

LA ESTRATEGIA PLURAL EL DERECHO COMO ARMA DE LA RECONSTRUCCION SOCIAL

CAMILO BORRERO
Profesor Universidad Nacional de Colombia
Investigador del Cinep

ENCUERA

El presente escrito aborda la problemática del pluralismo jurídico en una de sus vertientes: la posibilidad que se le abre a grupos sociales para, desde su uso, reconstruir su autonomía. Aun cuando los ejemplos se relacionan con las organizaciones indígenas de reciente constitución, el debate que subyace al tema a multiplicidad de comunidades humanas que hoy viven procesos similares de reconfiguración local.

Para tales efectos, explicitaremos en la primera parte algunas ideas centrales que puedan constituir un marco de referencia del autor sobre la temática.

Posteriormente, se darán elementos característicos de estas nuevas comunidades indígenas y se precisarán las estructuras de regulación en relación con la creación de nuevos patrones culturales y el ejercicio de la legalidad oficial vigente.

Finalmente, presentaremos las conclusiones en la forma de una propuesta hacia el futuro, en donde se resaltan algunos retos fundamentales relacionados con la

construcción de cultura, la importancia del proceso educativo y la especial relación que adquiere el pluralismo jurídico en estos eventos, como una herramienta para potencializar la cohesión interna y conquistar el derecho a la diferencia.

La búsqueda de lo general

Una necesaria ubicación

Hacer una referencia explícita al papel que puede cumplir el pluralismo jurídico en relación con los procesos de transformación y cambio social impone numerosas precisiones.

En primer lugar, podría señalarse sin mayores discusiones que la conceptualización misma del así denominado pluralismo jurídico es bastante ambigua. No tanto por lo que él puede significar –por ejemplo, coexistencia en un mismo espacio y tiempo de más de dos ordenamientos jurídicos vigentes–, sino por los implícitos que son necesarios para construir dicha conceptualización: ¿A qué se le está llamando derecho?

¿Con base en qué teorización? ¿Cómo se está determinando el grado de relacionamiento que supuestamente se da entre los distintos ordenamientos o sistemas?

En segundo lugar, aun llegando a una nominación relativamente aceptable del fenómeno, cabría preguntarse si el sistema de derecho al cual estamos apelando logra cubrir efectivamente una gama compleja de relaciones sociales, de forma tal que le sea posible orientar conductas de sus asociados hacia una transformación social. En otras palabras, es inevitable el paso por el viejo debate de si son las relaciones sociales las que hacen que el derecho adquiera una cierta expresión concreta o, al contrario, el papel de regulación del derecho supone la posibilidad de intervenir en éstas relaciones, dándoles un contenido diferente al que mantenían¹.

En este orden de ideas, también sería necesario explicitar las referencias que se hacen con relación a las ideas transformación y cambio: Se trata de proponer que las comunidades introduzcan cambios en su regulación interna a partir de la posibilidad de aplicación de un pluralismo jurídico, caso en el cual habría que interrogar la pretendida bondad ahistórica y descontextualizada de las mismas, o se trata de "exportar" un modelo que parece ya funcionar hacia el conjunto social, como un marco de liberación frente a la opresión de la regulación del derecho oficial-Estado-grupos dominantes?

Finalmente, sería obligatorio delimitar el sector social de referencia. No es lo mismo la aplicación del pluralismo jurídico por parte de comunidades indígenas aisladas de la racionalidad occidental, a la aplicación del mismo en el interior de comunidades que luchan por mantener su autonomía y sus patrones culturales, o en aquellas en donde el proceso indica una búsqueda por lograr una nueva identidad cultural y la generación de nuevos patrones de vida colectiva².

1. Al respecto, consultar sobre todo De Sousa Santos, Boaventura. Derecho, Estado y Luchas Sociales. Ilsa; Palacio, Germán. El Pluralismo Jurídico. Universidad Nacional. Revista El Otro Derecho No. 7, enero de 1991, varios autores. Temis, Ilsa.

2. Ver al respecto Jacques Michel. Marx et la Société Juridique. Publusc.

Evidentemente, el presente escrito no pretende dar respuesta a las anteriores consideraciones. Estas solo le sirven de marco de referencia, le permiten no perder la brújula y conservar las proporciones del análisis. Pero el objetivo mismo del documento es muchísimo más modesto y simple:

Se tratarán de exponer algunas ideas que relacionen estos tres aspectos:

a) El proceso que se vive en Colombia de reconstitución de comunidades indígenas que habían perdido su identidad como tales y se habían transformado en campesinado mixto.

b) La tensión entre derecho oficial y normas comunitarias al interior de estos grupos.

c) El papel dinamizador que le puede competir al pluralismo jurídico dentro de este contexto conflictivo.

Una versión del objeto

La mayoría de estudios y censos que se han hecho en Colombia sobre la población indígena señalan un número no superior al medio millón de personas. Esto implicaría cerca de un dos por ciento de la población total.

Esta cifra se relaciona con comunidades que se reclaman a sí mismas como indígenas, bien porque han mantenido su autonomía frente a la sociedad occidental, bien porque a pesar del aculturamiento han logrado sobrevivir en forma comunitaria, o bien porque se han reconstituido recientemente como indígenas.

Uno podría preguntarse por las razones que hacen que el porcentaje sea tan bajo en relación con otros países de la América Latina que soportaron procesos de colonización relativamente similares.

Personalmente, me inclinaría por resaltar el complejo proceso de mestizaje y aculturamiento que se vivió en

3. En este sentido: Entre la Ley y la Costumbre. El derecho consuetudinario indígena en América Latina. Rodolfo Staverhagen y Diego Ibarralde, compiladores.

Colombia. Este generó un actor social, el mestizo, que es mayoría étnica formal en el país, pero que ni se ha reclamado ni se reclama como tal.

Durante muchos años el ser indígena fue considerado como un estigma social. Existía un cierto consenso que los hermanaba con la prehistoria y lo infantil. Casi que se planteaba su conservación en territorios de especie en vías de extinción, y su aculturamiento bajo la forma de misión salvadora de almas. No había respeto por su cultura, su tradición o su futuro.

Y, de muchas formas, a las mismas comunidades les resultaba difícil oponerse al proceso que las integraba marginal y pobremente a una sociedad competitiva y mercantil. El deslumbramiento del "progreso" y las aparentes posibilidades ilimitadas del nuevo capitalista imponían una corriente unificada de "occidentalización". Su reflejo: el abandono de la vida comunitaria, la inclusión dentro del campesinado tradicional, la migración a las ciudades, los nuevos patrones de vida, la identificación con la masa cultural.

Podría decirse que tan solo se salvaron de la aplastante integración aquellas colectividades con mucha fortaleza interna o alto índice de cohesión y aquellas que estaban por fuera de la frontera de producción capitalista. Muchas más de las segundas que de las primeras, desafortunadamente.

Pero las ventajas del nuevo sistema duraron poco. No tardaron los nuevos ciudadanos en darse cuenta que los europeos cuestan. Y, ante el improbable retorno, se tomaron nuevos caminos. La nueva identidad, el mestizaje, la selectiva integración, la protesta, el acatamiento, la represión.

La reconstrucción histórica señala diversos procesos nacionales. Podrían señalarse, entre otros, los siguientes:

***"No es lo mismo
la aplicación
del pluralismo jurídico
por parte
de comunidades
indígenas aisladas
de la racionalidad
occidental,
a la aplicación
del mismo en el interior
de comunidades
que luchan por mantener
su autonomía y sus
patrones culturales"***

La industrialización y el nacimiento de un nuevo modelo de producción de la vida social; La violencia en los campos y la guerra civil partidaria; Las luchas campesinas y el desmonte de la producción agraria tradicional; El nacimiento de la guerrilla de izquierda y la consolidación política del bipartidismo tradicional; La guerra sucia y la contrarreforma agraria obtenida a base de balas; El proceso constituyente y la notoriedad política de lo indígena.

Al lado de todos ellos, aunque no por ello menos importante, ha ido consolidándose cada vez más claramente un movimiento indígena con reivindicaciones y expectativas autónomas. Movimiento que no sólo ha logrado cohesionar las diferentes comunidades sino que ha permitido ampliar el marco de la expresión de sus necesidades, objetivos, prioridades y visiones programáticas.

Durante la década de los años setenta, esta organización indígena logrará un alto grado de institucionalización mediante la conformación tanto de la Organización Nacional Indígena de Colombia ONIC, como de diversos Consejos Regionales (por ejemplo, en los Departamentos de Cauca y Tolima).

En cierta forma, el auge de la expresión del movimiento indígena de esta época coincide históricamente con un reflujo sensible del movimiento organizado del campesinado, originado entre otras razones en la aguda represión oficial, la guerra sucia, las pugnas internas y el descontento de las masas campesinas frente al liderazgo de sus representantes.

Paralelamente, la estructura legal que protegía a las comunidades indígenas ofrecía ciertamente mayores ventajas que los marcos estrechos y reprimidos de la expresión campesina.

Estos dos factores, auge del movimiento indígena y mayores posibilidades de organización interna sin represión oficial directa, hicieron que en algunas zonas los grupos campesinos se volvieran a convertir, por así decirlo, en comunidades indígenas. Especialmente relevantes son los casos del Consejo Regional Indígena del Tolima CRIT (conformado en 1980) y el Resguardo Indígena de San Andrés de Sotavento-Córdoba (conformado en 1986).

Evidentemente, en estas zonas existían en el pasado relativamente reciente comunidades indígenas, o personas que aún conservaban tradiciones o historias de antepasados indígenas. Igualmente, en algunas de ellas el Estado había otorgado resguardos que se habían desvertebrado con los procesos reseñados pero que era factible reivindicar.

Pero es importante señalar que, sobre estas bases históricas particulares nace una tendencia dentro del movimiento, a la que he denominado, para los efectos de este escrito, como de "reconversión indígena", queriendo señalar con ello que se trata de comunidades que venían siendo externamente consideradas como campesinas y que readquieren su carácter de indígenas.

Durante el proceso constituyente estas diferencias de lo indígena fueron poco analizadas, y la tendencia fue a asumir todo el fenómeno como algo unitario, consolidado y que requería únicamente un grado de reconocimiento estatal y social mucho más comprometido del que hasta el momento se había tenido (constitucionalizar la problemática). Así, la reintegración de los indígenas a la Colombia pluralista y participativa, celebrada con igual entusiasmo por todas las partes, no significó una variación sustancial a las ambigüedades políticas, jurídicas y culturales que se venían tejiendo desde el pasado.

En apartes posteriores regresé sobre esta noción para intentar hacer una semblanza de las metas y limitaciones que co-

múnmente afrontan estas nuevas comunidades. Por el momento, con miras a observar alternativamente las dos caras de la moneda, quisiera señalar brevemente algunas características de la legislación estatal colombiana sobre indígenas.

Una breve aproximación al Estado

Al igual que otros países de América Latina, Colombia legisló desde finales del siglo anterior en aparente beneficio de las comunidades indígenas, sometidas a un proceso de exterminio físico y aculturamiento ciego inmisericordes.

Antes de la Constitución, y vistas en un panorama muy sintético y únicamente referencial, las principales orientaciones jurídicas estatales relacionadas con parcialidades indígenas eran:

La legislación nacional no se aplicaba sino en forma supletoria para los indígenas, conforme a la Ley 89 de 1890, Estatuto Orgánico en el área. Lo anterior, no obstante que los "salvajes" fueran reduciéndose a la vida civilizada por medio de Misiones, o que los indígenas entrasen a la vida civil.

La tenencia de la tierra indígena se daba mediante Reservas Indígenas (Territorio delimitado para el asentamiento de la comunidad cuya titularidad estaba en cabeza del Estado) Resguardos Indígenas (con características similares a las anteriores, pero la titularidad de la tierra en cabeza de la comunidad) y Comunidades Civiles Indígenas (sin titularidad para el lugar donde estaban asentadas sus familias).

El Cabildo era concebido como la máxima autoridad interna. Dotado de un cuerpo colegiado, desarrolla funciones económicas y administrativas, sus Documentos tienen carácter de Públicos y puede desempeñar funciones en relación con la comunidad interna conforme a las propias parcialidades.

"Durante muchos años el ser indígena fue considerado como un estigma social. Existía un cierto consenso que los hermanaba con la prehistoria y lo infantil"

Los indígenas no estaban obligados a prestar servicio militar obligatorio, no pagaban derechos notariales y eran considerados "pobres de solemnidad".

En relación con la educación en zonas indígenas, se establecía que los programas educativos debían respetar la cultura, lengua, tradiciones, creencias y autoridades de las comunidades. Los profesores debían ser indígenas elegidos por las propias comunidades, y para serlo no se necesitaba ser bachiller ni normalista.

La enseñanza en los primeros años debía ser en lengua materna. La educación debía desarrollar la cultura propia y enseñar a conocer las otras culturas que hay en Colombia. Las comunidades indígenas debían orientar, vigilar y evaluar cualquier programa educativo que se desarrollara en el Resguardo.

En relación con la salud, los programas debían adaptarse a la organización, economía, creencias y cultura de los indígenas, integrando la medicina moderna con la tradicional. En todas las comunidades debían haber puestos de salud atendidos por promotores indígenas, elegidos por la comunidad.

Los servicios de salud en los Hospitales y puestos del Gobierno eran totalmente gratuitos para indígenas.

El cultivo de plantas de las cuales se produzcan sustancias estupefacientes debería ser reglamentado, conforme a los usos y prácticas derivados de la tradición y cultura de las comunidades.

En materia penal, eran considerados como inimputables, siendo asimilados a inmaduros sicológicos al no comprender nuestra lógica jurídica. La legislación penal prescribía la posibilidad de aseguramiento, consistente en reintegro a su medio natural en caso de ilícitos.

Evidentemente, muchas de las normas descritas tan solo tenían una aplicación "nominal", en la medida en que implican únicamente su formulación escrita más no su aplicación concreta. Pero es importante relacionar el conjunto, en aras a compararlo con las normas constitucionales aprobadas en 1991.

Por el artículo séptimo de la nueva Carta, el Estado reconoce y protege la diversidad étnica y cultural de la nación colombiana. Conforme al octavo, es obligación del Estado y de las personas proteger las riquezas culturales y naturales. El noveno, establece el principio de auto-determinación de los pueblos. El sesenta y ocho, inciso quinto, dispone que los integrantes de los grupos étnicos tengan derecho a una formación que resalte y desarrolle su identidad cultural. En el setenta se habla de la cultura como fundamento de la nacionalidad colombiana y del reconocimiento por parte del Estado de la igualdad y dignidad de todas las culturas que conviven en el país, así como de la promoción de la investigación, la ciencia, el desarrollo y la difusión de todos los valores culturales de la nación, y en el setenta y dos se especifica que el patrimonio cultural de la nación está bajo la protección del Estado y se establece que tanto el patrimonio arqueológico como otros bienes culturales que conforman la identidad nacional pertenecen a la nación y son inalienables, imprescriptibles e incmbargables. En desarrollo de lo anterior, defiere a la Ley la posibilidad de reglamentar los derechos especiales que pudieran tener los grupos étnicos asentados en territorios de riqueza arqueológica.

Por su parte, el artículo 286 reconoce a los territorios indígenas el carácter de entidad territorial, gozando por lo tanto de sus facultades (como, por ejemplo, la de gobernarse por autoridades propias o administrar sus recursos). En desarrollo de lo anterior, el artículo 330, sobre funciones de los gobiernos de los territorios indígenas, dispone que de conformidad con la Constitución y las leyes los territorios indígenas estarán gobernados por consejos conformados y reglamentados según los usos y costumbres de sus comunidades y ejercerán, entre otras, las siguientes funciones: velar por la aplicación de normas legales sobre usos del suelo y poblamiento, diseñar los planes de desarrollo económico y social (en armonía con el plan nacional), promover la inversión pública, percibir y distribuir sus recursos, velar por la preservación de los recursos naturales, coordinar los planes y proyectos locales y colaborar con el mantenimiento del orden público (de acuerdo a instrucciones y disposiciones del Gobierno Nacional).

Como se observa, y a juicio de muchos, se trata de normas de carácter genérico, algunas de gran imprecisión técnica, que en estricto sentido constitucionalizan lo que existía y que, mal pensadas, integran al mundo indígena en forma dependiente, habida cuenta de sus escasas posibilidades de impactar real y efectivamente al Gobierno Nacional.

En este contexto, nos interesa resaltar sobre todo una norma, la del artículo 246, que establece: "Las autoridades de los pueblos indígenas podrán ejercer funciones jurisdiccionales dentro de su ámbito territorial, de conformidad con sus propias normas y procedimientos, siempre que no sean contrarios a la Constitución y *leyes* de la República. La ley establecerá las formas de coordinación de esta jurisdicción especial con el sistema judicial nacional (negrillas nuestras)".

Desarrollada por el Decreto 436 de 1992, esta disposición mantiene en Colombia el ámbito del pluralismo recortado o subordinado, en la medida en que lo supedita a la ley creada desde otra cultura. Sin embargo, constituye el principal marco de referencia actual en materia de organización y administración autónoma de justicia, y frente a sus potencialidades y complejidades se desarrollará este artículo.

La regulación social de la vida cotidiana

Básicamente podríamos trabajar explicitando la siguiente hipótesis: la regulación de la vida cotidiana nace como un imperativo de la cohesión social, acrecentándose su explicitación formal o normativa a medida que la sociedad de referencia se hace más diferenciada⁴.

En esta perspectiva, comunidades con escasa diferenciación social no necesitarán formalizar sus cánones reguladores en la medida en que éstos se harán evidentes por otros procesos de la vida comunitaria. Por el contrario, las sociedades occidentalizadas han seguido un proceso histórico de diferenciación, división del trabajo

4. Como se observa, se trata de una visión inspirada en los trabajos de Emilio Durkheim sobre la diferenciación social.

y formalización que, temporalmente, las ha llevado al monopolio de la regulación social coercitiva por parte del Estado y a un alto grado de normativización.

Con lo anterior no estamos introduciendo ni juicios de valor ni señalamos una determinada progresión histórica. Para ser mucho más explícitos: no consideramos que sea de por sí bueno o malo tener una determinada normativización o carecer de ella. Tampoco pensamos que la humanidad haya seguido un camino de "racionalidad" que la haya llevado a este "progreso" en la forma de regulación social occidental. Mucho menos consideramos al derecho como una categoría única, ahistórica o esencial a la naturaleza humana.

Hemos sustentado la hipótesis con miras a poder explicar la siguiente tensión: a pesar de las múltiples diversidades y entendimientos, la mayoría de las formas existentes o pensadas de comunidad indígena se relacionan con la comunidad local de no muy grandes proporciones. Ahora bien, la comunidad así entendida no es únicamente una curiosidad geográfica sino que supone un modelo de vida en donde las relaciones de solidaridad, autoridad, pertenencia o entorno natural adquieren una significación especial y autónoma.

Esta comunidad, por lo tanto, deberá generar siempre un modelo propio de regulación de sus relaciones sociales, así como un modus operandi para relacionarse con las comunidades vecinas y con el mundo exterior en general.

En la medida en que estas comunidades hacen parte de una formación social diferente, y en muchos aspectos opuesta a ellas, el respeto de sus propias regulaciones no es automático sino que se establece en una relación tensionante y subordinada.

Pero no hay alternativas. La sobrevivencia de la fórmula de vida comunitaria depende de su autonomía para fijarse unas reglas propias que sean aceptadas e impulsadas por sus miembros. El problema es que en el caso de las comunidades indígenas, estas fórmulas de vida se piensan, por lo menos en principio, como contradictorias con las impulsadas por la sociedad mayor que las relaciona. Por lo tanto, se piensa que sólo sobrevivirán

creando sus regulaciones y, al mismo tiempo, ganando espacios frente a la normativización generalizadora. No aparecen opciones neutras o indiferentes que no lleven a corto o mediano plazo a la integración y destrucción del modelo de vida indígena.

Ahora bien, para el ejemplo que nos ocupa de comunidades en proceso de volver a ser indígenas, podría discutirse si esta regulación propia efectivamente se logra "reconstruir", si el fruto de ello es derecho y cuál es el interés del Estado para propiciarlo a través de una determinada legalidad oficial.

En el primer caso, la pregunta sería la siguiente: ¿cuál es la especificidad que hace que una determinada regulación de relaciones sociales de las comunidades se convierta en derecho?

Pienso que, al respecto, existen diferentes vías no excluyentes de interpretación:

La primera tiende a buscar dentro de las categorías mismas de la regulación, las normas, aquello que conformaría lo específico del derecho⁵. Se dirá, por ejemplo, que es su contenido o finalidad las que determinan lo jurídico, como en el caso de aquellas netamente intersubjetivas y que buscan el bien colectivo, o aquellas relacionadas con la función de castigar, contratar o reglamentar la propiedad. Otra opción es considerar la forma de producción general de normas, como en el recurrido caso de considerar las jurídicas como aquellas "si es A, debe ser B", o "si deseas A, debes B".

5. Una aproximación global al asunto, y que es la que aquí se sigue, en Bobbio, Norberto. Teoría General del Derecho. Ternis.

***"Al Estado
no le interesa
en realidad determinar si
le está confiriendo
la potestad
de administrar
justicia
a verdaderos
sistemas jurídicos
o a embriones
normativos inconexos.
Lo que le interesa
es que unos
y otros respeten
su normatividad"***

La segunda vía consiste en pensar que es derecho lo que socialmente se reconoce como tal. Con esto se enfatiza el proceso productor de la norma, y por ende se ponderan las razones de fuerza y eficacia simbólica. Así, durante pasadas épocas esta función definitoria le correspondía a la Iglesia, al Rey o a formas de consulta popular. Hoy en día, el monopolio del Estado sobre la creación de la normatividad, la coerción y la regulación de las relaciones entre individuos y Estado sería lo determinante en la definición de lo que se considera derecho.

La tercera, a mi juicio la más interesante, supone la coexistencia de dos tipos de reglas para hablar de derecho. Unas, primarias, establecen genéricamente obligaciones ("Como ocurre en el derecho primitivo de muchas sociedades, ella puede consistir simplemente en que en un documento escrito o en algún monumento público hay una lista o texto de las reglas, dotado de autoridad...")⁶). Otras, secundarias, involucran el reconocimiento, cambio y adjudicación de normas y competencias, introducen la idea de sistema y son el germen de la validez jurídica.

La postura teórica, fundamentalmente implícita, que se tenga es definitiva a la hora de juzgar la fuerza intrínseca de las formas de regulación social. En este orden de ideas, una comunidad que se reconoce a sí misma como productora de derecho, y entiende por tal un sistema

6. En general se adopta aquí la presentación de H. L. Hart. El Concepto de Derecho. En especial, capítulos 5 y 6. Una aplicación muy interesante de la misma se encuentra en Ballón Aguirre, Francisco. Sistema Jurídico Aguaruna y Positivismo. En Entre la Ley..., op. cit. pp 117 a 140.

unificado que va mucho más allá de un catálogo de comportamientos, tendrá muchas más posibilidades de resistencia que una comunidad que intrínsecamente esté convencida que el único derecho válido es el producido por el Estado, y que mira su propia normatividad como inconexa y dependiente.

Esta lógica de reconocimiento, que pone el énfasis en el productor del derecho, se mide básicamente por la eficacia del sistema. Si éste es eficaz en su conjunto, independientemente de las normas particulares que lo sustentan, tenderá a ser válido. De lo contrario, se ponderarán únicamente algunas estrategias normativas para solucionar ciertos conflictos, mas no el conjunto del sistema⁷.

Pero no es igual la respuesta si el énfasis se coloca en el ente que reconoce la validez del derecho plural sin ser el productor del mismo. Es el caso, por ejemplo, del Estado colombiano.

En este evento, generalmente el interés no está dado por la eficacia que pueda tener una reglamentación para la misma comunidad, sino por los beneficios que deriva el ordenamiento mayor al reconocer al considerado como menor. Tanto así que no se requiere una especial caracterización del mismo. Por ello al Estado no le interesa en realidad determinar si le está confiriendo la potestad de administrar justicia a verdaderos sistemas jurídicos o a embriones normalivos inconexos. Lo que le interesa es que unos y otros respeten su normatividad.

Además, mientras las comunidades actúen como entidades micro, aisladas del conjunto social, al Estado le es menos oneroso encornendarles a ellas mismas su control interno: no solo le cuesta menos dinero en relación con su propia administración y burocracia y le evita conflictos inútiles, sino que el modelo mismo aumenta la disociación con la sociedad global, y éste sería el punto de control del Estado, al no permitir una relación directa y creativa entre comunidades. En otras palabras, mantener

el espacio de la pequeña comunidad aislada y en relaciones externas controladas por el aparato estatal es un buen negocio.

Visto así el problema, la cuestión sobre el pluralismo convertido en una mera estrategia de integración se torna más compleja: a menores requisitos de sistematicidad, mayores riesgos de normativización abstracta. Y quienes toman dichosos la colombina de la autonomía genérica, sin ratificarla en la práctica, resquebrajan las posibilidades de construir comunidad.

Regreso al pluralismo

En relación con algunos aspectos del ya anunciado pluralismo jurídico, quisiera aclarar el sentido con el que he venido utilizando algunas categorías del mismo:

Entiendo éste como la coexistencia de dos o más ordenamientos jurídicos para la regulación de la vida cotidiana de una determinada comunidad, localidad, región o nación, cada uno con específicos niveles de eficacia.

El trazo central y fuerte de la anterior conceptualización reside en la palabra ordenamientos, no en coexistencia. Lo que quiere decir que el simple antagonismo de normas o costumbres aisladas, o sin posibilidades de integrarse en un sistema coherente y con pretensiones unitarias, no constituye pluralismo para los efectos aquí comentados.

En segundo lugar, pienso que la categoría movilizadora tiene que ver con la eficacia de los sistemas coexistentes. Es decir: el interés del pluralismo no radica tanto en la constatación de que otras entidades diferentes al Estado puedan crear derecho, tema por demás en discusión desde antes de la Edad Media. Lo que resulta paradójico es que una comunidad pueda apelar a dos o más ordenamientos, con distintos grados de eficacia, para resolver conflictos de justicia.

Y ello es así por cuanto en principio cabe la hipótesis de que cada ordenamiento jurídico obedezca a principios, fines y valores diferentes. Y que esta diversidad se exprese

7. Como se observa, aquí se podrían relacionar las tesis de Hart sobre reglas de reconocimiento y de Brubio sobre validez del sistema jurídico.

tanto en la misma forma de jerarquizar normas y procedimientos, como en la disposición de uso de herramientas metodológicas como la argumentación y la retórica.

Siguiendo este orden de ideas, el pluralismo no es en sí signo de mayor o menor estructuración social. Tampoco augura liberalización o sujeción. Toca, sí, el terreno de la solución pública e institucionalizada de conflictos. Y abre la puerta para que dicho terreno público sea más o menos efectivo.

Ejemplifiquemos la anterior aseveración: Una determinada comunidad indígena puede apelar al uso de su propio sistema jurídico para solucionar problemas relacionados con tierras, y al sistema estatal para que resuleva aquellos derivados de la institución familiar. En la medida en que la eficacia de ambos sistemas sea óptima, los conflictos que surjan en cualquiera de estas esferas encontrarán un terreno público e institucionalizado para resolverse. Pero el problema nace cuando se quiera alterar el ámbito de eficacia, acudiendo por ejemplo al sistema estatal para resolver un lio de límites territoriales.

Ahora bien, estos roces tienden a ser estructurales por una tendencia compleja: los sistemas jurídicos, así como las culturas, tienen generalmente pretensiones hegemónizantes. Y desde dichas pretensiones buscan o bien deslegitimar a sus colaterales, anulándolos, o integrarlos en forma subsidiaria y subordinada a su propio ordenamiento. Los ejemplos sobre el lugar que ocupa el derecho indígena en nuestro ordenamiento "mayor" son claros al respecto.

Por ello el pluralismo jurídico es un terreno que generalmente se encuentra en lucha, en reacomodo, en conflicto. Pero igualmente por ello es que muchos actores luchan desde este terreno por reconquistar la autonomía; precisamente porque la eficacia que se puede ganar hacia

"A juicio de muchos, se trata de normas de carácter genérico, algunas de gran imprecisión técnica, que en estricto sentido constitucionalizan lo que existía y que, mal pensadas, integran al mundo indígena en forma dependiente"

un sistema de tratamiento de conflictos, y por ende hacia un universo cultural y sus concepciones y acuerdos sobre la justicia y lo público, daría tal legitimidad que garantizaría la autonomía. Lo cual, dicho en otros términos, es volver al mismo sitio: tanto los funcionarios del Estado luchan por integrar, como los activistas de la comunidad indígena por la autonomía. En últimas ninguno quiere el pluralismo. Este es tan sólo una estrategia temporal. La realidad está en algún punto entre las tendencias.

La reconstrucción indígena

El reto de volver a ser

Tal como lo mencioné en la primera parte de este escrito, durante los últimos años se ha venido produciendo en Colombia un fenómeno relativamente singular: colectividades campesinas que habían perdido su patrón de identidad como comunidades indígenas han venido reivindicando su antigua pertenencia y se han "reconstituido" nuevamente como parcialidades indígenas.

Lo anterior ha supuesto una triple tensión: Frente al Estado, para lograr el reconocimiento de su estatus; frente a los individuos, para crear formas de vida que los vuelvan a conformar como comunidades indígenas; finalmente, frente a los otros movimientos sociales –especialmente los campesinos– para delimitar el ámbito de sus nuevas acciones colectivas.

Como lo hemos visto, el Estado no ha desarrollado una visión unívoca del indígena. Lo anterior ha implicado que ésta sea una categoría ambigua, dependiente en muchas oportunidades de los funcionarios de turno y difícil de probar o de negar.

Tampoco existe una reglamentación precisa para invocar o perder el carácter de indígena. Esto lleva a que

el estatus de indígena no se pierda o se gane conforme a una sola actuación o a determinadas formas de relacionarse con el exterior.

Algunos ejemplos de lo anterior serían los siguientes: no obstante que los indígenas no estén obligados a prestar el servicio militar, el hecho de que lo hayan prestado no significa inmediatamente que pierdan su carácter de indígenas. Igualmente, en lo relacionado con la aplicación de la legislación estatal, el hecho de acudir ante los tribunales ordinarios en demanda de justicia, haciendo omisión de las instancias comunitarias contempladas en la legislación indígena, no supone pérdida del derecho de obrar la vez siguiente al contrario.

Esta estructura general permitió, y en cualquier momento puede volver a hacerlo, que los grupos que socialmente habían dejado de vivir y reglamentarse como comunidades indígenas pudiesen, en un momento histórico preciso, invertir la relación y presentarse nuevamente como parcialidades.

Es evidente que el Estado no tiene una respuesta única frente a la situación y que los funcionarios sospechan políticamente de la maniobra. A pesar de ello, no se ha tomado una decisión radical, permitiéndose en principio la reconversión.

Con lo anterior se quiere señalar un derrotero a discutir: ¿Por qué al Estado no le es inconveniente ni disfuncional la existencia de comunidades que jueguen a perder y recuperar identidades?

Porque obviamente esta nueva forma de discutir reivindicaciones sociales tiene sus exigencias: aumento de funcionarios para el área, cambios en la asignación del gasto social, tensiones diferentes en la lucha por la tierra, nuevas modalidades organizativas. De esta forma, ya no se trata de la toma de tierras para los que la trabajan o

"En el caso de las comunidades indígenas, estas fórmulas de vida se piensan, por lo menos en principio, como contradictorias con las impulsadas por la sociedad mayor"

necesitan, sino que se habla de recuperar aquellas que antes le pertenecían a la comunidad y que se habían perdido por razones de persecución o exterminio. Importante sesgo por cuanto no se enfrentan legalidad formal versus realidad, sino dos concepciones jurídicas, o de derechos, diferentes. De manera similar, se buscará el reconocimiento estatal de las formas de organización indígena por la tradición, no por el derecho a organizarse. Esto supone la creación de la autoridad indígena como una continuidad con el pasado y su legitimidad.

La construcción de regulaciones sociales

Hemos mencionado genéricamente que la reconstitución de los grupos como comunidades indígenas supone la necesidad de crear nuevas formas de vida social.

Uno de los aspectos que más se ha prestado a diferencias es el de determinar los alcances de lo que deben ser las regulaciones controladas por las nuevas autoridades comunales.

En principio, se cuenta con las normas constitucionales ya referidas en apartes anteriores. Esto implicaría que se siguiera un camino más o menos marcado por los siguientes postulados: se recupera el ser indígena, se adhiere a la legislación que protege a los indígenas, y como ella establece en qué y sobre qué puede basarse la autoridad, pues se aplica esta nueva autoridad sobre las materias allí consignadas.

En esta vía, estos cabildos obrarian casi que como grupos para-estatales, en la medida en que su autoridad y competencia se deriva de una normatividad específica

avalada por el Estado, y no en el grado o forma de relaciones sociales que produzca la comunidad. O, dicho en otros términos, es el aparato administrativo central el que confiere autoridad, no la realidad de la vivencia comunitaria.

Es evidente que muchos grupos se niegan a aceptar en la práctica esta linealidad social que le confiere autoridad al cabildo. Para ello, generalmente no denuncian su arbitrariedad, sino que desvalorizan su basamento, supravalorando a las "verdaderas" autoridades estatales que tienen la ventaja aparente de ser más directas y poseer mayor poder de generar cambios reales.

La segunda alternativa ha consistido en generar una dualidad permanente: el cabildo y las autoridades comunitarias indígenas tendrían prevalencia y encontrarían apoyo en lo relacionado con la reivindicación de mejores condiciones de vida, negociaciones globales con el Estado, eventualmente distribución de tierras ante recuperaciones y distribución de porcentajes de trabajo comunitario. En relación con la vida particular, la relación con la vecindad o las relaciones individuales con el Estado, seguirían manteniéndose las formas de regulación de la sociedad global.

Finalmente, el nivel general que buscaría un cabildo convertido en la forma de vivir comunitaria y unas autoridades indígenas que representen no solo un movimiento sino una cultura compartida, es más un proyecto en vías de constitución que una realidad de estas nuevas comunidades. Existe una cierta percepción de que este modelo difícilmente se aplicará con los mayores, quienes han hecho parte de las dos sociedades y sacan el mejor partido de cada una de ellas. La esperanza son entonces los jóvenes y los niños. Y, como en el punto anterior, la pregunta que flota en el ambiente es si ésta es una labor para generar una sociedad global diferente o para reconstituir un mundo indígena particular.

Administrar justicia, el terreno de lo plural

En principio el cabildo, ordinaria organización interna de cada uno de los grupos indígenas que pertenecen a una parcialidad indígena, sería la entidad comunitaria depositaria de la facultad de administrar justicia en relación con los asuntos de su propia comunidad.

Esta función no se deriva –o no debiera derivarse– del hecho de que así lo reconozca la legislación estatal. Por el contrario, aún contra la voluntad del Estado o de los grupos circundantes, compete a la misma comunidad generar una forma interna en quien deposite esta facultad de especificar las regulaciones legales internas y decidir con fuerza coercitiva genérica sobre los conflictos sometidos a su consideración.

Ahora bien, ésta es más una declaración de principios que una realidad lática. Lo que nos demuestra la cotidianidad es una gran resistencia a aceptar ciertas regulaciones provenientes del cabildo, sobre todo cuando contrarían explícitamente derechos "adquiridos" en la legislación estatal. En el fondo, lo que se encuentra es una desarticulación de la legitimidad del cabildo. En la medida en que quienes lo conforman en estos casos lo hacen por nuevos mecanismos, como la votación de una comunidad que no vive efectivamente como tal, adquieren un carácter de autoridad representada, bastante similar a las organizaciones de la sociedad occidentalizada.

En otras palabras, lo que la gente votante da, no es la función del cabildo. Esta función no se adquiere con el voto sino con la implementación de ciertas y determinadas relaciones sociales. De lo contrario, que es lo que corrientemente sucede, el cabildo adquiere las mismas características de la autoridad estatal, pero subordinadas, y duplicará deficientemente sus funciones.

Bajo estas características, su labor de administración de justicia se torna compleja de comprender. A veces parece una extensión del ámbito estatal. A veces, se configura como la diferencia a partir de la cual reivindicar. Y, a veces, si administra autónomamente justicia.

Estos eventos se relacionan fundamentalmente con la distribución interna de tierras, con la absolución de controversias internas de índole civil y con el control de conductas delictivas menores. Es decir, causas que cabrían entre lo que genéricamente ha dado en denominarse "causas menores", ordinariamente poco atendidas por el derecho estatal⁸.

8. Una exposición general sobre el tema de causas menores en Uprimny, Rodrigo. Justicia y Resolución de Conflictos. La Alternativa Comunitaria. Pensamiento Jurídico No. 1. Universidad Nacional de Colombia.

El primero de los aspectos es el que más fácilmente encuentra vías de aplicación. En la medida en que a partir de la reconstitución indígena se inician normalmente una serie de acciones tendientes a recuperar las tierras perdidas, esto le da al Cabildo y a la comunidad una base real para decidir posteriormente la distribución de los terrenos adquiridos, pudiendo llegar inclusive a la constitución de terrenos de carácter colectivo.

Caso diferente representa el que el cabildo intente redefinir la titularidad preexistente sobre la tierra. En este evento encontrará muchísimas resistencias, e incluso los miembros de la misma comunidad le negarán la legitimidad para hacerlo. Situación similar se le presenta al tratar de regular las relaciones que conciernen a la sucesión hereditaria. Salvo que en la zona sea aceptado un criterio diferente al legal oficial, como es el caso de la sucesión por línea materna, éste terminará aplicándose. Y el cabildo encuentra limitaciones para crear un sistema diverso que integre por ejemplo la sucesión hacia la comunidad o la imposibilidad de dividir la tierra.

Lo anterior estaría señalando que el Cabildo tiene posibilidades de regulación hacia el futuro en aquellos casos relacionados con tierra que no estuviera en poder de la comunidad, pero que pierde esta facultad tan pronto como se la entrega a alguien en propiedad. Por otro lado, son pocas las comunidades que aceptan mantener la tierra en indivisibilidad permanente.

En relación con la regulación de asuntos internos de carácter civil, el Cabildo en particular y las comunidades en general intervienen comúnmente para definir conflictos de límites, servidumbres de paso y agua, perturbaciones de la posesión, acuerdos contractuales y derechos de sucesión.

La línea general es que a menor consolidación de la propiedad sobre la tierra por parte del cabildo, éste tenga mayor influencia para definir los conflictos, mientras que a mayor consolidación de la propiedad comunitaria e individual el cabildo tenga menor posibilidad real de terminar el conflicto por sus decisiones.

A la base de lo anterior podemos encontrar dos elementos. El primero es apenas lógico: mientras la

propiedad o posesión sobre la tierra no se adecúen a la "legalidad oficial", es muy difícil acudir a ella y por tanto debe aceptarse la mediación del cabildo o la comunidad. Una vez que se logren grados mayores de consolidación, habrán mayores expectativas de los contendientes por una solución "legal", lo que implica el pronunciamiento de una autoridad estatal oficial.

El segundo elemento tiene que ver con la dualidad siempre presente en estas nuevas comunidades. En la medida en que conocen las reglas de los dos lados, permanentemente buscarán jugar en ambos con miras a obtener su beneficio personal. De esta manera, si la comunidad o el cabildo les desconoce su pretendido derecho, buscarán en las instancias oficiales una decisión contradictoria y, en todo caso, abogarán por la aplicación de la que más les convenga.

No existe, por así decirlo, fidelidad frente a las decisiones del cabildo, y a veces se tiene la sensación de que se recurre a él por el elevado costo que implicaría acudir ante las autoridades locales oficiales.

Diferente es la situación cuando se trata de actuaciones que tienen el cariz de "ilegalidad oficial", como son los relacionados con tomas de tierra, protestas colectivas o presiones a terratenientes o funcionarios. En todos estos casos es común encontrar una identificación alrededor de la legitimidad del cabildo para tomar directrices y decisiones que afectan a la comunidad en general, y se acatan las órdenes o recomendaciones adoptadas.

Finalmente, en lo que respecta a la posibilidad de intervenir en los casos que se relacionan con control de conductas delictivas, se mantiene una actitud ambigua bastante similar a la anotada previamente. Por una parte, el cabildo es más una tribuna pública para ventilar diferencias y hacer acusaciones generales, buscando una condena por la vía de la reprobación colectiva. Es raro que dicha autoridad vaya más allá de decisiones de carácter genérico, y que toque aspectos relacionados con los bienes o con la integridad personal.

Al respecto, parece que se ha internalizado bastante la idea del privilegio y la prevalencia del sujeto y, a pesar

de que se considere que debiera ser tomada algún tipo de medida que afecte a éste –como serían los casos de restricción locomotiva, encierro, castigos corporales, etc.– se prefiere no pasar de la amonestación pública y se deja en manos de la “justicia oficial” el estudio de medidas de carácter más represivo.

El valor de los procedimientos

Globalizando lo anterior, puede observarse que es pequeño el marco de aplicación de regulaciones sociales internas diferentes a las de la legalidad oficial y que sean el reflejo de la vida comunitaria que se impulsa. El énfasis de este tipo de justicia, por lo tanto, no se encuentra tanto en la materialidad de su normalidad como en el procedimiento (más explícitamente, en las llamadas reglas de reconocimiento). Es decir, lo valioso de la experiencia es el acudir a un tribunal compuesto por pares, en donde las ritualidades procesales toman otro sentido: el de asegurar la convivencia, fomentar la solidaridad o reforzar la identidad.

En este orden de ideas, el mayor aporte que pueden hacer estas experiencias no es el de una nueva legalidad, sino el de implementar procedimientos y formas de decidir diferentes. De aquí el tremendo peso que adquiere, por ejemplo, la argumentación y la retórica durante el proceso; todas las partes hablan, casi sin tiempo ni preclusión de oportunidades. Los representantes de los cabildos buscan una y otra vez acercamientos y ensayan diversas soluciones, a ver si son convincentes, antes de dar por terminado el caso.

Ahora bien, esta disposición procedimental involucra una nueva o diferente concepción de la administración de justicia, más vinculante y dialógica. Y en ello, quizás, reside su eficacia. Elemento capital si consideramos, con Bobbio, que la eficacia de un ordenamiento jurídico es su condición de validez.

Conforme a la teoría general de las funciones del derecho, éste debe cumplir por lo menos cuatro si quiere insertarse adecuadamente en una sociedad: proponer un

modelo de normas de comportamiento, tramitar los conflictos, legitimar el poder y generar certezas.

De acuerdo a lo que hemos someramente analizado, las comunidades indígenas de reciente reapropiación, o reconvertidas, tienen bastantes dificultades en tres de las funciones anotadas: generar un modelo autónomo de comportamientos, autonomizar la legitimidad del cabildo de la del Estado y generar certezas sobre sus propias decisiones. Paralelamente, demuestran una gran potencialidad para resolver conflictos, gracias a la introducción de otra racionalidad procesal⁹.

Este último aspecto debería, por lo tanto, ser estudiado y reforzado. Obviamente, ello podría derivar en un modelo meramente funcional al Estado: lograr un mecanismo que le permita poner en aplicación su propio ordenamiento, gracias a la viabilización que de él hace la autoridad indígena. Pero creo que en este punto no radica el problema verdadero. La crisis de la justicia en Colombia no proviene de la falta de credibilidad normativa, sino del alejamiento frente al aparato encargado de administrar justicia.

Encontrar, por lo tanto, un camino para restituir soluciones consensuales y concertadas de conflictos menores, que cuenten con una particular eficacia no gracias al poder físico que rodea las decisiones sino a su fuerza vinculante, es tarea mayor. Quizás, la tarea de la justicia.

9. Sobre este aspecto, consultar Ferrari, Vicenzo. *Las Funciones del Derecho*. Editorial Debate.