

ABC EN DERECHOS INDIGENAS: pluralismo juridico con Esther Sánchez Botero

Esther Sánchez Botero

Universidad de Los Andes - Colombia

Entrevista realizada por:

Raquel Yrigoyen -

Instituto Internacional Derecho y Sociedad - Peru

Transcrição do vídeo publicado em 20 de fev de 2017,
pelo Instituto Internacional Derecho y Sociedad - Peru.

Disponível em https://www.youtube.com/watch?v=6_k7sWpbvCU&t=44s

Enviado pela profa. Dra. Raquel Z. Yrigoyen

Transcrição e revisão de texto:

Vanessa Ortiz

Departamento de Estudios Latino-Americanos - ELA/UnB

Nos encontramos con Esther Sánchez Botero de Colombia, ella es antropóloga de la universidad de los Andes con diplomado en hermenéutica jurídica de la universidad del Rosario y con doctorado en derecho de la Universidad de Ámsterdam.

Es un gusto contar con Esther en este programa para tratar el tema del pluralismo político igualitario. Ella también es miembro fundador internacional del Instituto “Derecho y Sociedad”; docente de esta misma institución y además autora de una serie de publicaciones y creadora del concepto de la fuente de entendimiento intercultural. Ella es perita de la Corte Constitucional de Colombia y de la Corte Inter-americana de derechos humanos

Esther Sánchez Botero: estos sistemas de normas tienen diferentes fuentes, y en el caso de los pueblos indígenas, la misma Corte Constitucional define posteriormente que no solamente van a ser reconocido los derechos de los pueblos indígenas, sino que también lo extienden a los afrocolombianos, a los raciales de san Andrés, a los palanqueros en Cartagena y a los gitanos.

Raquel Fajardo: tenemos una realidad de pluralidad en la que existen diferentes sistemas regulatorios que pueden ser de los pueblos indígenas o de otros grupos. Tú participas por ejemplo en el “Caleidoscopio de las justicias”, coordinado por Boaventura de Sousa Santos que refleja esa pluralidad de sistemas normativos.

Esther Sánchez Botero: correcto, por ejemplo algunos autores trabajan el ejercicio de la justicia ilegal de la guerrilla, el ejercicio de la justicia paramilitar, entonces si bien esas son expresiones de normas ilegales que el Estado ha clasificado como ilegal, muy distinto es cuando a partir de la constitución de 1991 el Estado reconoce en el artículo 246 a las autoridades indígenas, las cuales puedan conocer, juzgar y sancionar de acuerdo a sus normas que son diferentes a las del derecho positivo estatal.

Raquel Fajardo: bien, entonces, estamos distinguiendo que existe esta pluralidad de sistemas que regulan con sus propias normas; de esta pluralidad el derecho constitucional ha legalizado el reconocimiento de los sistemas jurídicos indígenas y que se ha extendido a los

pueblos afro, gitanos o ROM. Creo que en América Latina la tendencia va por ahí, también en Ecuador la constitución ha reconocido a los pueblos de ascendencia africana al igual que Bolivia, entonces este reconocimiento de pluralismo jurídico ha sido una novedad en América latina. Así, pues ¿Cuáles han sido las ventajas de que las Constituciones reconozcan a estos sistemas jurídicos indígenas y afrodescendientes?

Esther Sánchez Botero: en primer lugar podemos imaginar en lugares como Colombia, pero puede ser también en Perú, Guatemala o en México la no presencia del Estado. Esta situación permitió que comunidades étnicas pudieran generar un orden interno para definir ¿qué hacer con un niño huérfano?, o definir ¿qué hacer con una viuda?, o preguntarse ¿cómo se transmiten los bienes en ausencia de un Estado que lo estuvo por años y lo aún lo sigue estando? Adicionalmente hay unos lineamientos para saber ¿cómo se controla el agua, el bosque, la pesca, los materiales para construir, etc.? Todo esto está regulado internamente por autoridades que son reconocidas colectivamente, y lo que hace la Constitución es reconocer, pero ante todo valorar lo que se sabía; se sabía que esas comunidades en años no tenían asesinatos y ¿por qué no había?, pues porque existía un control interno, y si se presentaban este tipo de hechos, habían autoridades para regular la situación. Sin embargo, estas autoridades no estaban legalizada hasta el 1991; solo después de esta época pasan a ser oficializadas y legalizadas, entonces es posible hablar de un pluralismo jurídico

de tipo igualitario. La autoridad allá tiene el mismo valor que la autoridad del Estado con competencia jurisdiccional.

Raquel Fajardo: este punto es muy importante porque en primer lugar tenemos que el pluralismo jurídico destaca la existencia de sistemas normativos diversos. Es decir que bajo principios constitucionales se reconoció sistemas normativos como el de los indígenas. En este sentido, tenemos el reconocimiento del pluralismo jurídico en sede constitucional y también el del derecho internacional.

Esther Sánchez Botero: si, hasta 1991 vivíamos en nuestro país y en nuestra América Latina en general en un Estado mono-cultural, entonces, todos debíamos ser iguales en aspectos lingüísticos, religiosos y legales, entre otros aspectos, pero cabe preguntarse ¿Qué es lo que la Corte Constitucional reconoce? y ¿Qué es lo que reclamaron los constituyentes indígena en la época?

Colombia no es homogénea, en Colombia hay distintas expresiones de familia, patrilínea, matrilineal; hay un tipo de sucesión de bienes, por ejemplo en los Wayú, los hombres no heredan tierras, es una situación muy diferente a la del derecho positivo Estatal, sin embargo, esas diferencias son las que la constitución reconoce, valora y hoy en día protege.

El Estado está cada día más llamado por una Corte Constitucional en donde los magistrados estén más sensibilizados con el reconocimiento, pero ¿Qué es lo que se reconoció? En otras palabras, se reconoció aquello que es distinto. Se

reconoció que si hay otras formas de cuidar el bosque o de proteger a un niño huérfano o de heredar la tierra; es por ello que dichas formas distintas quizás puedan chocarnos. El doctor Gaviria (ya murió), fue una de las grandes personas que le abrió los ojos a muchos jueces, ya que él les decía que lo que se reconoce y valora, es aquello que es precisamente distinto.

Raquel Fajardo: algunos piensan que el reconocimiento de la pluralidad, solo se debe a la ausencia del Estado, cuando en realidad los pueblos originarios han tenido sus sistemas normativos desde tiempos ancestrales y los han ido adaptando a las diferentes circunstancias históricas que les ha tocado vivir.

Esther Sánchez Botero: correcto, entonces en ese sentido, en Colombia dado a la situación de la guerra y la presencia de un 70% de indígenas en las ciudades, la Corte Constitucional ha reconocido que no se necesita estar lejos (en el desierto, en las montañas, en los llanos) para reconocer la legalidad jurídica de los sistemas normativos alternativos. Por ejemplo, en Bogotá (la capital de Colombia), existen pueblos organizados con sus Cabildos que son sistemas de gobierno y de ordenamiento de la vida social que tienen competencias jurisdiccionales.

Raquel Fajardo: esto es muy interesante porque aquí en Perú, por ejemplo, existen comunidades indígenas urbanas que están ubicadas a pocas cuadras del Palacio de Gobierno. Hace unos años vinieron unas cuantas familias indígenas en la época de la

restauración de la democracia (finalizando el gobierno de Fujimori) y actualmente existen más de 200 familias en Lima que tienen una escuela intercultural y la gente se pregunta si el Estado está en la obligación de reconocerles sus propios sistemas normativos?

Esther Sánchez Botero: sí, habría que preguntarles a ellos, ¿cómo han actuado realmente frente a casos que vulneran el derecho propio? Por ejemplo, ellos deben haber cuidado un niño huérfano; ellos deben haber ayudado a una viuda; ellos deben haber definido como organizarse en el territorio donde viven; también deben haber definido el uso del agua o del ruido, o de mil cosas que son expresiones de sociedades que van andando y que, por lo tanto, van construyendo nuevas realidades del derecho. De hecho, es posible que ellos como en Bogotá hayan aprendido a interactuar con el sistema ordinario. Es posible que si llega la policía, y la policía actúa de una determinada manera que no coincida con sus normas, ellos van a ejecutar el derecho propio y no el de la justicia ordinaria.

Esto lo conocí precisamente de tu parte (le responde Esther a la Raquel Fajardo): en casos como el derecho a la consulta previa que se realiza cuando pasa una vía cerca de una comunidad indígena. Este caso ejemplifica que si los sujetos son reconocidos por mecanismos como la consulta previa, es porque son sujetos colectivos distintos y, por lo tanto, tienen derechos distintos.

Raquel Fajardo: desde la aproximación tanto de la antropología jurídica como desde el constitucionalismo pluralista, efectivamente se reconoce estos sujetos o estos pueblos indígenas, sin importar que estén o no en su contexto originario, ya que mantienen una identidad colectiva.

Bien, ahora queríamos preguntarte ¿Cuáles son los alcances del reconocimiento o del pluralismo jurídico por parte de la Corte Constitucional de Colombia?

La Corte Constitucional a diferencia de otras cortes no ha avanzado tanto, aunque ha avanzado en materia jurídica, aún hay muchas dudas del alcance del reconocimiento. Si bien en todos los países andinos (excepto Chile) hay una forma de reconocimiento del pluralismo jurídico, algunos argumentan que ese reconocimiento debe plantearse para casos limitados, ya que la justicia indígena solo debe ser usada para el robo de gallinas; o que solo puede afectar a miembros y, por ende, no puede afectar a terceros. Entonces nos podrías explicar algunos casos emblemáticos de la Corte Constitucional en Colombia. ¿En qué tipo de casos la Corte ha dicho sí, eso es competencia de la jurisdicción indígena? por ejemplo, en casos de violación, homicidios o narcotráfico ¿Cómo ha actuado la Corte?, ¿La corte si les ha dado autonomía jurídica a dichos pueblos?

Esther Sánchez Botero: Sí, lo primero que ha hecho la Corte en sus inicios fue primero reconocer quien era autoridad,

porque se desconocida eso, en algunos pueblos la autoridad es competencia de la colectividad, entonces ahí empieza la Corte a reconocer que esa autoridad distinta tiene valor y empieza a ser constitucionalizada.

También hay algunas formas de sanción que podríamos no darle el concepto típico de sanción, sino de restablecimiento de un orden personal y colectivo, por ejemplo el del uso del fuate, del cepo, de la ortiga, del baño en las lagunas frías, y adicionalmente la expulsión del territorio. Entonces a estas prácticas la Corte les reconoce su valor y particularidad. Ahora bien, muchas de esas expresiones no pueden ser equiparadas, sino que básicamente se debe entender ¿Cuál es el sentido del fuate en una comunidad que tiene unos referentes culturales distintos? Hay diferencia de un “fuetazo” acá que un fuetazo allá, entonces la Corte ha constitucionalizado estos procedimientos.

Adicionalmente en algunos momentos también en Colombia se traía la tradición de Carlos V, en el sentido de que los indígenas no tenían la inteligencia, no tenían la formación o la capacidad (lo cual es una visión racista teocéntrica, colonial y demás). Entonces precisamente el Doctor Gaviria dice: cómo le vamos a quitar nada menos que la capacidad de conocer, sancionar y juzgar el asesinato a los pueblos indígenas !! Es cierto que la vida es el gran derecho; el gran don que hay que proteger, pero como le vamos a usurpar a ellos el derecho a que juzguen sus casos. Actualmente no hay problema en

ese sentido, pues se ha ganado mucho terreno en este campo.

Por ejemplo y quizás por influencia de la cooperación internacional pienso yo, que toda relación sexual con jóvenes menores de 14 años configura un abuso carnal violento y ese abuso carnal violento no está pensado así en algunos pueblos, y entonces como se pensaba que el interés superior del niño primaba sobre el derecho a la diversidad, se consideraba que no eran competentes. Ayer estaba con unos estudiantes y manifestaban sorpresa de porque no al relativismo cultural, entendiéndose como hagan allá lo que quieran que a nosotros no nos importa. Empero a la Corte Constitucional si le importa que exista un brujo asesinado o gemelos que mueren por mandatos de la diversidad, entonces pongamos de acuerdo; todo vale excepto estos mínimos jurídicos.

Raquel Fajardo: este caso es importante porque recuerda cuando hubo una presencia fuerte militar en todo el área de Cajamarca, a raíz de la oposición que hacían las rondas campesinas a los megaproyectos de la región. Dada la militarización, hubo militares que molestaban a las chicas que salían del colegio y las madres de familia se quejaron con las rondas campesinas, y éstas últimas le aplicaron sanciones a los militares (hacer ranas, pedir disculpas, etc.) Lamentablemente, y luego de haber cumplido las sanciones, los militares que aparentemente aceptaron la situación, pidieron que se abriera denuncia penal contra las rondas por coacción y otros delitos. Según este caso, en Colombia la Corte acepta que aunque sea un militar,

los pueblos indígenas tienen competencia para juzgar a un miembro externo de la comunidad?

Esther Sánchez Botero: si, ese es un caso muy particular porque la tendencia si es que se juzgue a una persona étnica (es decir del mismo territorio) sin embargo, la realidad desborda esa situación y se considera constitucional en este tipo de casos. Ya ha ocurrido, la actuación sobre personas que no son pertenecientes a determinado grupo étnico.

Raquel Fajardo: y qué pasa al revés, personas indígenas que están fuera de su territorio, ¿por quienes son juzgadas?

Esther Sánchez : bueno primero el 169 plantea que los indígenas quienes no están en sus ámbitos territoriales tienen derecho a que se les aplique un derecho especial, por ejemplo, que si tienen que ir a la cárcel que sea una especial, pero hay tantos indígenas en la ciudad que ellos mismos aplican su jurisdicción en la ciudad, pero cuando es una persona externa, pues le aplica a éste los mismos principios que a un indígena que está en la ciudad. Entonces debe existir coordinación y entendimiento intercultural.

Raquel Fajardo: ya, pero si el caso es entre indígenas pero fuera de su ámbito territorial

Esther Sánchez Botero: como dije, tienen todo su derecho de aplicar su jurisdicción especial.

Muchas gracias Esther, este es ABC en derechos indígenas.