los anticipa y, por eso, presenta las posibles soluciones a éstos, con el fin de evitar la violencia. Otra de las características del sistema es que es autopoietico, como todos los sistemas que conforman el sistema de la sociedad; los principios son construidos por el propio sistema, a través de las operaciones autopoieticas y de los códigos que crea al interior de él.

Con el positivismo, la separación entre el derecho, la moral y la política, permitió que el derecho buscara fundamentación, si lo queremos llamar de esa manera, en sus propias bases. Así, desde la perspectiva sistémica, el derecho selecciona autónomamente los acontecimientos relevantes para él, bajo el código binario legal/illegal. Una de las características importantes de este sistema es su amplitud cognitiva, en el sentido de que el sistema es capaz de reconocer a las nuevas leyes que son creadas conforme al derecho; de esta manera, el sistema es capaz de aprender de los demás sistemas, en especial del sistema político (López, 2002, p. 41). El sistema jurídico puede cumplir esta función gracias a la combinación entre cierre normativo y el código binario que él mismo establece, en la medida en que no puede importar normas y está abierto cognitivamente, porque fija el carácter normativo de sus comunicaciones, verificando la realización de los objetivos de su entorno. La apertura al entorno es posible gracias a las normas que permiten establecer criterios de decisión de conformidad a los criterios del código.

Respecto al tema de la moral, el cual es considerado como un sistema independiente del derecho. Luhmann (1998a, pp. 197-212) ha definido a la moral como “un tipo específico de comunicación, el cual comporta referentes al aprecio o desprecio [...]”. Esta definición nos permite dilucidar el desprendimiento conceptual que se quiere hacer de la moral con relación a contenidos normativos particulares y permitir que desde el punto de vista de la ética sea posible la construcción de un discurso moral en el que no existan valoraciones de ninguna índole (Mejía, 2006, p. 91). Como lo diría Luhmann (1998a, pp. 197-212):

De este modo el ámbito de la moral es delimitado empíricamente y no definido por ejemplo, como el campo de aplicación de determinadas reglas, normas o valores [...] Cuando se puede significar esto como moral o como sea, si con este concepto se trata solo de las condiciones del mercado del respeto, entonces se tiene las manos libres para emplear un concepto discernible de ética, así podríamos decir que la ética es la descripción de la moral.

De tal manera que la autorreferencialidad de cada sistema exige la creación de un código independiente de los parámetros de la moral. Requiere, como lo mencionamos anteriormente, de la creación de un código binario que pueda realizar las operaciones de selección frente al entorno. En esa medida, la moral debe ser comprendida como un sistema y no como la fundamentación de la sociedad.

Sin embargo, antes de abordar el tema de la moral y sus consecuencias en el estudio que estamos realizando, nos corresponde desarrollar una serie de definiciones que nos darán luces en este sentido. El concepto de interpenetración, lo utilizamos para entender las relaciones de los seres humanos con los sistemas sociales. Como lo explicamos anteriormente, la definición de *persona* es una categoría creada socialmente en la que se otorgan atributos específicos, muchas veces ligados a roles, a los seres humanos, además de indicar expectativas dirigidas a un hombre individual. En la tradición humanística se considera al hombre al interior de la sociedad, dentro del orden social. En esa medida, los discursos sobre el ser humano estaban condicionados a la manera de vivir socialmente. La existencia del ser humano sólo se podía dar en la sociedad. (Luhmann, 1998b, P.199). Por ejemplo, en la Edad Media se amplió la

definición de *son politikon* al *animal social*. En los casos anteriores, la naturaleza del ser humano se concebía delimitada normativamente por la sociedad en su *moral*; la capacidad para perder o ganar respeto en la vida social era la que le daba su perfección. La posibilidad de fracaso era consecuencia de la naturaleza corruptible de los seres humanos. El derecho natural, era el encargado de normativizar la naturaleza del mismo. En este orden de ideas, el ser humano es el elemento natural dentro del orden de la sociedad, concebido este último como escenario de convivencia alrededor de la ciudad. Así, los seres humanos son entendidos como constitutivos de un cuerpo en el que no están unidos físicamente, al que se le concibe, en un sentido amplio, como humanidad.

Más adelante, las teorías tardías del derecho racional registran mayor movilidad en los cambios socio-estructurales posteriores. La separación entre el círculo de la vida doméstico y local, en el que la imprenta juega un papel importante, permite anticipar las ideas previas a las revoluciones industriales y políticas de mediados del siglo XVIII. En cuanto a las ciencias, éstas también se separan entre ellas. La biología, la medicina y la sociología buscan sus propias fundamentaciones lejos de las regulaciones normativas del derecho, la religión y la política. En el siglo XIX, la analogía del cuerpo social con la noción de organismo va desapareciendo. Consecuentemente, el humanismo da un giro hacia fundamentaciones en el espíritu. La sociología se pregunta sobre las bases no contractuales de la formación de los contratos (Luhmann, 1998b, p. 200). Esta tradición se ha mantenido hasta nuestros días, y se mueve en un campo nebuloso en el que los datos empíricos pierden su importancia.

En el marco de la distinción entre sistema y entorno, podemos decir que cambian las premisas desde las que se considera al ser humano. Al ser parte del entorno, en comparación con el sistema, puede preservar mayor libertad, ya que es el espacio en el que existe mayor complejidad y menor orden. El entorno puede comportar aspectos importantes para el sistema. De tal manera que el concepto de interpenetración nos indica un modo particular de vincular el sistema con el entorno y de entender las relaciones entre los sistemas sociales y los seres humanos. En primer lugar, no se trata de una relación general entre sistema y entorno, sino una relación intersistémica, entre sistemas que comparten un mismo entorno y que son entorno el uno para el otro. En este sentido, la complejidad que se pone al servicio del sistema debe someterse al código binario que autónomamente establece cada sistema, de lo contrario, es simplemente ruido o desorden. De esta forma, ambos sistemas tienen la posibilidad de aportar su propia complejidad preconstruida (Luhmann, 1998b, p. 202) en la formación de las estructuras del sistema y en los procesos de selección. En este sentido, la complejidad del ser humano sólo puede desarrollarse en los sistemas sociales y es a la vez utilizada por los sistemas sociales para reproducirse.

Por otra parte, para hablar de la interpenetración, debemos tener en cuenta la autorreproducción de los sistemas sociales que transcurre a través de la comunicación de los seres humanos, y de su propia autorreproducción. Esta última puede ser nombrada en dos sentidos: una reproducción orgánica y una psíquica. En el primer caso, nos enfrentamos a la vida, y, en el segundo, a la conciencia. Sin estas dos condiciones, los sistemas sociales ya no pueden autorreproducirse. Debemos tener

en cuenta que la autopoiesis imprime a las dos anteriores características la posibilidad de que su interacción con el medio permita la subsistencia del sistema.

Otro punto importante para mencionar son los conceptos de *inclusión* y *exclusión*. La interpenetración conduce a la inclusión, en la medida en que la complejidad de los sistemas aportadores es utilizada por los sistemas receptores; también es excluyente, ya que mediante el código de cada sistema se acepta o rechaza la información que recibe, es decir, “la participación en el sistema social exige de los hombres contribuciones propias y provoca que los seres humanos se distingan los unos de los otros de manera exclusiva; por el hecho de tener que producir su propia contribución, tienen que motivarse a sí mismos” (Luhmann, 1998b, p. 207). Las relaciones de interpenetración no solo se dan entre los seres humanos y los sistemas sociales, también se dan entre los seres humanos. La complejidad de un ser humano también es importante para otro. En términos de la teoría de los sistemas, se llamará *íntima* esta relación, que tiende a ampliarse. Ésta surge en la medida en que la mayor cantidad de aspectos personales y del comportamiento de un ser humano son accesibles y relevantes para otro, por ejemplo, en el caso de la amistad o de las relaciones amorosas. Pero este tipo de relaciones no las podemos entender desde el punto de vista de la gratitud, sino por el significado que éstas tienen para los seres humanos que están involucrados. El significado de las mismas se da por el mismo proceso de comunicación entre ellas. Como dice Luhmann (1998 a, p. ?), “no se ama por regalo, sino por su significado” La significatividad se da en el mismo proceso de la interpenetración “[...] en la complejidad del otro que se gana como momento de la propia vida mediante la intimidad” (Luhmann, 1998b, p. 211).

En esta medida, para llegar al tema de la moral y su ubicación dentro de la teoría de los sistemas, podemos decir que las interpenetraciones entre los sistemas sociales y los seres humanos no pueden ser tomadas sin tener en cuenta las interpenetraciones entre los seres humanos mismos. De tal manera que la moral es el punto de contacto entre este tipo de interpenetraciones. Por ejemplo, en el caso del trabajo organizado surgen morales específicas; o, para el caso de la intimidad humana, ésta tampoco puede ser considerada sin que esté ligada a razonamientos morales sociales. Sin embargo, la moral, en la pretensión de dar solución a todos los problemas de la sociedad, sin tener en cuenta a qué interpenetraciones alude en cada caso, deja de ser aquel aglutinante social; por el contrario, puede dificultar las soluciones de los problemas, dejando de ser el punto de referencia para la integración al no considerar las particularidades y excepciones, generando así inconformidad y segregación. Ahora, con la definición de interpenetración, la moral ya no se refiere a la simple relación entre ser humano y sociedad, sino a la relación de relaciones, a la coordinación de dos relaciones distintas de interpenetración (Luhmann, 1998b, p. 219).

La moral se pregunta bajo qué características los seres humanos se estiman o desestiman. Por *estima*, para Luhmann, se debe entender “un reconocimiento general y una valoración con la que se honra a quien responde las expectativas que se considera necesario presuponer para la continuación de las relaciones sociales. La estima siempre se atribuye a una persona” (Luhmann, 1998b, p. 219). Estas atribuciones son dadas a las personas, en el sentido de que bajo las características del orden social pueden determinar las relaciones con los demás seres humanos.

4. REVISIÓN DEL CASO A LA LUZ DE LA TEORÍA DE LUHMANN

La Corte Constitucional hace un análisis de la aplicación de las penas corporales. La sanción se justifica bajo la idea de que es una manera de encontrar el equilibrio entre quien cometió la falta y la comunidad. La humillación, en este sistema, tendría una función de resarcir el daño. Sin embargo, cuando el indígena recurre a la jurisdicción estatal para buscar una defensa de sus derechos fundamentales, los jueces de primera instancia reconocen que existe una violación –como lo cita la Corte, de la siguiente manera: “El Juzgado Segundo Penal del Circuito de Santander de Quilichao confirmó la decisión de primera instancia. En su opinión: 4) se le condenó a una sanción, el fuete, que así no deje secuelas físicas, es una medida que atenta contra la dignidad humana” Sentencia T-523 de 1997–, mientras que la Corte Constitucional afirma que se debe respetar la sanción de la comunidad. La comunidad tiene preponderancia sobre la persona, por respeto a la autonomía de aquélla. El ser humano, en este sentido, tiene doble protección como ciudadano y como indígena. Es doble persona para el derecho. Sin embargo, el derecho no tiene definido qué quiere decir claramente por *dignidad humana*. La Corte se refiere a ella, en términos fácticos, en comparación con otra sentencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos, de la siguiente manera, como había sido citado más arriba:

[...] 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, ésta es una práctica que se utiliza normalmente entre los pueblos y cuyo fin no es exponer al individuo al “escarmiento” público, sino buscar que recupere su lugar en la comunidad.

Este último punto no es muy claro, ya que es el indígena quien recurre a la jurisdicción ordinaria para buscar una forma de justicia, en tanto en la comunidad no encontró eco suficiente a sus demandas. Pero ¿cómo la Corte determina que no es una medida tan gravosa y que no tiene la finalidad de causar humillación? Parece ser que las comunicaciones que se dan al interior de la comunidad manejan otros símbolos, o, por otro lado, que la reivindicación por un trato diferente al interior de la comunidad se hace a través de mecanismos como la acción de tutela. La búsqueda de protección bajo el amparo de los derechos fundamentales está generando un cambio en la visión interna de la comunidad y en la manera como el sistema estatal de derechos protege estas comunidades.

La manera en que la Corte Constitucional resuelve el caso, atendiendo el respeto por la diversidad cultural, es mediante la consideración fáctica de humillación y de pena degradante. El punto de comparación que utiliza la sentencia es una sentencia parecida del Tribunal Europeo de Derecho Humanos, en el que se hace referencia al Convenio sobre derechos humanos, el cual me permito citar a continuación.

El caso de la Isla de Man, la prohibición del convenio que se traduce literalmente al español y como lo reconoce nuestra legislación, dice lo siguiente: “ON

ARTICLE 3 (art. 3)28. The applicant claimed before the Commission that the facts of his case constituted a breach of Article 3 (art. 3) of the Convention which provides:

No one shall be subjected to torture or to inhuman or degrading treatment or punishment. (Nadie debe ser sometido a tortura o trato degradante. –La traducción es nuestra).

A lo que la sentencia se refiere posteriormente:

However, as the Court pointed out in its judgment of 18 January 1978 in the case of Ireland v. the United Kingdom (Series A no. 25, p. 65, para. 163), the prohibition contained in Article 3 (art. 3) of the Convention is absolute: no provision is made for exceptions and, under Article 15 (2) (art. 15-2) there can be no derogation from Article 3 (art. 3). It would be absurd to hold that judicial punishment generally, by reason of its usual and perhaps almost inevitable element of humiliation, is “degrading” within the meaning of Article 3 (art. 3). Some further criterion must be read into the text. Indeed, Article 3 (art. 3), by expressly prohibiting “inhuman” and “degrading” punishment, implies that there is a distinction between such punishment and punishment in general.

In the Court's view, in order for a punishment to be “degrading” and in breach of Article 3 (art. 3), the humiliation or debasement involved must attain a particular level and must in any event be other than that usual element of humiliation referred to in the preceding subparagraph. The assessment is, in the nature of things, relative: it depends on all the circumstances of the case and, in particular, on the nature and context of the punishment itself and the manner and method of its execution.

La decisión del Tribunal se fundamenta en que la sanción se hace al frente de nuestros ojos, con el fin de imprimir un elemento de humillación innecesario para la corrección de este tipo de faltas y que es violatorio de la dignidad humana. Para el Tribunal, el hecho de que esta conducta sea visible para los miembros de la comunidad constituye una práctica que humilla de manera desproporcionada a quien la sufre.

En el momento de hacer la comparación, la Corte dice que este tipo de pena se aplica de forma menos gravosa que la situación de hecho que falla el Tribunal Europeo, por eso no la considera como pena degradante. Sin embargo, y como lo mencionamos en capítulos anteriores, la categoría de *sujeto* no reconoce la integralidad de los seres humanos, los convierte en entes alejados de un contexto social; pero si cambiamos la óptica e interpretamos que la posición del indígena que interpuso la acción de tutela es la de un individuo orgánico, la sentencia, probablemente, hubiera hecho un análisis un tanto diferente. En primer lugar, el sistema legal colombiano no posee un desarrollo dogmático en cuanto a las definiciones de sus principios constitucionales y, en especial, en el caso de la *dignidad humana*. No pretendemos decir que todo el sistema deba estar reglado, ya que el mismo sistema produce complejidad y el entorno ejerce influencia en la configuración de sus estructuras internas. Al decidir el caso, la Corte hace un análisis fáctico y comparativo de lo que significa *dignidad*

humana. En esta medida, la construcción de esa categoría al interior del derecho se debe hacer desde el derecho. Es el derecho el que tiene la función de determinar bajo su código binario la reducción de complejidad a la que se enfrenta el sistema de la sociedad. Así, las decisiones se asientan sobre el derecho y no sobre el entorno. Otra de las funciones del derecho es la de prevenir el uso de la violencia en las relaciones entre los particulares, por eso debe tener una capacidad de reacción que se da a través de las comunicaciones y de la interpenetración de los seres humanos.

Por otra parte, al considerar al ser humano como amoral, lejos de la visión esencialista, podemos hablar con mayor claridad de la persona, que en términos jurídicos es la que debe ser protegida por el derecho. En esta medida, la protección se debe hacer bajo los lineamientos que el derecho deba establecer, de conformidad al interior de su sistema.

La humillación es entendida como tortura, por eso es una pena degradante. En el caso de la comunidad indígena, la cual se encuentra en un marco legal que protege la dignidad de los ciudadanos, el hecho de que la pena se inflija en público ante los ojos de otras personas, con el fin de generar humillación, es tortura y es una pena degradante, pero cuando el significado es otro, como el de recuperar el lugar del infractor dentro de la sociedad, por el contrario, esta sanción se considera necesaria y útil.

5. CONCLUSIONES

La concepción de sujeto que heredamos de la modernidad y que es utilizada en las teorías clásicas del derecho, limita el análisis del ser humano al marco de las relaciones con los sistemas sociales. Si consideramos a los seres humanos en el esquema tradicional, en el que cada uno es una entidad aislada, será posible hacer juicios morales a los comportamientos de los individuos al interior del sistema social, lo cual, en muchas ocasiones, no es la mejor alternativa para solucionar los conflictos que se presentan al interior de la sociedad. Una teoría donde la diferencia entre sistema y entorno es el punto de partida, permite ver cómo la autonomía de los sistemas y la flexibilidad del entorno aportan a la construcción de los sistemas autopoieticos. Así, en las sentencias de la Corte Constitucional en las que se consideran, por vía de tutela, que las penas corporales son admisibles por el sistema jurídico colombiano, la definición de dignidad humana no apareció de manera muy clara, y se recurrió, por el contrario, a razonamientos fácticos. En este sentido, es el derecho el que debe determinar a quién se le aplica la protección constitucional y qué es la dignidad humana. Es, pues, a las personas con atributos jurídicos quienes son plenamente reconocidos por el derecho. El *sujeto*, simplemente, se desvanece, es una ficción que no contribuye a un entendimiento del ser humano en la sociedad. Por eso, el derecho puede tomar de su entorno, a través de la interpenetración, los elementos que le permiten la construcción de estas definiciones en las que los seres humanos pueden participar.

El conflicto de principios constitucionales se resuelve a la luz de la interpretación que hizo la Corte Constitucional, en la que está fuertemente inclinada por proteger a las comunidades indígenas y el uso de sus tradiciones. En el análisis que hace,

considera que la posición del indígena es una posición acomodada, claramente un juicio de valor, en el que no se entiende la influencia de los sistemas, ni de la forma en que se han interrelacionado con el sistema de derechos constitucionales. Si el indígena se considera parte de la comunidad, es un cuestionamiento que no tendría mucha validez, ya que el derecho está penetrando en las esferas más íntimas de la organización social indígena. Así que una posición de protecciónismo en este momento no sería lo más recomendable. Deberíamos pensar en relaciones más horizontales en las que el Estado ofrezca garantías para que las comunidades puedan convivir armónicamente y éstas a la vez puedan relacionarse de manera tranquila con la sociedad colombiana.

BIBLIOGRAFÍA

An-na'im, Abdullahi Ahmed. "Toward a Cross Cultural Approach to Defining International Standards of Human Rights: The Meaning of Cruel, Inhuman, or Degrading Treatment or Punishment", en *Human Rights in Cross-Cultural Perspectives*, Abdullahi Ahmed An-na'im (edr), University of Pennsylvania Press, Philadelphia, 1991.

García, Juan Antonio, *La filosofía del derecho de Habermas y Lubmann*, Universidad Externado de Colombia, Bogotá, 1997.

Germán, Mario, *El discurso de las humanidades en el sujeto moderno*, Universidad Santiago de Cali, Cali, 2001.

Habermas, Jürgen, *Teoría de la Acción comunicativa*, 2 volúmenes, Traducción de Manuel Jiménez Redondo, Editorial Taurus, Buenos Aires, 1981.

_____, *El discurso filosófico de la modernidad*, Traducción de Manuel Jiménez Redondo, Editorial Taurus, Buenos Aires, 1989.

López, Henrik, *Una observación de segundo grado sobre el discurso de la Corte Constitucional de Colombia: Aproximación desde la teoría de Niklas Luhmann*, Tesis de Maestría en Ciencia Política, Universidad de Los Andes, Bogotá, 2002.

Luhmann, Niklas, *Organización y decisión; Autopoiesis, acción y entendimiento comunicativo*, Editorial Anthropos, México, 1997.

_____, *Sistemas sociales: Lineamientos para una teoría general*, Traducción de Silvia Pappe y Brunhilde Erker, Coordinado por: Javier Torres Nafarrete.-Rubí (Barcelona), Editorial Anthropos, México, Universidad Iberoamericana, México, CEJA y Pontificia Universidad Javeriana, Bogotá, 1998(a).

_____, *Complejidad y modernidad: De la unidad a la diferencia*, Traducción y edición de Josexo Berian y José María Blanco, Editorial Trotta, Barcelona, 1998(b).

Mejía, Oscar, *Derecho, legitimidad y democracia deliberativa*, Editorial Temis, Bogotá, 1998.

_____, *El postestructuralismo en la filosofía política francesa contemporánea*, Universidad Nacional de Colombia, Bogotá, 2004.

_____, *Carácter y proyección de la filosofía del Derecho en el Pensamiento Contemporáneo*, Universidad Nacional de Colombia, Bogotá, 2006.

Sentencia Corte Constitucional T-349 de 1996 Magistrado Ponente: Carlos Gaviria Díaz.

Sentencia Corte Constitucional T-009 de 2007 Magistrado Ponente Manuel José Cepeda.

Sentencia Corte Constitucional T-428 de 1992 Magistrado Ponente Ciro Angarita Barón

Sentencia Corte Constitucional T-523 de 1997 Magistrado Ponente: Carlos Gaviria Díaz;

Sentencia Corte Constitucional T-1022 de 2001 Magistrado Ponente Jaime Araujo Rentería.

Sentencia Corte Constitucional T-1127 de 2001 Magistrado Ponente: Jaime Araujo Rentería.

Sentencia Corte Constitucional T-048 de 2002 Magistrado Ponente: Álvaro Tafur Galvis.

Sentencia Corte Constitucional T-811 de 2004 Magistrado Ponente: Jaime Córdoba Triviño.

Sentencia Corte Constitucional T-1294 de 2005 Magistrado Ponente: Clara Inés Vargas Hernández.

Sudre, Frederick, *La Convention Européenne des Droits de L'Homme*, Presses Universitaires de France, Paris, 1998.

White, Stephen, *The Cambridge companion to Habermas*, Cambridge University Press, London, 1995.