

## La Corte constitucional como arbitro del pluralismo jurídico

por Silvia Bagni

Profesora titular de Derecho público comparado  
Departamento de Ciencias Políticas y sociales  
Universidad de Bolonia (Italia)  
silvia.bagni@unibo.it

Mi nombre es Silvia Bagni y soy profesora titular de Derecho público comparado en el Departamento de Ciencias políticas y sociales de la Universidad de Bolonia. Es un grande honor para mi poder hablar frente a esta Comisión en la nueva fase constituyente de la República de Chile. En esta breve intervención quiero proponerles una reflexión sobre justicia constitucional y pluralismo jurídico en perspectiva comparada. Considero, de hecho, que el gran desafío de todas democracias contemporáneas es hoy en día el pasaje desde el Estado del bienestar al Estado del buen vivir, es decir una relación entre Gobernantes y Gobernados que ponga en el centro de la acción política las instancias de justicia ecológica y justicia intercultural. En los países, como Chile, donde la brecha de desigualdad socio-económica sigue siendo muy alta entre los mas ricos y los mas pobres, aunque en constante disminución, y el índice de pobreza afecta dos veces mas a pueblos indígenas (Encuesta CASEN 2017, <http://observatorio.ministeriodesarrollosocial.gob.cl/encuesta-casen-2017>), es necesario implementar acciones para realizar los principios de plurinacionalidad e interculturalidad, que han sido incluidos en el Reglamento general de esta Convención. El perseguimiento de la justicia intercultural lleva consigo también resultados en términos de justicia ecológica, en cuanto numerosas instituciones internacionales, como el IPCC o el Programa de Desarrollo de las Naciones Unidas, han reconocido que los pueblos indígenas son los grupos humanos que mas cuidan a la Naturaleza y garantizan un manejo sostenible del medioambiente (v. también L. Galdámez, S. Millaleo, B. Saavedra (eds), *Una Constitución Socio-ecológica para Chile: Propuestas Integradas*. Red de Constitucionalismo ecológico, Universidad de Chile/WCS, 2021). Hay que hacer una premisa metodológica. El derecho comparado es una ciencia que no da respuestas a preguntas como ¿cuál es el mejor sistema jurídico al mundo?, o en nuestro caso ¿cual es el mejor modelo de justicia intercultural? La finalidad del derecho comparado es subrayar analogías y diferencias entre sistemas jurídicos o sus particiones, analizando cada experiencia en su contexto. Contexto es la palabra-clave: el constitucionalismo-IKEA, según la teoría de Günter Frankenberg, necesita de una fase de de-contextualización y de re-contextualización dentro del ordenamiento receptor<sup>1</sup>. La comparación jurídica sirve para entender cuales son las variables jurídicas y extra-jurídicas que pueden afectar el funcionamiento de un sistema, que el legislador,

---

<sup>1</sup> G. Frankenberg, Constitutional transfer: The IKEA theory revisited, *International Journal of Constitutional Law*, Volume 8, Issue 3, July 2010, Pages 563–579, <https://doi.org/10.1093/icon/moq023>

en este caso el Constituyente, debe tomar en cuenta antes de integrar un instituto en su propio sistema jurídico.

El pluralismo jurídico puede ser fuerte o débil (igualitario o unitario, para Hoekema<sup>2</sup>), en función de cómo se regula la convivencia entre sus diferentes componentes y de quién sea el árbitro entre ellos en caso de conflicto. En sentido fuerte, el reconocimiento constitucional del pluralismo político debería implicar una equivalencia sustancial entre los diferentes conjuntos de normas. Otra consecuencia debería ser la coexistencia mutua, con libertad de elección para el individuo en cuanto a qué derecho elegir para la regulación de sus relaciones jurídicas, dependiendo de la situación específica en la que se encuentre (*forum shopping*). Por último, en las situaciones contenciosas, el órgano encargado de resolver la controversia debería ser un tercero imparcial, independiente de cada una de las jurisdicciones implicadas, o un arreglo mixto, como en una especie de arbitraje internacional<sup>3</sup>.

El pluralismo fuerte no se ha impuesto en ningún ordenamiento jurídico existente. Todos subordinan el derecho no estatal a los límites sustanciales puestos en la Constitución, y atribuyen el poder último de dirimir eventuales conflictos a un órgano del Estado, sea una Corte perteneciente a la jurisdicción constitucional, cuando esté prevista, o a aquella ordinaria. Piénsese en Canadá para Québec, o en Israel respecto a los estatutos personales, o al *Conseil constitutionnel* y al *Conseil d'État* (según el parámetro) para las leyes de la Nueva Caledonia, e incluso a la jurisdicción colonial del JCPC.

Según el modelo débil de pluralismo jurídico, el criterio interpretativo que la Corte competente aplica para resolver los conflictos es el de absoluta primacía de los valores y principios constitucionales (que incorpora la cultura mayoritaria, generalmente la occidental) sobre los de otros sistemas jurídicos en competencia. A largo plazo, esto porta inevitablemente a una comprensión de las características originarias de la cultura subalterna, hasta su completa subsunción en la estructura misma del derecho estatal<sup>4</sup>. A ello se agrega que, normalmente, el órgano que ejerce el control es formado por expertos del derecho estatal, que ignoran completamente los principios aplicativos e interpretativos de las “otras” tradiciones.

A mitad de camino entre las dos posiciones, en una suerte de tentativo de conciliación, se ha impuesto el concepto de “plurinación”. Bolivia y Ecuador han sido los primeros dos Estados en proclamarse “plurinacionales” e “interculturales” (art. 1

---

<sup>2</sup> A.J. Hoekema, *Hacia un pluralismo jurídico formal de tipo igualitario*, en *El otro derecho*, n. 26-27, 2002, pp. 70-71, [http://www.ilsa.org.co/biblioteca/ElOtroDerecho/Elotroderecho\\_26\\_27/El\\_otro\\_derecho\\_26.pdf](http://www.ilsa.org.co/biblioteca/ElOtroDerecho/Elotroderecho_26_27/El_otro_derecho_26.pdf)

<sup>3</sup> R. Molina Rivero, *Los derechos individuales y colectivos en el marco del pluralismo jurídico en Bolivia*, en E. Córdor Chuquiruna (coord.), *Los Derechos Individuales y Derechos Colectivos en la Construcción del Pluralismo Jurídico en América Latina*, Konrad Adenauer Stiftung, La Paz, 2011, p. 61.

<sup>4</sup> A.C. Diala, ‘*Our laws are better than yours: the future of legal pluralism in South Africa*’, en *Rev. Gen. Der. Púb. Comp.*, n. 2, 2019, en part. p. 18.

const.).

El Estado reconoce la existencia de un orden jurídico en competencia con el estatal, que tiene su propia fuente de legitimación fuera de la Constitución, en la tradición histórico-cultural de esos pueblos.

En Bolivia, las comunidades indígenas pueden aplicar el derecho propio, en los casos que resguardan a sus miembros, con el único límite del respeto a la Constitución (art. 2 y art. 30.I.14 const.). Además, la función jurisdiccional es única: esto significa que incluso la justicia indígena es parte del aparato jurisdiccional del Estado, y no existe jerarquía entre ésta y la justicia ordinaria (art. 179.II const.). Sin embargo, pertenece al Tribunal plurinacional (TCP) la competencia exclusiva de definir los límites de ambas<sup>5</sup>.

El art. 171 const. Ecuador regula la justicia indígena, o sea el ejercicio de las funciones jurisdiccionales por parte de las autoridades indígenas, que aplican el derecho ancestral propio para la resolución de los conflictos dentro de sus respectivos territorios. El derecho indígena debe ser conforme a la Constitución y a los derechos humanos reconocidos en el derecho internacional. Por esto, las decisiones de la justicia indígena están sujetas al control de constitucionalidad. La Constitución remite a una ley la regulación de los mecanismos de coordinación y cooperación entre las jurisdicciones indígena y ordinaria. Esta ley en Ecuador no ha sido aún adoptada. El Código orgánico de la Función judicial regula las relaciones de la jurisdicción indígena con la jurisdicción ordinaria. El art. 345 impone la declinación de competencia en casos de jurisdicción indígena: “Los jueces y juezas que conozcan de la existencia de un proceso sometido al conocimiento de las autoridades indígenas, declinarán su competencia, siempre que exista petición de la autoridad indígena en tal sentido. A tal efecto se abrirá un término probatorio de tres días en el que se demostrará sumariamente la pertinencia de tal invocación, bajo juramento de la autoridad indígena de ser tal. Aceptada la alegación la jueza o el juez ordenará el archivo de la causa y remitirá el proceso a la jurisdicción indígena”. Sin embargo, esta norma indica una jerarquía entre las dos jurisdicciones, en cuanto la jurisdicción indígena está obligada a petitionar a la ordinaria por declinar su competencia.

En Bolivia la materia es regulada por la *Ley 073/2010 de Deslinde jurisdiccional*, que ha suscitado muchas críticas en razón de su excesiva rigidez y del efecto manifiestamente restrictivo de la autonomía indígena<sup>6</sup>. La jurisdicción indígena originaria campesina se ejerce en los ámbitos de vigencia personal, material y

---

<sup>5</sup> Art. 202 const., n. 8 «Las consultas de las autoridades indígenas originario campesinas sobre la aplicación de sus normas jurídicas aplicadas a un caso concreto», además «11. Los conflictos de competencia entre la jurisdicción indígena originaria campesina y la jurisdicción ordinaria y agroambiental».

<sup>6</sup> Cfr. A. Grijlava Jiménez, J.L. Exeni Rodríguez, *Coordinación entre justicias, ese desafío*, en B. de Sousa Santos, J.L. Exeni Rodríguez (eds), *Justicia indígena, plurinacionalidad e interculturalidad en Bolivia*, Fundación Rosa Luxemburg/Abya-Yala, La Paz, 2012, en part. p. 723 ss.

territorial, cuando concurren simultáneamente (art. 8). A pesar de que en el apartado I del art. 10 se proclame que la jurisdicción indígena originaria campesina conoce los asuntos o conflictos que histórica y tradicionalmente conocieron bajo sus normas, procedimientos propios vigentes y saberes, de acuerdo a su libre determinación, el apartado II limita enormemente el ámbito de jurisdicción<sup>7</sup>.

Resumiendo. En ambos países, la aplicación del derecho indígena es subordinada a la compatibilidad con la Constitución, con los derechos humanos internacionales y en particular con los derechos de las mujeres, de los niños y de los adolescentes, en Ecuador (art. 57, inc. 10 y 171 const.); a la Constitución y a la ley, en Bolivia (art. 2 const.). Límites que vienen juzgados por el órgano estatal de justicia constitucional. Por lo tanto, una forma de pluralismo proclamado fuerte, pero construido débil<sup>8</sup>.

Además del principio de plurinacionalidad, los Tribunales constitucionales, en el ejercicio de sus funciones, deben buscar una interpretación “intercultural” del derecho o, como lo ha definido de Sousa Santos, un proceso de convivencia y ecología de los saberes jurídicos<sup>9</sup>.

En la sentencia 008-09-SAN-CC del 9 diciembre de 2009, sobre la creación de la

---

<sup>7</sup> El ámbito de vigencia material de la jurisdicción indígena originaria campesina no alcanza a las siguientes materias:

- a) En materia penal, los delitos contra el Derecho Internacional, los delitos por crímenes de lesa humanidad, los delitos contra la seguridad interna y externa del Estado, los delitos de terrorismo, los delitos tributarios y aduaneros, los delitos por corrupción o cualquier otro delito cuya víctima sea el Estado, trata y tráfico de personas, tráfico de armas y delitos de narcotráfico. Los delitos cometidos en contra de la integridad corporal de niños, niñas y adolescentes, los delitos de violación, asesinato u homicidio;
- b) En materia civil, cualquier proceso en el cual sea parte o tercero interesado el Estado, a través de su administración central, descentralizada, desconcentrada, autonómica y lo relacionado al derecho propietario;
- c) Derecho Laboral, Derecho de la Seguridad Social, Derecho Tributario, Derecho Administrativo, Derecho Minero, Derecho de Hidrocarburos, Derecho Forestal, Derecho Informático, Derecho Internacional público y privado, y Derecho Agrario, excepto la distribución interna de tierras en las comunidades que tengan posesión legal o derecho propietario colectivo sobre las mismas;
- d) Otras que estén reservadas por la [Constitución Política del Estado](#) y la Ley a las jurisdicciones ordinaria, agroambiental y otras reconocidas legalmente.

<sup>8</sup> E. Buono, *Lo Stato plurinazionale. Percorsi di ingegneria costituzionale interculturale*, tesis doctoral XXXI ciclo, Università degli Studi della Campania “Luigi Vanvitelli”, aa. 2017/2018, 130 s.

<sup>9</sup> B. de Sousa Santos, *Cuando los excluidos tienen Derecho: justicia indígena, plurinacionalidad e interculturalidad*, en B. de Sousa Santos, A. Grijalva (eds), *Justicia indígena, plurinacionalidad e interculturalidad en Ecuador*, Abya Yala/ Fundación Rosa Luxemburg, La Paz, 2012, p. 38.

*Universidad Intercultural de las Nacionalidades y Pueblos Indígenas “Amawtay Wasi”*, la Corte constitucional ecuatoriana enuncia los principios para la interpretación intercultural del derecho: la continuidad histórica, o sea la preexistencia de los pueblos originarios que han mantenido un sistema propio de reglas y valores; la diversidad cultural, o sea la multiplicidad de las nacionalidades dentro del Estado y de los mismos pueblos indígenas; la interculturalidad, es decir el diálogo epistémico entre las culturas; la interpretación intercultural, es decir el uso de nuevos enfoques en la aplicación de las normas estatales según el contexto cultural en el cual vengán implementadas. Estos principios han sido incluidos en el COFJ (art. 344).

En Bolivia, el TPC ha identificado el fundamento de la interpretación intercultural en el paradigma del *vivir bien*, que exige verificar la conformidad a la Constitución de la norma ctonia según los principios de: a) armonía axiomática; b) decisión conforme a la propia cosmovisión; c) armonía ritual con los procedimientos y normas tradicionalmente utilizados según la cosmovisión de cada nación o pueblo indígena; d) proporcionalidad y necesidad estricta<sup>10</sup>. En algunos casos, la Corte ha podido también extender la jurisdicción indígena, desaplicando los estrechos límites de la ley de deslinde, apoyándose en la interpretación intercultural del derecho aplicable. El caso quizás más conocido es el caso Zongo, de 2014, donde la Corte confirmó una medida de expulsión tomada por parte de la Central Agraria Campesina de Zongo en contra de un empresarial minero no perteneciente a la comunidad.

Otras previsiones normativas contribuyen a garantizar la administración de justicia constitucional desde una perspectiva intercultural. En cuanto a la composición del órgano, en Bolivia se garantiza que sea representativo incluso de las comunidades y de los pueblos indígenas originarios. El TPC se compone por magistrados electos a través de votación popular, entre 28 preseleccionados por la Asamblea Nacional, «con criterios de plurinacionalidad, con representación del sistema ordinario y del sistema indígena originario campesino» (art. 197.I const.). La ley del Tribunal establece que, por lo menos dos magistrados de siete, deben provenir del sistema indígena originario campesino, con base en la auto-identificación (art. 13 de la Ley), y que todos deben

---

<sup>10</sup> «[...] fundamentar el paradigma del vivir bien, como pauta específica de interpretación intercultural de derechos fundamentales. En efecto, a la luz de los principios de interculturalidad, complementariedad y descolonización, los derechos fundamentales vigentes para los miembros de las naciones y pueblos indígena originario campesinos, no pueden seguir las mismas pautas de interpretación ni pueden contener los mismos elementos configurativos propios de los núcleos duros de derechos fundamentales en contextos diferentes a la jurisdicción indígena originaria campesina. En esta perspectiva, el paradigma del vivir bien, se configura como una verdadera pauta de interpretación inter e intra cultural de derechos fundamentales, a partir de la cual, los valores plurales supremos irradian de contenido los actos y decisiones que emanan de la justicia indígena originaria campesina, constituyendo además una garantía plural destinada a evitar decisiones desproporcionadas y contrarias a las guías axiomáticas del Estado Plurinacional de Bolivia» (SCP 1422/2012, del 24 de septiembre de 2012, f.j. IV.5).

hablar al menos dos lenguas reconocidas, por lo menos una lengua indígena además del castellano. Además, para la evaluación de mérito, se tiene en cuenta el papel de la autoridad originaria desarrollada por los candidatos, según el propio sistema de justicia, y se admite que los candidatos puedan ser propuestos por naciones y pueblos indígenas.

En cuanto a los medios de prueba y de conocimiento, ambos tribunales pueden requerir pericias antropológicas con el fin de comprender mejor el derecho indígena aplicable al caso.

Otros instrumentos a evaluar son el instituto del *amicus curiae* (Argentina, Brasil, Ecuador, Perú) y el “concepto”, según el ordenamiento colombiano: el art. 13 del decreto n. 2067 de 1991 atribuye al magistrado relator de solicitar *conceptos* a entes públicos, organizaciones privadas y expertos reconocidos en las materias correlativas con el tema del proceso, que sean útiles para la redacción del proyecto de sentencia.

Es evidente que la jurisprudencia de las Cortes no siempre está en línea con el dictado constitucional. El ejemplo más flagrante en Ecuador ha sido el caso *La Cocha*<sup>11</sup>, en el cual la Corte ha sustraído a la jurisdicción indígena la jurisdicción penal para los delitos de lesiones de la vida y de la integridad personal, justificando tal decisión sobre la base de una interpretación muy criticada de incompatibilidad del derecho penal indígena con el derecho internacional. Sin embargo, en otros casos la Corte ha defendido las fronteras de la jurisdicción indígena: por ej., en el caso ‘Cokiuve’ de 2020, la Corte constitucional ha sancionado los jueces ordinarios por falta de aplicación del artículo 345 sobre declinación de competencia.

También en otros ordenamientos, las Cortes constitucionales o supremas desempeñan de hecho un papel arbitral entre derecho estatal y derecho indígena, aplicando en algunos casos criterios interpretativos inspirados en la interculturalidad. Es el caso de Colombia<sup>12</sup>. El art. 246 prevé que “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”. A pesar de que la formulación de la norma parecería subordinar la jurisdicción indígena a cualquiera ley del Estado, la Corte constitucional colombiana, desde su existencia, a restringido el alcance de los límites, a través de una interpretación intercultural de la Constitución, afirmando, durante el mandato del juez Carlos Gaviria Díaz, en particular entre 1996 y 1998, que una concepción pluralista de las relaciones interculturales, como la adoptada por la constitución de 1991, rechaza la idea de dominación implícita en tendencias integracionistas, así que los únicos límites aceptables frente a la jurisdicción indígena

---

<sup>11</sup> Sentencia n. 113-14-SEP-CC del 30 de julio del 2014.

<sup>12</sup> Véase la sentencia T-496/96, del 26 de septiembre, juez relator Carlos Gaviria Díaz. R. Ariza Santamaría, *Coordinación entre sistemas jurídicos y administración de justicia indígena en Colombia*, Instituto Interamericano de Derechos Humanos, San José, C.R., 2010.

son el derecho a la vida, la prohibición de la esclavitud y de la tortura y, como necesidad constitucional, el debido proceso frente a los crímenes y a las penas.

Las experiencias analizadas han subrayado el rol fundamental de las Cortes constitucionales como árbitros en la garantía del pluralismo jurídico, sobre todo en contextos donde la magistratura ordinaria no tiene una formación y una experiencia de larga trayectoria en la aplicación de los principios de plurinacionalidad e interculturalidad. Por la misma razón, se puede pensar en fortalecer la naturaleza intercultural y plurinacional del órgano de justicia constitucional en dos maneras: 1) a través de mecanismos de selección que aseguren la composición intercultural del órgano; 2) la atribución a las Cortes de instrumentos de dialogo intercultural con sujetos externos, tramite *amicus curiae* o conceptos.

Muchas gracias por su atención. Les deseo éxito para este gran ejercicio democrático que están cumpliendo.