

## PLURALISMO JURÍDICO

### Resumen

El pluralismo jurídico surge como una pretensión opositora al proceso de concentración del poder normativo y coercitivo que eliminó y absorbió la pluralidad de sistemas jurídicos coexistentes para la constitución de un Estado Nación. Desde esta perspectiva, se reconoce que en el ordenamiento de un Estado existen varias fuentes de creación y aplicación del derecho, en base a la existencia de diferentes culturas que cohabitan e interactúan unas sobre otras en un mismo espacio físico y social.

El pluralismo jurídico se manifiesta, principalmente, de tres maneras: a través del derecho de las comunidades de dotarse de sus propias autoridades e instituciones; a través del derecho para adoptar sus propias normas y procedimientos o su derecho consuetudinario o costumbres; y, a través del derecho para administrar justicia comunitaria o ejercer funciones jurisdiccionales dentro de su propia cosmovisión.

Esta interconexión de diferentes órdenes jurídicos basados en estructuras conceptuales sustancialmente diferentes (derecho del Estado hegemónico versus derecho plural) no está exenta de conflicto.

La solución está en los mecanismos de articulación entre el derecho estatal y el no estatal: establecer un criterio de ponderación que permita explicar las condiciones de los diferentes órdenes jurídicos y cómo ellos deben ser interpretados, o cómo pueden interactuar con respeto a su configuración cultural. Implica consensuar criterios normativos y culturales en escenarios de diálogo y convivencia.

Para una óptima garantía del pluralismo jurídico resulta necesario adoptar un modelo institucional (Estado Plurinacional) que resigne los órganos de poder, la relación de estos órganos entre sí, y la redefinición de sus funciones.

En el presente informe se presenta una conceptualización del pluralismo jurídico, sus orígenes y sus manifestaciones prácticas; las tensiones o contradicciones que genera un orden jurídico pluralista y la forma de solucionarlas; la relación del pluralismo jurídico y el Estado plurinacional; y, por último, la consagración normativa del pluralismo jurídico en el derecho internacional y constitucional comparado.

DANIELA GONZÁLEZ  
BALAGUER  
SECRETARÍA TÉCNICA  
SECRETARÍA TÉCNICA  
@CHILECONVENCION.  
CL

ELABORADO A  
SOLICITUD DE LA  
COMISIÓN DE  
SISTEMAS DE  
JUSTICIA, ÓRGANOS  
AUTÓNOMOS DE  
CONTROL Y REFORMA  
INSTITUCIONAL.

FECHA DE ENTREGA:  
04/01/2022

*Lo que es diverso no está desunido, lo que está unificado no es uniforme, lo que es igual no tiene que ser idéntico, lo que es diferente no tiene que ser injusto. Tenemos el derecho a ser iguales cuando la diferencia nos inferioriza, tenemos el derecho a ser diferentes, cuando la igualdad nos descaracteriza.*

(SOUSA SANTOS, B.; 2007; 18)

## I. CONSIDERACIONES SOBRE EL PLURALISMO JURÍDICO

### 1. Los orígenes del pluralismo jurídico

El Estado Nación surgió como un proceso de concentración del poder normativo y coercitivo que eliminó y absorbió la pluralidad de sistemas jurídicos coexistentes en ese entonces (Sánchez Castañeda, A.; 2008; 30). Se fundamenta en una concepción monista del derecho, centralizada, que presupone que las normas jurídicas son producto exclusivo del Estado a través de sus sistemas de creación normativos (Iannello, P.; 2015; 780). Esta noción del “derecho” creada por los juristas del siglo XVII y XVIII fue cuestionada por la antropología legal en tanto resultaba insuficiente para explicar una cantidad de comportamientos y vínculos de las sociedades no occidentales. Así entonces, las categorías contractualistas clásicas excluían a realidades culturales –como las de los pueblos indígenas– con sus propias nociones de normatividad.

El pluralismo jurídico surge entonces como una pretensión opositora a ese centralismo jurídico. Reconoce que en el ordenamiento de un Estado existen varias fuentes de creación y aplicación del derecho (Castro, S.; 2008; 102), con base en la existencia de diferentes culturas que cohabitan e interactúan unas sobre otras en un mismo espacio físico y social (Díaz, E. y Antúnez, A.; 2018; 4). Reconoce, por tanto, la coexistencia de espacios legales interconectados e interrelacionados que se superponen, generando una inter-legalidad de los sistemas normativos (Iannello, P.; 2015; 767).

*“La noción de pluralismo jurídico puede considerar la hipótesis de una heterogeneidad de sistemas jurídicos conviviendo en un mismo ámbito espacial y temporal de validez. Una concepción pluralista del derecho disuelve la ecuación entre espacio jurídico y espacio territorial que quisiera que a un territorio determinado correspondiera un sólo sistema jurídico y que a todo sistema jurídico corresponde un territorio”. (Sánchez Castañeda, A.; 2008; 30).*

Una visión pluralista del derecho admite la coexistencia y pluralidad de sistemas de una misma naturaleza (unitarios y federales) o de distinta naturaleza (orden jurídico internacional y nacional; sistemas infra-estatales, como los órdenes jurídicos corporativos; o sistemas transnacionales o desterritorializados, como el orden eclesiástico o los órdenes normativos indígenas) (Sánchez Castañeda; 2008; 16). De este modo, se configuran diferentes nociones de derecho, en diferentes grupos y clases de una misma sociedad (Iannello, P.; 2015; 784).

*“El Pluralismo jurídico, como expresión de los principios de interculturalidad, pluriculturalidad y plurinacionalidad supone la existencia de una contradicción entre los discursos presentes en un mismo espacio, a la vez que la búsqueda permanente por coordinarlos y conjugarlos, de ahí que haya sido entendida como filosofía crítico-cultural, como horizonte de diálogo equitativo o un área de negociación, resultado del reconocimiento del Pluralismo cultural en que ninguna cultura es un absoluto”.*  
(Díaz, E. y Antúñez, A.; 2018; 17)

## 2. Las manifestaciones del pluralismo jurídico

Por cuanto el pluralismo supone la coexistencia e interacción de una diversidad de culturas en un mismo espacio geopolítico territorial, su alcance incluye manifestaciones de grupos religiosos, de migrantes, de comunidades rurales, de afrodescendientes y/o de pueblos indígenas, entre muchas otras que deben reconocerse según la realidad histórica y contingente del Estado de que se trate.

Atendiendo a nuestra realidad nacional, nos concentraremos principalmente en los dos últimos.

El pluralismo jurídico se manifiesta, principalmente, de tres maneras:

- a través del derecho de las comunidades de dotarse de sus propias autoridades e instituciones;
- a través del derecho para adoptar sus propias normas y procedimientos o su derecho consuetudinario o costumbres; y
- a través del derecho para administrar justicia comunitaria o ejercer funciones jurisdiccionales dentro de su propia cosmovisión.

Estas tres manifestaciones las concentraremos en dos grandes grupos: justicia indígena y gobierno (ambas presuponen la existencia de normas y procedimientos propios).

### *a. Justicia indígena*

La configuración del régimen jurídico del Estado sobre la base del pluralismo jurídico supone el reconocimiento y garantía estatal de los principios, valores y reglas consuetudinarias de los pueblos indígenas, incluyendo la potestad de impartir justicia a través de la jurisdicción comunitaria, con igual jerarquía que la jurisdicción estatal (Rivera, J.; 2013; 71). Bajo la óptica del pluralismo jurídico, el sistema jurídico estatal y los sistemas jurídicos de los pueblos indígenas coexistentes.

La justicia indígena es la forma que tienen las comunidades originarias de resolver los conflictos jurídicos, siguiendo sus usos y costumbres indígenas como una afirmación de una identidad cultural y política propias (Sousa Santos, B.; 2007; 44). Esta forma de administración de justicia diferenciada de aquella estatal o centralizada sigue valores y normas propios de estos pueblos y supone la existencia de autoridades originarias y procedimientos consuetudinarios (Sánchez Castañeda, A.; 2008; 10).

En el capítulo II se expondrán distintos mecanismos comparados de constitucionalización de este derecho a la administración de justicia o al ejercicio de funciones jurisdiccionales según su propia cosmovisión. Por su parte, las contradicciones que este sistema podría generar se enuncian en el acápite siguiente.

*b. Gobierno*

El ejercicio del poder político desde la óptica del pluralismo jurídico se configura sobre la base de su distribución territorial. En esta óptica, los pueblos indígenas tienen derecho a la autodeterminación, a decidir sobre su propia organización, control y gestión de los recursos naturales y, consecuentemente, a decidir sobre su propio desarrollo económico y social (Rivera, J.; 2013; 71). Este nuevo concepto de territorialidad supone el reconocimiento de los territorios de los pueblos indígenas de manera autónoma, lo que en consecuencia implica una descentralización política, económica y administrativa del Estado.

El régimen de gobierno desde esta misma óptica, concretizado en el Estado plurinacional, presupone una democracia intercultural con diferentes formas representativas de deliberación democrática; con formas de acción afirmativa y de discriminación positiva (Sousa Santos, B.; 2007; 18).

Varias de las constituciones de América Latina reconocen, junto a la autonomía jurisdiccional, la autonomía política de los pueblos indígenas para elegir a sus gobernantes según sus usos y costumbres.

Una modalidad de reconocimiento político del pluralismo, es la facultad de elección de las autoridades representativas de los pueblos indígenas según su sistema consuetudinario y no a través del sufragio universal y secreto. Esto ocurre, por ejemplo, en el estado mexicano de Oaxaca (Constitución Política de Oaxaca; 2016; art. 25).

Otro ejemplo de reconocimiento político del pluralismo es el sistema de representación especial en los órganos parlamentarios nacionales. Esto ocurre, por ejemplo, en Colombia. Su Constitución establece al respecto “un número adicional de dos senadores elegidos en circunscripción nacional especial por comunidades indígenas”, los cuales “deberán haber ejercido un cargo de autoridad indígena” (art. 171). En el caso de la Cámara de representantes, se considera la existencia de una jurisdicción especial en la que se elegirán dos representantes de los pueblos afrodescendientes y uno de los pueblos originarios (art. 176).

3. Las contradicciones del pluralismo jurídico

*a. Planteamiento del problema*

Esta interconexión de diferentes órdenes jurídicos basados en estructuras conceptuales sustancialmente diferentes (derecho del Estado hegemónico versus derecho plural) no está exenta de conflicto.

Por ejemplo, se observan casos en que existen dos sistemas normativos que resultan contradictorios: uno que criminaliza la acción del acusado, otro que lo acepta como natural en la tradición indígena de la que proviene.

Este es uno de los temas más difíciles de resolver por las jurisdicciones nacionales. ¿Es compatible un sistema de usos y costumbres con el principio de legalidad y tipicidad en materia penal? ¿Hasta dónde se exigen todos los elementos del debido proceso en un sistema sancionatorio indígena? ¿Qué tipo de sanciones pueden aplicarse? Y, a la inversa, ¿cómo sancionar a quien actúa bajo una cosmovisión distinta? Los casos se complejizan cuando el titular del derecho que se ve vulnerado es una persona que se encuentra entre los grupos de especial protección, como las mujeres o los niños, niñas o adolescentes.

La solución está en los mecanismos de articulación entre el derecho estatal y el no estatal: establecer un criterio de ponderación que permita explicar las condiciones de los diferentes órdenes jurídicos y cómo ellos deben ser interpretados, o cómo pueden interactuar con respeto a su configuración cultural. Implica consensuar criterios normativos y culturales en escenarios de diálogo y convivencia. Según Sousa Santos, no hay separación entre los sistemas jurídicos de un Estado: esto garantiza la unidad del mismo (Sousa Santos, B.; 2007; 24). En su opinión, resulta necesario un reconocimiento recíproco y una continuidad del pasado.

#### *b. Soluciones propuestas*

Se ha propuesto, como estrategia normativa para solucionar este conflicto, el distinguir entre unos mínimos derechos-deberes básicos de alcance universal, de alto consenso (como el derecho a la vida, integridad personal o libertad, prohibición de la tortura, el respeto a las creaciones culturales y a la comunidad, entre otros) y derechos-deberes que tienen un carácter local y particular y admiten, por tanto, concepciones culturales diferenciadas (Rivera, J.; 2013, 81).

*"[S]e trata de una universalidad que [...] no puede ser planteada ya como universalidad 'de partida' (en la que desde una cultura se da ya todo hecho como válido para todos), ni siquiera 'de llegada' (porque la universalidad se nos muestra como horizonte hacia el que siempre hay que avanzar), sino, precisamente por esta última razón, de 'recorrido', de un recorrido protagonizado interculturalmente".* (Etxeberría, X.; 2006; 80).

También se ha propuesto, como vía de conciliación, el promover la participación de los miembros más vulnerables de estos grupos en los procesos de resolución de los conflictos, promoviendo formas inclusivas de participación y deliberación entre el Estado y los pueblos indígenas, y entre éstos y los individuos que los integran; de manera que la intervención coactiva del Estado es el último recurso (Torbisco N.; 2013, 81).

Sousa Santos plantea la necesidad de crear un organismo idóneo para resolver los conflictos que surjan entre un sistema y otro, organismo dialogante que en su composición debe ser a su vez plurinacional e intercultural. Señala que:

*“[L]o importante en el constitucionalismo intercultural es que si hay diferencias, el objetivo no es un consenso por la uniformidad, sino un consenso por sobre el reconocimiento de las diferencias. Y aquí hay un principio fundamental para el constitucionalismo intercultural: las diferencias exigen instituciones apropiadas, las semejanzas exigen instituciones compartidas” (Sousa Santos, B.; 2007; 24).*

La Corte Constitucional de Colombia ha ejercido un rol similar al propuesto por Sousa Santos. Esta Corte, a través de su jurisprudencia, ha defendido la idea de que, para preservar los usos y costumbres de los pueblos indígenas, es necesario respetarles el más alto grado posible de autonomía en las decisiones adoptadas por sus autoridades tradicionales. Con todo, estableció un consenso intercultural mínimo con ciertas prohibiciones que no podían ser transgredidas en las decisiones adoptadas por dichas autoridades: no podía imponerse la pena de muerte, la esclavitud, aplicar tortura o el destierro (Julio-Estrada, A.; 2013; 80).

La Corte entiende que es necesario examinar con detenimiento cada caso concreto, debiendo el juez constitucional observar la práctica cultural de la comunidad indígena involucrada, sus usos y costumbres, a fin de entablar una especie de diálogo intercultural (Corte Constitucional de Colombia; T-523;1997).

En Bolivia y Ecuador estos conflictos o tensiones también son resueltos por el Tribunal Constitucional que, en el caso de Bolivia, es de carácter plurinacional con representación del sistema ordinario y del sistema indígena originario campesino.

Existen instrumentos vinculantes con pretensión de resolución de estos dilemas: tratados internacionales de derechos humanos, constituciones políticas de los países y legislación interna; lo que será detallado en el capítulo II. Además, existen desarrollos teóricos y jurisprudenciales<sup>1</sup> que orientan a aplicar criterios de resolución de conflictos a través de la ponderación<sup>2</sup> y el principio de proporcionalidad.

Así, desde un paradigma pluralista:

*“los pueblos indígenas son sujetos de dignidad que tienen el derecho de participar en la definición de los derechos, los límites y los mecanismos para hacerlos cumplir en el marco de una convivencia pacífica entre pueblos. Desde este paradigma es*

---

<sup>1</sup> En la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos destacan los siguientes casos: Corte IDH. Caso Aloeboewe Surinam. Reparaciones y Costas. Sentencia de 10 de septiembre de 1993. Serie C No. 15, párr. 62. Corte IDH. Caso Masacre, de Río de Negra v., Guatemala. Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 4 de septiembre de 2012. Serie C No. 250. Corte IDH. Caso del Pueblo Saramaka vs. Surinam. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 28 de noviembre de 2007. Serie C No. 172. Interpretación de la Sentencia de Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 12 de agosto de 2008. Serie C No. 185. Caso Pueblos Indígena Kichwa de Sarayaku vs. Ecuador. Fondo y Reparaciones. Sentencia de 27 de junio de 2012. Serie C No. 245. Corte IDH. Masacre Plan de Sánchez Guatemala. Reparaciones y Costas. Sentencia de 19 de noviembre de 2004. Serie e No. 116.

<sup>2</sup> Robert Alexy señaló que la “ley de ponderación” establece: “Como alto sea el grado de incumplimiento o perjuicio de un principio, tanto tiene que ser la importancia de la realización del otro” (Alexy, R.; 2009; 9).

*que debe interpretarse la provisión del derecho internacional que establece que el límite al derecho consuetudinario está dado por los derechos humanos”. (Yrigoyen, R.; 2013; 84).*

#### 4. Pluralismo jurídico y plurinacionalidad

La idea de plurinacionalidad se relaciona con una refundación del Estado moderno a fin de combinar los diferentes conceptos de nación dentro de un mismo Estado. La reconfiguración del Estado supone un análisis de quiénes lo han constituido, quiénes lo conforman y quiénes ejercen el poder (Yrigoyen, R.; 2013, 68).

*El constitucionalismo pluricultural (1989-2005), luego de la adopción del Convenio 169 de la OIT sobre pueblos indígenas y tribales [...], reconoce una más amplia gama de derechos colectivos a los pueblos indígenas y el pluralismo jurídico. Finalmente, el constitucionalismo plurinacional (2006-2009), luego de la aprobación de la Declaración de Naciones Unidas sobre los derechos de los pueblos indígenas, cuestiona la herencia colonial y republicana de la exclusión de las naciones originarias y afrodescendientes, y define al Estado como un pacto de tales naciones, esto es, como un Estado plurinacional que reconoce nuevos derechos para los indígenas y nuevos derechos aportados por las culturas indígenas (...) (Yrigoyen, R.; 2013, 70).*

Sousa Santos señala que existen dos conceptos de nación. En primer lugar, el concepto liberal que hace coincidente a la nación con el Estado, esto es, “*nación como el conjunto de individuos que pertenecen al espacio geopolítico del Estado*”, denominado Estado nación. En segundo lugar, el concepto comunitario no liberal de nación, que conlleva un concepto de autodeterminación (pero no de independencia), denominado Estado plurinacional (Sousa Santos, B.; 2007; 18).

El Estado plurinacional se configura en:

*“un modelo de organización político, social, cultural, económico y jurídico basado en la coexistencia de varias naciones o pueblos indígenas originarios bajo una misma Constitución y gobierno estatal; con un reconocimiento a esas naciones y pueblos indígenas de su territorio propio, su régimen económico, su idioma, su sistema jurídico y el derecho de autogobernarse, con competencias administrativas, económicas y culturales” (Rivera, J.; 2013; 65).*

Se trata, por tanto, de reconocer las identidades étnicas originarias como nacionalidades, igualando jurídicamente los colectivos étnicos a naciones, y maximizando con ello el valor de la diversidad cultural en una interacción de tipo equitativa.

Para la garantía del pluralismo jurídico (que a su vez supone el reconocimiento de la coexistencia de diferentes culturas en un territorio determinado) resulta necesario adoptar un modelo institucional que resignifique los órganos de poder, la relación de estos órganos entre sí, y la redefinición de sus funciones. En la reestructuración del Estado, para la garantía del pluralismo

jurídico, los pueblos indígenas deben participar en forma efectiva, activa y paritaria (Valiente, A.; 2013; 73).

Existen objeciones al constitucionalismo plurinacional: se afirma que produce desunión, lo que genera un riesgo de fragmentación; que crea enclaves no democráticos en sus formas de gobierno (por ejemplo, vulneración de los derechos de las mujeres); que hace colisionar los derechos colectivos con los individuales; y que crea un alto nivel de incertidumbre.

Sin embargo, es posible inferir que la participación de los pueblos indígenas en un Estado que reconoce su propia cosmovisión, lejos de provocar fragmentación, genera una interacción multicultural más equilibrada, lo que puede conducir a una menor conflictividad. Con la consagración de los mecanismos constitucionales que pasaremos a estudiar, los pueblos indígenas dejan de estar excluidos y sometidos a un derecho que no reconoce sus diferencias. En definitiva, no se trata de reconocer algo nuevo, sino, por el contrario, de reconocer algo que ya existe. En este sentido, las experiencias de Bolivia y Ecuador con más de diez años de constituciones plurinacionales puede resultar ejemplificadora.

En cuanto a los posibles enclaves antidemocráticos o a la colisión de derechos individuales y colectivos o a la incertidumbre como consecuencia de esto, nos remitimos al acápite 3 donde se expusieron las contradicciones del pluralismo jurídico y las propuestas que se han esgrimido para su solución. En todo caso, se hace presente que, incluso sin la consagración de la plurinacionalidad a nivel constitucional, la colisión de derechos fundamentales se produce en muchos órdenes y con mucha frecuencia (por ejemplo, derecho a la dignidad versus derecho a la libertad de expresión).

## II. CONSAGRACIÓN NORMATIVA DEL PLURALISMO JURÍDICO

El derecho internacional y ciertas constituciones comparadas reconocen la diversidad cultural y los derechos indígenas, así como la participación de los pueblos indígenas como sujetos constituyentes de los nuevos Estados. Ello ha posibilitado cambiar la configuración del modelo de Estado, nación y derecho (Yrigoyen, R.; 2013, 69).

### 1. Pluralismo jurídico en el Sistema Internacional de los Derechos Humanos

El derecho internacional de los derechos humanos ha contribuido al reconocimiento de una visión amplia del contenido y alcance de los derechos fundamentales de las personas y de los pueblos indígenas y tribales.

A continuación, se señalan algunos de los muchos instrumentos que abordan esta temática:

a. *Convenio N° 169 sobre Pueblos Indígenas y Tribales en países independientes (1989)*<sup>3</sup>

El Convenio N° 169 de la Organización Internacional del Trabajo (en adelante, OIT) ratificado por varios países latinoamericanos ha servido de fundamento para reformas constitucionales y legales internas, para el desarrollo de políticas públicas y para la evolución jurisprudencial.

El Convenio N° 169 de la OIT establece derechos colectivos de los pueblos indígenas, el reconocimiento de sus instituciones y de su derecho consuetudinario. El Convenio establece el derecho de los pueblos indígenas y tribales a conservar sus costumbres e instituciones propias, siempre que éstas no sean incompatibles con los derechos fundamentales definidos por el sistema jurídico nacional, ni con los derechos humanos internacionalmente reconocidos (art. 8.2).

Señala además que, al aplicar la legislación nacional a los pueblos interesados, deberán tomarse debidamente en consideración sus costumbres o su derecho consuetudinario (art. 8.1) y, en caso que hubiera un conflicto entre el derecho consuetudinario indígena y los derechos humanos, deberán establecerse procedimientos para solucionarlos (art. 8.2).

El establecimiento de estos procedimientos deberá ser consultado con los propios pueblos indígenas (art. 6), y todo procedimiento, mecanismo o institución encargada de resolverlos deberá contar con su participación (art. 6, inc.1.b). La aplicación del convenio debe darse de forma sistemática y coordinada con los pueblos indígenas (art. 2).

b. *Declaración de las Naciones Unidas sobre los derechos de las personas pertenecientes a minorías nacionales o étnicas, religiosas y lingüísticas (1992)*

El artículo 2 de esta Declaración señala que los Estados no podrán negarles a las personas que pertenezcan a minorías étnicas, religiosas o lingüísticas, el derecho que les corresponde, en común con los demás miembros de su grupo, a disfrutar de su propia cultura, a profesar y practicar su propia religión y a emplear su propio idioma.

c. *Declaración de las Naciones Unidas sobre los derechos de los Pueblos Indígenas (2013)*

De acuerdo con esta Declaración, los pueblos indígenas tienen, entre otros, el derecho a promover, desarrollar y mantener sus estructuras institucionales y sus propias costumbres o sistemas jurídicos, de conformidad con las normas internacionales de derechos humanos (art. 34). Además, señala que se tendrán debidamente en consideración las costumbres, las tradiciones, las normas y los sistemas jurídicos de los pueblos indígenas interesados (art. 40).

d. *Declaración Americana sobre Derechos de los Pueblos Indígenas (2016)*

En su artículo II, esta Declaración señala que los Estados reconocen y respetan el carácter pluricultural y multilingüe de los pueblos indígenas, quienes forman parte integral de sus

---

<sup>3</sup> Ratificado por Chile mediante Decreto 236 del 2008 del Ministerio de Relaciones Exteriores.

sociedades. Los pueblos indígenas tienen en consecuencia derecho a la libre determinación (art. III).

Además, tienen derechos colectivos y los Estados deben respetar sus sistemas o instituciones jurídicas, sociales, políticas y económicas; sus culturas; sus creencias espirituales; y sus tierras, territorios y recursos (art. VI).

La Declaración consagra en consecuencia el derecho a la autonomía o autogobierno (art. XXI) y a la jurisdicción indígena de conformidad con las normas internacionales de derechos humanos (art. XXII).

## 2. Pluralismo jurídico en las Constituciones comparadas

Las reformas constitucionales de las últimas décadas han impactado en la definición del modelo de Estado y han reconfigurado la relación jurídica entre los Estados y los pueblos indígenas. Estas reformas se han dado bajo el horizonte del Convenio N° 169 de la OIT que ha sido el instrumento marco para definir obligaciones estatales de respeto, garantía y protección de los derechos de los pueblos indígenas.

Si bien es posible ver expresiones de pluralismo jurídico o de plurinacionalidad en variadas constituciones como India, Canadá, Suiza o Bélgica; nos limitaremos al análisis de las constituciones que han hecho reformas recientes en la materia: Bolivia, Colombia, Ecuador, y México.

Estos cuatro países han realizado reformas constitucionales importantes, incorporando algunos elementos del Convenio N° 169 de la OIT, entre los que destacan (Yrigoyen, R. 2013, 73):

- el reconocimiento del carácter pluricultural del Estado/Nación/República, y el derecho a la identidad cultural, individual y colectiva;
- el reconocimiento de la igual dignidad de las culturas;
- el carácter de sujetos políticos de los pueblos y comunidades indígenas y campesinas, con derecho al control de sus instituciones políticas, culturales y sociales y su desarrollo económico;
- el reconocimiento de diversas formas de participación, consulta y representación directa de pueblos indígenas, campesinos y afrodescendientes;
- el reconocimiento del derecho (consuetudinario) indígena y la jurisdicción especial, lo que supone una forma de pluralismo jurídico; y
- el reconocimiento de un conjunto de derechos relativos a la tierra, las formas organizativas colectivas, educación bilingüe intercultural, oficialización de idiomas indígenas, etc.

a. *Constitución Política de la República de Colombia (1991)*

En su artículo 1, esta Constitución señala que Colombia es un Estado social de derecho, organizado en forma de República unitaria, descentralizada, con autonomía de sus entidades territoriales, democrática, participativa y pluralista.

En su artículo 330, la Constitución de Colombia indica que los territorios indígenas estarán gobernados por consejos conformados y reglamentados según sus usos y costumbres.

El artículo 246 establece el derecho de las autoridades de los pueblos indígenas a ejercer funciones jurisdiccionales dentro de su ámbito territorial, de conformidad con sus propias normas y procedimientos, siempre que no sean contrarias a la Constitución y a las leyes de la República. Agrega, de manera similar a la Constitución boliviana, que una ley establecerá las formas de coordinación de esta jurisdicción especial con el sistema judicial nacional.

De acuerdo con la jurisprudencia de la Corte Constitucional, existen cuatro elementos centrales de la jurisdicción especial indígena, contenidos en el art. 246 de la Carta Política:

- la existencia de autoridades propias de los pueblos indígenas;
- la potestad de estas autoridades para establecer normas y procedimientos propios a los miembros de su colectividad en sus territorios;
- la sujeción de dicha jurisdicción y normas a los principios de la Constitución y las leyes; y
- la coordinación de la jurisdicción indígena con el sistema judicial nacional.

Según la Corte Constitucional colombiana, los dos primeros elementos constituyen el núcleo de la autonomía de las comunidades indígenas con un alcance no sólo jurisdiccional sino también legislativo; y los últimos dos elementos conforman mecanismos de integración de los ordenamientos jurídicos indígenas con el ordenamiento nacional (Corte Constitucional de Colombia; SC-139; 1996; 18).

A su vez, la Corte estableció que:

*“Las restricciones a la autonomía de las comunidades indígenas en lo que hace a la determinación de sus instituciones jurídicas y sus formas de juzgamiento estarían justificadas, porque: se trata de medidas necesarias para proteger intereses de superior jerarquía, que en este caso serían el derecho a la vida, la prohibición de la esclavitud y la tortura y la legalidad de los procedimientos, los delitos y las penas; y se trata de las menores restricciones imaginables a la luz del texto constitucional (Corte Constitucional de Colombia; T-349; 1996).*

La Corte se ha pronunciado también sobre las garantías de un debido proceso (Corte Constitucional de Colombia; T-048; 2002) y los requisitos de la pena, como legalidad (Corte Constitucional de Colombia; T-349; 1996) y proporcionalidad (Corte Constitucional de Colombia; T-811; 2004); entre otros temas.

Se hace presente que la Corte Constitucional de Colombia no tiene una composición plural como la boliviana.

*b. Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos (1917)*

La Constitución mexicana, luego de las reformas de 2001 y 2016, reconoce y garantiza en el artículo 2 A el derecho de los pueblos y las comunidades indígenas a la libre determinación y, en consecuencia, a la autonomía para las siguientes materias:

- decidir sus formas internas de convivencia y organización social, económica, política y cultural;
- aplicar sus propios sistemas normativos en la regulación y solución de sus conflictos internos, sujetándose a los principios generales de la Constitución, respetando las garantías individuales, los derechos humanos y la dignidad e integridad de las mujeres;
- elegir de acuerdo con sus normas, procedimientos y prácticas tradicionales, a las autoridades o representantes para el ejercicio de sus formas propias de gobierno interno; preservar y enriquecer sus lenguas, conocimientos y todos los elementos que constituyan su cultura e identidad;
- elegir, en los municipios con población indígena, representantes ante los ayuntamientos, observando el principio de paridad de género; y
- acceder plenamente a la jurisdicción del Estado, de manera que en todos los juicios y procedimientos en que sean parte, individual o colectivamente, se deberán tomar en cuenta sus costumbres y especificidades culturales.

*c. Constitución de la República de Ecuador (2008)*

La Constitución ecuatoriana, en un extenso catálogo, consagra en el artículo 57 los derechos de las comunas, comunidades, pueblos y nacionalidades indígenas. Entre otros:

- a mantener, desarrollar y fortalecer libremente su identidad, sentido de pertenencia, tradiciones ancestrales y formas de organización social;
- a conservar la propiedad imprescriptible de sus tierras comunitarias;
- a la consulta previa, libre e informada, dentro de un plazo razonable, sobre planes y programas de prospección, explotación y comercialización de recursos no renovables que se encuentren en sus tierras y que puedan afectarles ambiental o culturalmente;
- a conservar y promover sus prácticas de manejo de la biodiversidad y de su entorno natural;
- a no ser desplazados de sus tierras ancestrales;
- a ser consultados antes de la adopción de una medida legislativa que pueda afectar cualquiera de sus derechos colectivos.

En el artículo 171 se establece el derecho de las autoridades de las comunidades, pueblos y nacionalidades indígenas a ejercer funciones jurisdiccionales, con base en sus tradiciones

ancestrales y su derecho propio, dentro de su ámbito territorial; con garantía de participación y decisión de las mujeres.

Podrán aplicar normas y procedimientos propios para la solución de sus conflictos internos siempre que no sean contrarios a la Constitución y a los derechos humanos reconocidos en instrumentos internacionales.

Agrega la disposición que una ley establecerá los mecanismos de coordinación y cooperación entre la jurisdicción indígena y la jurisdicción ordinaria. A la fecha, esa ley no ha sido dictada.

*d. Constitución Política del Estado de Bolivia (2009)*

En su artículo 1º, la Constitución boliviana define al Estado como “unitario social de derecho plurinacional comunitario, libre, independiente, soberano, democrático, intercultural, descentralizado y con autonomías”. Agrega esta disposición que “Bolivia se funda en la pluralidad y el pluralismo político, económico, jurídico, cultural y lingüístico, dentro del proceso integrador del país”.

La Constitución boliviana consagra, entre otros, los siguientes derechos de las Naciones y Pueblos Indígenas Originarios Campesinos (art. 30.II):

- a existir libremente;
- a su identidad cultural, creencia religiosa, espiritualidades, prácticas y costumbres, y a su propia cosmovisión;
- a la libre determinación y territorialidad;
- a que sus instituciones sean parte de la estructura general del Estado;
- a la titulación colectiva de tierras y territorios;
- al ejercicio de sus sistemas políticos, jurídicos y económicos acorde a su cosmovisión;
- a ser consultados mediante procedimientos apropiados, y en particular a través de sus instituciones, cada vez que se prevean medidas legislativas o administrativas susceptibles de afectarles; y
- a la participación en los órganos e instituciones del Estado.

El artículo 179, si bien establece que la función judicial es única, indica que la jurisdicción puede ser ordinaria, agroambiental, indígena campesina o especializada. La jurisdicción indígena campesina se ejerce por sus propias autoridades.

El capítulo cuarto (artículos 190 a 192) ahonda en esta materia señalando los ámbitos de vigencia de esta jurisdicción; sus límites (vida, derecho a la defensa y demás garantías establecidas en la Constitución); y el deber del Estado de promover y fortalecer la justicia indígena campesina.

Por último, se mandata a una ley especial la determinación de los mecanismos de coordinación y cooperación entre la jurisdicción indígena campesina y el resto de las jurisdicciones constitucionalmente reconocidas. La Ley N° 073 de 2010, de deslinde territorial, regula los

ámbitos de vigencia entre la jurisdicción indígena originaria campesina y las otras jurisdicciones reconocidas constitucionalmente; y determina los mecanismos de coordinación y cooperación entre estas jurisdicciones en el marco del pluralismo jurídico.

Los conflictos de competencia entre la jurisdicción indígena y el resto son resueltos por un Tribunal Constitucional Plurinacional (art. 202.11), compuesto por magistrados y magistradas elegidos con criterios de plurinacionalidad, con representación del sistema ordinario y del sistema indígena originario campesino (art. 197).

Se observa entonces que existe participación de autoridades indígenas en los procedimientos y mecanismos institucionales de resolución de conflictos entre normas o prácticas del derecho consuetudinario indígena y provisiones de derechos humanos. La existencia de esta institucionalidad posibilita la comprensión intercultural de los hechos y derechos involucrados (Yrigoyen, R. 2013, 85).

De manera complementaria, y para efectos de vislumbrar implementaciones normativas de las disposiciones constitucionales, se hace presente lo dispuesto en el artículo 28 del Código de Procedimiento Penal boliviano que consagra la justicia comunitaria:

*“Se extinguirá la acción penal cuando el delito o la falta se cometa dentro una comunidad indígena por uno de sus miembros en contra de otro y sus autoridades naturales hayan resuelto el conflicto conforme a su Derecho Consuetudinario Indígena, siempre que dicha resolución no sea contraria a los derechos fundamentales y garantías de las personas establecidos por la Constitución Política del Estado.*

*La ley compatibilizará la aplicación del Derecho Consuetudinario Indígena”.*

#### BIBLIOGRAFÍA

Alexy, Robert, Derechos Fundamentales, ponderación y racionalidad. Revista Iberoamericana de Derecho Procesal Constitucional núm. 11, (2009), pp. 3-14.

Assies, Willem; Van der Haar, Gemma; Hoekema, André J. Los pueblos indígenas y la reforma del Estado en América Latina. Papeles de Población, vol. 8, núm. 31, Universidad Autónoma del Estado de México Toluca, México (2002), pp. 95-115.

Castro, Sergio Rodrigo, Algunos elementos de doctrina para una constitución plural. Pluralismo Jurídico e Interculturalidad, Comisión de Justicia de la Asamblea Constituyente, Bolivia (2008), pp. 101-122.

Etxeberria, Xabier, La tradición de los derechos humanos y los pueblos indígenas: una interpelación mutua en Pueblos Indígenas y Derechos Humanos. En: Berraondo, Mikel (Coord.), Pueblos indígenas y derechos humanos, Bilbao: Instituto de Derechos Humanos, Universidad de Deusto (2006), pp. 77-60.

Iannello, Pablo, Pluralismo Jurídico. Enciclopedia de Filosofía y Teoría del Derecho, vol. 1 (2015), pp. 767-790.

Julio-Estrada, Alexy; Rivera Santivañez, José Antonio; Torbisco, Neus; Valiente López, Aresio; Yrygoyen Fajardo, Rachel Z; Pluralismo jurídico y derechos humanos. Anuario de Derechos Humanos No. 9 (2013), pp. 62-85.

Mejía Coca, Juan, Algunos temas a discutirse en la temática de justicia indígena. Pluralismo Jurídico e Interculturalidad, Comisión de Justicia de la Asamblea Constituyente, Bolivia (2008), pp. 123-134.

Díaz Ocampo, Eduardo y Antúnez Sánchez, Alcides, El pluralismo jurídico. los principios de interculturalidad, pluriculturalidad y plurinacionalidad desde América Latina, Derecho y cambio social (2018)

Organización Internacional del Trabajo, Los derechos de los pueblos indígenas y tribales en la práctica. Una Guía sobre el Convenio N° 169 de la OIT (2009).

Sánchez-Castañeda, Alfredo, Los orígenes del pluralismo jurídico. Pluralismo Jurídico e Interculturalidad, Comisión de Justicia de la Asamblea Constituyente, Bolivia (2008), pp. 19-33.

Sousa Santos, Bonaventura de, Law: a map of misreading: Toward a post-modern concept of Law. Journal of Law and Society, vol. 14, núm. 3 (1987), pp. 279-302.

Sousa Santos, Bonaventura de, La reinención del Estado y el Estado plurinacional. Alianza Interinstitucional CENDA – CEJIS – CEDIB. Santa Cruz de la Sierra, Bolivia (2007).

Sousa Santos, Bonaventura de, Reinventar la democracia, Reinventar el estado. Sequitur, Madrid, (1999).

Swenson, Geoffrey, Legal Pluralism in Theory and Practice. International Studies Review (2018) 20, 438–462 .

## **Legislación**

Convenio N° 169 sobre Pueblos Indígenas y Tribales en países independientes adoptado por la Conferencia General de la Organización Internacional del Trabajo el 27 de junio de 1989.

Declaración de las Naciones Unidas sobre los derechos de las personas pertenecientes a minorías nacionales o étnicas, religiosas y lingüísticas aprobada por la Asamblea General en su resolución 47/135 de 18 de diciembre de 1992.

Declaración de las Naciones Unidas sobre los derechos de los pueblos indígenas. Resolución aprobada por la Asamblea General en sesión plenaria de 13 de septiembre de 2013.

Declaración Americana sobre los Derechos de los Pueblos Indígenas aprobada en segunda sesión plenaria, celebrada el 14 de junio de 2016.

Constitución Política del Estado de Bolivia (2009)  
[<http://www.gacetaoficialdebolivia.gob.bo/edicions/view/NCPE>]

Constitución Política de la República de Colombia (1991)  
[<http://www.secretariasenado.gov.co/index.php/constitucion-politica>]

Constitución de la República de Ecuador (2008)  
[[https://www.constituteproject.org/constitution/Ecuador\\_2021?lang=es](https://www.constituteproject.org/constitution/Ecuador_2021?lang=es)]

Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos (1917)  
[<https://www.juridicas.unam.mx/legislacion/ordenamiento/constitucion-politica-de-los-estados-unidos-mexicanos>]

Constitución Política del Estado libre y soberano de Oaxaca (1922)  
[<https://www.oaxaca.gob.mx/cocitei/wp-content/uploads/sites/48/2019/07/CONSTITUCION-POLITICA-DEL-ESTADO-LIBRE-Y-SOBERANO-DE-OAXACA.pdf>]

Código de Procedimiento Penal de Bolivia (1999)  
[[http://www.cicad.oas.org/fortalecimiento\\_institucional/legislations/PDF/BO/codigo\\_procedimiento\\_penal.pdf](http://www.cicad.oas.org/fortalecimiento_institucional/legislations/PDF/BO/codigo_procedimiento_penal.pdf)]

### **Jurisprudencia**

Sentencia de la Corte Constitucional de Colombia, M.P. Carlos Gaviria Díaz. SC-139 (1996).

Sentencia de la Corte Constitucional de Colombia, T-349 (1996).

Sentencia de la Corte Constitucional de Colombia, T-048 (2002).

Sentencia de la Corte Constitucional de Colombia, T-811 (2004).