

Pluralismo jurídico y jurisdicción indígena en el horizonte del constitucionalismo pluralista

Raquel Z. Yrigoyen Fajardo*

1. Introducción

El presente texto reseña cómo se ha dado el reconocimiento del pluralismo jurídico y la jurisdicción indígena en los tres ciclos de reformas constitucionales del *horizonte del constitucionalismo pluralista* en Latinoamérica, desde los años ochenta del siglo xx hasta la actualidad. Dicho reconocimiento comprende las autoridades, el derecho consuetudinario y funciones jurisdiccionales de los pueblos indígenas, en el marco del reconocimiento de pueblos con igual dignidad y derechos, que no están sujetos a tutela colonial. La constitucionalización del pluralismo jurídico y la jurisdicción indígena pone en cuestión el monismo jurídico, esto es, la identidad Estado-derecho, y la monoculturalidad estatal, esto es, la identidad Estado-nación, ambos heredados del siglo xix.

El primer ciclo del constitucionalismo pluralista se da con la emergencia del multiculturalismo en los ochenta del siglo xx, pero sin llegar a reconocerse el pluralismo jurídico. El segundo ciclo de este horizonte, durante los noventa, se da luego de la adopción del Convenio 169, sobre Pueblos Indígenas y Tribales en Países Independientes, de la Organización Internacional del Trabajo (1989), en el cual se reconoce el modelo de Estado pluricultural y el pluralismo jurídico. El tercer ciclo del cons-

*Abogada peruana con doctorado en Derecho y máster en Sistema Penal y Problemas Sociales (Universidad de Barcelona), diploma de Estudios en Antropología (Pontificia Universidad Católica del Perú), especialización en Derecho Consuetudinario Indígena (Universidad Nacional Autónoma de México-Universidad San Carlos de Guatemala) y estudios en *Federal Indian Law* (University of Oklahoma). Miembro fundadora del Instituto Internacional de Derecho y Sociedad, IIDS / International Institute on Law and Society, IILS.

titucionalismo pluralista se da luego de la adopción de la Declaración de Naciones Unidas sobre los Derechos de los Pueblos Indígenas (2007). Las constituyentes de dos Estados andinos (Ecuador 2008 y Bolivia 2009), asumen que los pueblos indígenas constituyen naciones o nacionalidades originarias que, haciendo un nuevo pacto de Estado, conforman un *Estado plurinacional*. En el marco de un proyecto descolonizador, reconocen la jurisdicción indígena y aspiran a un pluralismo jurídico igualitario. Este nuevo modelo supone retos enormes de adecuación normativa interna, implementación institucional y cambio en la cultura jurídica, que se mueve aún entre el monismo jurídico decimonónico y la pesada herencia colonial.

2. Antecedentes históricos

El horizonte del constitucionalismo pluralista supuso una ruptura paradigmática respecto del horizonte del constitucionalismo liberal monista del siglo XIX y del horizonte del constitucionalismo social integracionista del siglo XX, llegando a cuestionar el mismo hecho colonial.¹

2.1. El hecho colonial

El *hecho colonial* colocó a los pueblos originarios en una posición subordinada. Sus territorios y recursos fueron objeto de expolio y expropiación por terceros, su mano de obra fue explotada, y su destino mismo como pueblos alienado de sus manos. La ideología de la *inferioridad natural de los indios* y la figura jurídica de la tutela indígena permitieron estabilizar a lo largo del tiempo el modelo de subordinación indígena. La independencia política de las colonias americanas respecto de las metrópolis no significó el fin de esta subordinación. Los nuevos Estados latinoamericanos se organizaron bajo flamantes Constituciones liberales pero con proyectos neocoloniales de sujeción indígena.

2.2. El monismo jurídico del siglo XIX

Los Estados liberales del siglo XIX se configuraron bajo el principio del monismo jurídico, esto es, la existencia de un solo sistema jurídico dentro de un Estado, y una ley general para todos los ciudadanos. El pluralismo jurídico, como forma de coexistencia de varios sistemas normativos dentro de un mismo espacio geopolítico, aun en su forma colonial subordinada, no fue admisible bajo la ideología del Estado nación. Estado nación monocultural, el monismo jurídico y un modelo de ciudadanía censitaria (para hombres blancos, propietarios e ilustrados) fueron las vértebras del *horizonte del constitucionalismo liberal* del siglo XIX en Latinoamérica. Un consti-

¹ Para un mayor desarrollo, véanse: Raquel Yrigoyen Fajardo: *Pautas de coordinación entre el derecho indígena y el derecho estatal*. 1.ª ed., Guatemala: Fundación Myrna Mack, 1999; ídem: «Vislumbrando un horizonte pluralista: rupturas y retos epistemológicos y políticos», en: Milka Castro: *Los desafíos de la interculturalidad*. Santiago de Chile: Universidad de Chile, 2004, pp. 191-228; ídem: «Hitos del reconocimiento del pluralismo jurídico y el derecho indígena en las políticas indigenistas y el constitucionalismo andino», en: Mikel Berraondo: *Pueblos indígenas y derechos humanos*. Bilbao: Universidad de Deusto, 2006, pp. 537-567.

tucionalismo importado por las élites criollas para configurar Estados a su imagen y semejanza, con exclusión de los pueblos originarios, afrodescendientes, mujeres y mayorías subordinadas, y con el objetivo de mantener la sujeción indígena.

En el siglo XIX, el proyecto criollo de sujeción indígena del *horizonte del constitucionalismo liberal* se expresó bajo tres técnicas constitucionales: a) asimilar o convertir a los *indios* en *ciudadanos* intitulado de derechos individuales, mediante la disolución de los *pueblos de indios*, tierras colectivas, autoridades propias y fuero indígena, para evitar levantamientos indígenas; b) reducir, civilizar y cristianizar indígenas todavía no colonizados, a quienes las Constituciones llamaron *salvajes*, para expandir la frontera agrícola; y c) hacer la guerra ofensiva y defensiva a las naciones indias con quienes las Coronas habían firmado tratados, y a quienes las Constituciones llamaban *bárbaros*, para anexar sus territorios al Estado.

Como resultado de las políticas de parcelación de tierras colectivas y despojo territorial del siglo XIX, los indígenas no se convirtieron en prósperos propietarios como propugnaban Bolívar y los liberales, sino que se expandieron las haciendas y la servidumbre indígena. Mientras tanto, nuevas formas de invasión de sus territorios, así como de tutela estatal y eclesial se impusieron sobre las naciones indígenas que no habían sido conquistadas en la era colonial.

2.3. *El constitucionalismo social integracionista del siglo XX*

El *horizonte del constitucionalismo social*, inaugurado por la Constitución de México de 1917, permitió cuestionar el constitucionalismo asimilacionista e individualista del siglo XIX mediante el reconocimiento de sujetos colectivos, derechos sociales y la ampliación de las bases de la ciudadanía. Ello, a su vez, posibilitó el reconocimiento de comunidades indígenas y derechos colectivos a la tierra, así como de otras especificidades culturales, dentro del marco de un indigenismo integracionista. El objetivo del *constitucionalismo social integracionista* era integrar a los indígenas al Estado y al mercado, pero sin romper la identidad Estado-nación ni el monismo jurídico. Tampoco cuestionó la potestad del Estado de definir el modelo de desarrollo indígena dentro de un marco tutelar. Monoculturalidad, monismo jurídico y modelo tutelar indígena recién son puestos en cuestión por los tres ciclos del *horizonte del constitucionalismo pluralista*, desde finales del siglo XX a la fecha.

2.4. *El constitucionalismo pluralista de finales del siglo XX*

Los tres ciclos del horizonte del constitucionalismo pluralista, esto es: a) el constitucionalismo multicultural (1982-1988), b) el constitucionalismo pluricultural (1989-2005) y c) el constitucionalismo plurinacional (2006-2009), tienen la virtud de cuestionar, progresivamente, elementos centrales de la configuración y definición de los Estados republicanos latinoamericanos dibujados en el siglo XIX, y herencia de la tutela colonial indígena, planteando un proyecto descolonizador de largo aliento.

Las reformas constitucionales expresan antiguas y nuevas demandas indígenas, las que les dan impulso. Sin embargo, las reformas constitucionales también son el escenario en el que se expresa la resistencia que viene de antiguos y nuevos colonialismos. Los contextos complejos en los que se gestan las reformas llenan de tensiones así como de contradicciones (aparentes o reales) a los textos constitucionales, exigiendo una interpretación pluralista para salvar sus limitaciones y resolver tales tensiones en favor de la realización de los objetivos y principios del proyecto

constitucional pluralista. Tal ejercicio de interpretación es un ejercicio de poder y, por ende, se trata de un ejercicio que ahora también es compartido por los pueblos indígenas en el marco del Estado plurinacional.

3. Ciclos del horizonte del constitucionalismo pluralista

3.1. *El ciclo del constitucionalismo multiculturalista (1982-1988)*

El primer ciclo de reformas constitucionales que cabe ubicar en el *horizonte del constitucionalismo pluralista* se desarrolló durante los años ochenta del siglo xx (1982-1988) y está marcado por la emergencia del multiculturalismo y nuevas demandas indígenas. En este ciclo, las Constituciones introducen el concepto de diversidad cultural, el reconocimiento de la configuración multicultural y multilingüe de sociedad, el derecho —individual y colectivo— a la identidad cultural y algunos derechos indígenas específicos.

La Constitución del Canadá (1982) abre la trocha con un pionero reconocimiento de su herencia multicultural (*multicultural heritage*) y la incorporación de derechos aborígenes (*rights of aboriginal peoples*). Dos Constituciones centroamericanas, la de Guatemala de 1985 y la de Nicaragua de 1987, se inscriben en este horizonte, buscando reconciliar a sus sociedades y dar respuesta a demandas indígenas en el contexto de procesos bélicos.

La Constitución de Guatemala reconoce la configuración multiétnica, multicultural y multilingüe del país y «el derecho de las personas y de las comunidades a su identidad cultural», así como ciertos derechos específicos para grupos étnicos y comunidades indígenas. La Constitución de Nicaragua reconoce también la «naturaleza multiétnica» del pueblo, así como derechos culturales, lingüísticos y territoriales a las comunidades étnicas del Atlántico, para que se organicen según «sus tradiciones históricas y culturales», llegando a desarrollar un régimen de autonomías. La Constitución del Brasil de 1988, que antecede en un año a la adopción del convenio 169 de la OIT sobre derechos indígenas, ya recoge algunos planteamientos que se debaten en la revisión del convenio 107 de la OIT, por lo que dicha Constitución está en el umbral del segundo ciclo.

En este ciclo, sin embargo, las Constituciones no llegan a hacer un reconocimiento explícito del pluralismo jurídico. En algunos países que tampoco tenían reconocimiento constitucional del pluralismo jurídico, sin embargo, había normas secundarias o políticas, ya sea por vieja herencia colonial o por fisuras intrasistémicas alentadas por el convenio 107 de la OIT, que reconocían la justicia indígena pero reducida a la resolución de conflictos menores entre indígenas, con competencias no mayores a las de la justicia de paz, como contemplaba la Ley de Comunidades Nativas de 1978 en el Perú.

3.2. *El ciclo del constitucionalismo pluricultural (1989-2005)*

El segundo ciclo de reformas, el *constitucionalismo pluricultural*, fue desarrollado durante los noventa (1989-2005). En este ciclo, las Constituciones afirman el derecho (individual y colectivo) a la identidad y diversidad cultural, ya introducido en el primer ciclo, y desarrollan además el concepto de *nación multiétnica / multicultural* y *Estado pluricultural*, calificando la naturaleza de la población y avanzando hacia una redefinición del carácter del Estado.

El pluralismo y la diversidad cultural se convierten en principios constitucionales y permiten fundar derechos indígenas así como de afrodescendientes y otros colectivos. Las Constituciones de este ciclo incorporan un nuevo y largo listado de derechos indígenas, en el marco de la adopción del convenio 169 de la Organización Internacional del Trabajo sobre Pueblos Indígenas y Tribales en Países Independientes (1989). Tales derechos incluyen la oficialización de idiomas indígenas, educación bilingüe intercultural, tierras, la consulta y nuevas formas de participación, entre otros.

La novedad más importante de este ciclo es que las Constituciones introducen fórmulas de pluralismo jurídico que logran romper la identidad Estado-derecho o el monismo jurídico, esto es, la idea de que solo es *derecho* el sistema de normas producido por los órganos soberanos del Estado (el Legislativo, Judicial y Ejecutivo). Las Constituciones de este ciclo reconocen autoridades indígenas, sus propias normas y procedimientos o su derecho consuetudinario y funciones jurisdiccionales o de justicia. A partir de estos reconocimientos se pone en cuestión la visión clásica de soberanía, y el monopolio que las Constituciones asignaban a los *poderes u órganos soberanos* del Estado para la producción del derecho y la violencia legítima. Las Constituciones pluralizan las fuentes de producción legal del derecho y de la violencia legítima, pues las funciones de producción de normas, administración de justicia y organización del orden público interno pueden ser ejercidas tanto por los órganos soberanos (clásicos) del Estado como por las autoridades de los pueblos indígenas, bajo techo y control constitucional. Sin embargo, se trata de fórmulas no exentas de limitaciones y no siempre son introducidas de modo orgánico y sistemático. Este modelo se expande en Meso y Sudamérica (Colombia 1991, México 1992, Paraguay 1992, Perú 1993, Bolivia 1994, Argentina 1994, Ecuador 1996 y 1998, y Venezuela 1999).

La adopción del multiculturalismo y los derechos indígenas en los noventa se dio paralelamente a otras reformas en sede constitucional destinadas a facilitar la implementación de políticas neoliberales en el marco de la globalización. Ello incluyó la contracción del papel social del Estado y de los derechos sociales, la flexibilización de mercados y la apertura a las transnacionales, como en Bolivia y Perú. Así por ejemplo, la Constitución peruana de 1993, si bien reconoció por un lado el carácter pluricultural del Estado y el pluralismo jurídico, por otro, eliminó las garantías de inalienabilidad, imprescriptibilidad e inembargabilidad que tenían las tierras indígenas desde las Constituciones de 1920 y 1930. En la práctica, ello posibilitó que un gran número de corporaciones transnacionales se instalaran en los territorios indígenas para realizar actividades extractivas, dando lugar a nuevas formas de despojo territorial, como no se había dado desde el siglo XIX. Es decir, la simultánea adopción de planteamientos neoliberales y derechos indígenas en las Constituciones, entre otros factores, tuvo como consecuencia práctica la neutralización de los nuevos derechos conquistados. Súmense a esto otros factores, como violencia interna, acciones de poderes materiales locales, narcotráfico, paramilitares, etcétera.

La incorporación de nuevos derechos y potestades indígenas en sede constitucional, así como la ratificación de tratados de derechos humanos que entraron a formar parte del bloque de constitucionalidad generaron, de alguna manera, una inflación de derechos sin correspondencia con mecanismos institucionales para hacerlos efectivos. Tales cambios constitucionales dejaron pendiente una tarea aún incompleta de revisión de todo el derecho constitucional, administrativo, civil, penal, etcétera, para poder dar cuenta de los nuevos derechos y atribuciones públicas reconocidos a los pueblos indígenas y otros colectivos.

Los nuevos derechos conquistados y la distribución de potestades que antes eran privativas de los órganos del Estado a los indígenas, dan lugar a un sinnúmero de disputas legales y políticas, aún no resueltas. Así por ejemplo, el Poder Legislativo en varios países sigue reclamando atribución soberana para dar leyes sin estar condicionado o limitado por el derecho de consulta de los pueblos indígenas. Hasta ahora, ni las leyes ni las Cortes han logrado aclarar extensión de este derecho. Lo mismo pasa con el tema de la jurisdicción indígena o conflictos en torno a la interpretación de los derechos humanos. Aquí hay grandes avances, pero también preguntas pendientes.

Sobre el pluralismo jurídico. El reconocimiento del pluralismo jurídico en este ciclo fue posible en un contexto en el que se dieron varios factores: una demanda indígena de reconocimiento del derecho propio, el desarrollo del derecho internacional sobre los derechos indígenas, la expansión del discurso del multiculturalismo y las reformas estructurales del Estado y la justicia.

La demanda indígena. En varios países, las organizaciones indígenas pasaron de demandar tierras a territorios, y ya no se contentaban con reclamar el derecho de acceder a la justicia (estatal), sino que reclamaban el ejercicio de potestades públicas en sus territorios. Por otro lado, la expansión de los Estados en el siglo xx dio lugar a una confrontación más evidente entre los aparatos estatales y las autoridades indígenas, por lo que se dieron casos de criminalización de indígenas y campesinos que administraban justicia en sus espacios territoriales (perseguidos como delito de *usurpación de autoridad o sedición*). De ahí que una importante demanda indígena y campesina era el reconocimiento de sus sistemas normativos, de autoridad y de justicia, tanto para frenar la criminalización de las autoridades indígenas y campesinas que administraban justicia, como para afirmar derechos territoriales.

El desarrollo del derecho internacional. El derecho al propio derecho consuetudinario y a los métodos de control de delitos de los pueblos indígenas es uno de los derechos consagrados en el convenio 169 de la OIT. Este convenio fue adoptado en 1989 y ratificado por varios países de la región en los noventa, paralelamente a las reformas constitucionales, dando fundamento legal internacional a la incorporación de derechos indígenas. El convenio 169 supera el marco integracionista del convenio 107, de 1957. El convenio 107 sancionaba que el derecho consuetudinario indígena no debía ser incompatible con los objetivos de los programas de integración que los Estados podían imponer a los pueblos indígenas. El convenio 169 supone una evolución del derecho internacional, buscando superar el asimilacionismo y el integracionismo forzado. El convenio 169 parte del reconocimiento de las aspiraciones de los pueblos a controlar sus instituciones propias, por lo que reconoce el derecho de los pueblos a tener sus propias instituciones y derecho consuetudinario, incluyendo sus métodos de control de delitos. Solo limita el reconocimiento del derecho consuetudinario indígena a la no vulneración de los derechos humanos y fundamentales.

Convenio 169 de la OIT

[...] Considerando que la evolución del derecho internacional desde 1957 y la situación de los pueblos indígenas [...] hacen aconsejable adoptar nuevas normas internacionales en la materia, a fin de *eliminar la orientación hacia la asimilación* de las normas anteriores;

[...] Reconociendo las *aspiraciones de esos pueblos a asumir el control de sus propias instituciones y formas de vida* y de su desarrollo económico y a mantener y fortalecer sus identidades, lenguas, religiones, dentro del marco de los Estados en que viven.

Artículo 8.2. Dichos pueblos deberán tener el derecho de 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. Siempre que sea necesario, deberán establecerse procedimientos para solucionar los conflictos que puedan surgir en la aplicación de este principio.

Artículo 9.1. En la medida que ello sea compatible con el sistema jurídico nacional y con los derechos humanos internacionalmente reconocidos, deberán respetarse los *métodos* a los que los pueblos interesados recurren *tradicionalmente* para la *represión de los delitos* cometidos por sus miembros.

El multiculturalismo. En la arena teórica se fue expandiendo el discurso del multiculturalismo, el cual permite afirmar el valor de la diversidad cultural y la necesidad de políticas públicas inclusivas que tengan en cuenta dicha diversidad. La diversidad cultural puede tener su fuente en la presencia de diversos conglomerados indígenas, preexistentes al Estado, así como poblaciones de reciente inmigración. Teóricos canadienses como Taylor o Kymlicka desarrollaron teorías que permiten plantear políticas de reconocimiento de la diversidad y derechos de diversos grupos culturales en el marco de una *ciudadanía multicultural*.² Estas teorías se exportaron a distintos países. El multiculturalismo favoreció el reconocimiento de derechos de grupo para los colectivos indígenas, incluyendo el derecho a su propio derecho y justicia, en tanto los indígenas eran concebidos como *grupos culturalmente diversos*. La diversidad cultural sirvió de fundamento, pero también de límite para el reconocimiento del derecho indígena. Por ejemplo, en el caso de Colombia, los magistrados establecieron el principio de «a mayor conservación de sus usos y costumbres, mayor autonomía».³ El derecho al propio derecho no se fundaba en la libre determinación del pueblo indígena, sino en una evaluación externa de diversidad cultural. Cuanto más *conservado* o diverso culturalmente era un pueblo para los magistrados, tal pueblo tenía derecho a gozar de mayor autonomía.

² Charles Taylor: *El multiculturalismo y la política del reconocimiento*. México: FCE, 1993; Will Kymlicka: *Ciudadanía multicultural. Una teoría liberal de los derechos de las minorías*. Barcelona: Paidós, 1995; idem: *Politics in the vernacular. Nationalism, multiculturalism, and citizenship*. Nueva York: Oxford University Press, 2001.

³ T-254-94, de 30 de mayo de 1994, Corte Constitucional de Colombia (p. 16). En varias sentencias, la Corte Constitucional de Colombia se adscribe a una tesis multiculturalista externa, por la cual son los jueces de la Corte quienes determinan si un pueblo indígena se ha mantenido diferente culturalmente o no, y por ende es merecedor del respeto de su autonomía. En caso de no conservarse como diferente culturalmente, no sería merecedor del reconocimiento de su autonomía. Esta tesis recién es revisada en la sentencia de la tutela 903/09, del 4 de diciembre del 2009.

Las reformas de la justicia. Durante los noventa, tendencias globales impulsadas por programas de la banca mundial (el Banco Mundial o el Banco Interamericano de Desarrollo), así como por agencias de la cooperación internacional, promovieron políticas de reforma del Estado y la justicia que obligaban a una nueva mirada sobre el Poder Judicial y su capacidad para administrar justicia. En ese marco se incorporaron mecanismos alternativos de resolución de conflictos, la justicia de paz y la justicia indígena. Grosso modo, estas políticas estaban destinadas a la modernización de los sistemas de justicia (diferenciación entre administración y jurisdicción, difusión del sistema acusatorio por sobre el inquisitivo, mayor transparencia en la gestión, garantías para el debido proceso, automatización de los procesos, etc.). El reconocimiento de mecanismos alternativos de resolución de conflictos incluía tanto el arbitraje internacional (para conflictos relacionados con corporaciones transnacionales) como mecanismos locales más flexibles, baratos y cercanos a los pobres, así como también culturalmente más asequibles a grupos diversos, pero sin menoscabo de los derechos individuales (especialmente de las mujeres). Estas reformas permitieron tanto una apertura ideológica como el financiamiento para impulsar programas de reconocimiento o fortalecimiento de la *justicia comunitaria*, pero concebida como una forma alternativa de resolución de conflictos locales para las comunidades indígenas pobres, y en tanto solo resolvieran conflictos menores.

En el contexto de estos múltiples factores, las Constituciones lograron superar el fantasma del monismo jurídico e incorporaron alguna fórmula de pluralismo jurídico interno buscando no afectar la integridad nacional, la seguridad jurídica y los valores de los derechos humanos. En este ciclo, todos los países andinos (excepto Chile) incluyeron alguna fórmula de reconocimiento del pluralismo jurídico interno en sus textos constitucionales: Colombia en 1991, Perú en 1993, Bolivia en 1994, Ecuador en 1998 y Venezuela en 1999. Además, otros Estados como Paraguay (1992) y México (2001) también introdujeron alguna forma de reconocimiento del pluralismo jurídico y la jurisdicción indígena.

El fundamento. Durante los noventa, las Constituciones andinas introdujeron en sus primeros artículos un reconocimiento de la existencia de diversas culturas, definieron a la nación o al Estado como multicultural o pluricultural (Colombia, Perú, Bolivia, Ecuador) y garantizaron el derecho a la diversidad cultural (Colombia, Perú) o la igualdad de las culturas (Colombia, Venezuela). Con este reconocimiento, las Constituciones quebraron el modelo de Estado nación monocultural diseñado en el siglo XIX. Igualmente, estas Cartas constitucionales contienen un listado de derechos de pueblos y comunidades indígenas (Colombia, Bolivia, Ecuador, Venezuela) o de comunidades campesinas y nativas (Perú), con diverso grado de desarrollo.

Contenidos del reconocimiento. Específicamente, en cuanto al pluralismo jurídico interno, las Constituciones andinas mencionadas reconocen que las autoridades de las comunidades y pueblos indígenas o campesinos pueden ejercer funciones jurisdiccionales o resolver conflictos de acuerdo con sus propias normas y procedimientos o derecho consuetudinario. Es decir, estas cartas reconocen a los colectivos indígenas y campesinos (comunidades y pueblos) las siguientes potestades:

- la potestad de darse sus autoridades e instituciones (autoridades propias, legítimas, naturales);
- la potestad normativa para darse sus propias normas y procedimientos, o su derecho consuetudinario o costumbres; y
- la potestad de administrar justicia o de ejercer funciones jurisdiccionales (jurisdicción especial), función judicial, solución alternativa de conflictos, instancias de justicia.

Cuadro 1. Reconocimiento del pluralismo jurídico y la jurisdicción indígena en los países andinos en los años noventa del siglo xx

Comparación	Colombia 1991	Perú 1993	Bolivia 1994	Ecuador 1998	Venezuela 1999
1. Fundamento: Pluriculturalidad de la nación o Estado.	Art. 7: El Estado reconoce y protege la diversidad étnica y cultural de la nación colombiana.	Art. 2: Toda persona tiene derecho, Inc. 19: A su identidad étnica y cultural. El Estado reconoce y protege la pluralidad étnica y cultural de la nación.	Art. 1: Bolivia, libre, independiente, soberana, multiétnica y pluricultural, constituida en República unitaria, adopta para su gobierno la forma democrática representativa, fundada en la solidaridad de todos los bolivianos.	Art. 1. El Ecuador es un Estado social de derecho, soberano, unitario, independiente, democrático, pluricultural y multiétnico. Su gobierno es republicano, presidencial, electivo, representativo, responsable, alternativo, participativo y de administración descentralizada. [...]	Art. 100: Las culturas populares constitutivas de la venezolanidad gozan de atención especial, reconociéndose y respetándose la interculturalidad bajo el principio de igualdad de las culturas. [...]
2. Reconocimiento del pluralismo jurídico y jurisdicción indígena a. Derecho consuetudinario, b. Jurisdicción indígena y c. Institucionalidad indígena (autoridades e instituciones propias).	Art. 246: 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 jurídico nacional.	Art. 149: Las autoridades de las comunidades campesinas y nativas con el apoyo de las rondas campesinas pueden ejercer las funciones jurisdiccionales dentro de su ámbito territorial de conformidad con el derecho consuetudinario siempre que no violen los derechos fundamentales de la persona. La ley establece las formas de coordinación de dicha jurisdicción especial con los juzgados de paz y con las demás instancias del Poder Judicial.	Art.171: [...] Las autoridades naturales de las comunidades indígenas y campesinas podrán ejercer función de administración y aplicación de normas propias como solución alternativa de los conflictos, en conformidad a sus costumbres y procedimientos siempre que no sean contrarios a esta Constitución y las leyes. La ley compatibilizará estas funciones con las atribuciones de los poderes del Estado.	Art. 191: [...] Las autoridades de los pueblos indígenas ejercerán funciones de justicia, aplicando normas y procedimientos propios para la solución de conflictos internos de conformidad con sus costumbres o derecho consuetudinario, siempre que no sean contrarios a la Constitución y las leyes. La ley hará compatibles aquellas funciones con las del sistema judicial nacional.	Art. 260: Las autoridades legítimas de los pueblos indígenas podrán aplicar en su hábitat instancias de justicia con base en sus tradiciones ancestrales y que solo afecten a sus integrantes, según sus propias normas y procedimientos, siempre que no sean contrarios a esta Constitución, a la ley y al orden público. La ley determinará la forma de coordinación de esta jurisdicción especial con el sistema judicial nacional.

Con este reconocimiento, las Constituciones quiebran la identidad Estado-derecho que se impuso desde en el siglo XIX. El monismo jurídico es sustituido por un pluralismo jurídico interno, bajo techo constitucional. Ahora, el reconocimiento del pluralismo jurídico no es suficientemente orgánico ni consistente en todas las Cartas constitucionales. Y tampoco aparece sistemáticamente en todas las secciones que debería, sino solo en el capítulo sobre el Poder Judicial, en las secciones referidas a la función jurisdiccional (Colombia, Perú), o inorgánicamente en otras secciones (como en la referida a asuntos agrarios, en el caso de Bolivia).

En cuanto al ámbito de la competencia territorial, material y personal hay variantes en los textos. En la Constitución colombiana y en la peruana priman la competencia territorial, por lo que cabe interpretar que esta aplica para toda persona dentro del territorio indígena; mientras que la Constitución venezolana dice que las instancias de justicia solo alcanzan a los indígenas. En cuanto a la competencia material, solo la ecuatoriana y boliviana aluden a *asuntos internos*, mientras que las demás no restringen la materia a ciertos casos, como tampoco lo hace el convenio 169 de la OIT. Estas competencias han sido restringidas por vía legislativa (como la Ley Orgánica de Pueblos Indígenas de Venezuela) y jurisprudencial (Colombia).

La excepcionalidad. En el caso de Colombia, con una población indígena minoritaria, la Constitución distingue entre *jurisdicción ordinaria*, que corresponde a la población en general, y *jurisdicción especial*, que corresponde a los pueblos indígenas, dando a entender que la primera es la general o común, mientras que la segunda es particular, en el sentido de excepcional. Cabe recordar la larga tradición de Colombia —como la de Venezuela— de contar con *legislación especial* y fuero diferenciado (eclesial) para los pueblos no colonizados de la Amazonía o la guajira, a los que llamaba *salvajes* o *no civilizados* en el siglo XIX. Esta legislación se extendió hasta finales del siglo XX, haciendo prácticamente un entronque con la nueva Constitución, en cuanto a la idea de un régimen de *excepcionalidad*. Como Colombia fue el primer país en reconocer la jurisdicción indígena llamándola *especial*, imprimió su huella en la dogmática constitucional pluralista, siendo seguido por Perú, no obstante que en este último la población indígena es mayor. Incluso Bolivia ha heredado esta nomenclatura, llamando *jurisdicción ordinaria* a la no indígena, en un país mayoritariamente indígena.

El límite del reconocimiento. El convenio 169 de la OIT reconoce el derecho de los pueblos a conservar sus costumbres e instituciones propias, siempre que no sean incompatibles con los derechos humanos y fundamentales (artículo 8.2). La Constitución peruana es la única que guarda consistencia con el convenio 169 al establecer que la jurisdicción especial no debe vulnerar los derechos de la persona (artículo 149), mientras que las demás Constituciones andinas son más restrictivas: limitan el reconocimiento de la jurisdicción o justicia indígena a no contradecir «la Constitución y las leyes». Y Venezuela va más allá al incluir el orden público. Estas limitaciones se volvieron fuente de disputa política y legal, porque estas aparecen inconsistentes con el principio del pluralismo, la protección de la diversidad cultural e incluso la igualdad de las culturas, que las mismas Cartas proclaman. En una progresiva sentencia, la Corte Constitucio-

nal de Colombia resolvió esta aparente contradicción constitucional diciendo claramente que la adopción del principio del pluralismo podría quedar vacía si la jurisdicción indígena tuviese que someterse a toda la Constitución y leyes. De ahí, la Corte estableció solo cuatro mínimos fundamentales, esto es, que las decisiones de la jurisdicción indígena no podían incluir pena de muerte, tortura, esclavitud, y que debían ser de algún modo predecibles, esto es, que debían respetar su propio debido proceso.⁴ Esta sentencia realmente sentó un precedente pluralista en Colombia y la región. Lamentablemente, sentencias posteriores de la Corte han ido más bien en una tendencia limitativa de la jurisdicción especial. De hecho, muchas de las limitaciones acaban semejando el patrón de pluralismo jurídico subordinado colonial, bajo el discurso de que la jurisdicción indígena solo se explica por la diversidad cultural: una justicia entre indios, circunscrita al territorio comunal, para casos menores, y sin tocar a blancos, así tales vulneren bienes jurídicos indígenas. Este terreno sigue siendo el de una disputa de poder abierta.

Cómo resolver conflictos de interlegalidad y posibles vulneraciones de derechos humanos. Las Constituciones hablan de una ley de coordinación (Colombia, Perú) o compatibilización (Ecuador), dando a entender una relación horizontal entre la jurisdicción ordinaria y la indígena (o especial). Y con relación a posibles conflictos o violaciones de derechos humanos por la jurisdicción especial, las Constituciones no dicen que automáticamente tales casos deben pasar a jurisdicción ordinaria. Sin embargo, tal es la tendencia práctica. En el segundo ciclo no se desarrollaron procedimientos institucionales para encarar posibles conflictos de un modo plural, bajo el principio de la igual dignidad de las culturas y en diálogo intercultural, donde las autoridades indígenas tuvieran igual poder de definición que los jueces ordinarios. Algunos países, como Colombia, avanzaron en instalar el peritaje cultural como un medio para el entendimiento intercultural, a fin de que los jueces pudieran comprender las culturas indígenas y así resolver de mejor manera las tutelas que recibían.⁵ Sin embargo, el principio de la igual dignidad de las culturas quedó sin traducción institucional, pues solo la institucionalidad jurídica hegemónica retuvo la capacidad para decidir en los conflictos entre sistemas. El constitucionalismo pluralista sentó principios cuya efectiva implementación desborda a las instituciones soberanas monoculturales tradicionales, las que no representan en su estructura, composición y funcionamiento institucional a la diversidad de pueblos y culturas del país. Y este fue uno de los retos que dejó el segundo ciclo al siguiente.

⁴ Véase Esther Sánchez e Isabel Jaramillo: *La jurisdicción especial indígena*. Bogotá: Procuraduría General de la Nación y Procuraduría Delegada para Minorías Étnicas, 2001.

⁵ Esther Sánchez: *Justicia y pueblos indígenas en Colombia*. Bogotá: UNC y UNIJUS, 1998.

3.3. El ciclo del constitucionalismo plurinacional (2006-2009)

El tercer ciclo de reformas dentro del horizonte pluralista es el *constitucionalismo plurinacional*. Está conformado por dos procesos constituyentes, Bolivia (2006-2009) y Ecuador (2008), y se da en el contexto de la aprobación de la Declaración de Naciones Unidas sobre los Derechos de los Pueblos Indígenas (2006-2007).

Las Constituciones de Ecuador y Bolivia se proponen una refundación del Estado, iniciando con el reconocimiento explícito de las raíces milenarias de los pueblos indígenas ignorados en la primera fundación republicana, y se plantean el reto histórico de dar fin al colonialismo. Los pueblos indígenas son reconocidos no solo como *culturas diversas* sino como *naciones originarias* o *nacionalidades* con autodeterminación o libre determinación. Esto es, sujetos políticos colectivos con derecho a definir su destino, gobernarse en autonomías y participar en los nuevos pactos de Estado, el que se configura así como un *Estado plurinacional*. Al definirse como un Estado plurinacional, resultado de un pacto de pueblos, no es un Estado ajeno el que «reconoce» derechos a los indígenas, sino que los colectivos indígenas mismos se yerguen como sujetos constituyentes y, como tales y junto con otros pueblos, tienen poder de definir el nuevo modelo de Estado y las relaciones entre los pueblos que lo conforman. Es decir, estas Constituciones buscan superar la ausencia de poder constituyente indígena en la fundación republicana y el hecho de haberseles considerado a lo largo de la historia como menores de edad, sujetos a tutela estatal.

Luego de la crisis del modelo de ajuste estructural y de las políticas neoliberales, la población en general reclama al Estado derechos sociales y un papel activo frente a las transnacionales y los poderes materiales. Esta demanda se traduce en nuevos derechos sociales que incorporan la visión indígena, como el derecho al agua, al *buen vivir*, la seguridad alimentaria, entre otros. Y, así mismo, reconocen el ejercicio del derecho propio en el marco de la cosmovisión indígena. Adicionalmente, la Constitución de Ecuador incorpora derechos para nuevos sujetos, como la naturaleza (la *pachamama*, los cursos de agua), por fuera de la sistemática homocéntrica occidental.

Las Constituciones del siglo XXI se inscriben de modo explícito en un proyecto descolonizador y afirman el principio del pluralismo jurídico, la igual dignidad de pueblos y culturas, y la interculturalidad. La Constitución de Bolivia busca traducir esos principios en consecuencias institucionales estableciendo la paridad entre la jurisdicción indígena y la ordinaria. Por ejemplo, la Constitución de Bolivia establece la paridad de representantes de la jurisdicción indígena y la ordinaria en la conformación del Poder Judicial y del Tribunal Constitucional. Sin embargo, las resistencias conservadoras a las que fueron sometidos los procesos de aprobación constitucional introdujeron una serie de limitaciones que ahora conviven con formulaciones pluralistas en el mismo seno del texto constitucional. Más limitaciones aún aparecen en la elaboración legislativa.

El entrampamiento del proceso boliviano producido luego del primer texto de la asamblea constituyente refleja las resistencias teóricas y políticas que despiertan estos planteamientos. La resistencia del pasado no es pacífica ni se trata de una *transición amigable*, como había descrito Lee Van Cott al período

de reformas anterior.⁶ Para salir del punto muerto, las fuerzas políticas se vieron obligadas a pactar un nuevo texto constitucional por fuera de la asamblea, al costo de cambios importantes que buscaban introducir limitaciones al reconocimiento de la autonomía y la jurisdicción indígenas. Ello ha dado lugar a la existencia simultánea, en el texto constitucional, de principios pluralistas (principio de pluralismo, autonomía indígena, principio de representación paritaria de jueces ordinarios e indígenas) y normas limitativas (jurisdicción indígena restringida a indígenas, para asuntos indígenas y dentro de su territorio). Para salvar los principios pluralistas y el objetivo descolonizador de la Constitución será necesario hacer una interpretación pluralista del texto constitucional.

Sobre el pluralismo jurídico

El fundamento del pluralismo jurídico en las Constituciones de Bolivia y Ecuador ya no radica solamente en la diversidad cultural, que también es recuperada a través del principio de la interculturalidad, sino sobre todo en el reconocimiento del derecho de los pueblos indígenas u originarios a la autodeterminación (Ecuador) o libre determinación de los pueblos (Bolivia). Sin embargo, estas Constituciones no se librarán de la tensión entre una visión descolonizadora —que reconoce que los pueblos indígenas ejercen su jurisdicción como parte de su derecho a la autonomía, bajo el principio de la igualdad de jerarquía entre la jurisdicción indígena y la ordinaria— y una tendencia neocolonial que busca circunscribir la jurisdicción indígena a una forma de control étnico, aplicada entre indígenas, para *asuntos indígenas*, sin capacidad para ser aplicada a terceros que afecten sus bienes jurídicos dentro de sus territorios.

⁶ Donna Lee Van Cott: *The friendly liquidation of the past. The politics of Diversity in Latin America*. Pittsburgh: University of Pittsburgh Press, 2000.

Cuadro 2. Reconocimiento del pluralismo jurídico en el tercer ciclo del horizonte pluralista (2006-2009)

	Ecuador 2008	Bolivia 2009
Modelo de Estado	Art. 1. El Ecuador es un Estado constitucional de derechos y justicia, social, democrático, soberano, independiente, unitario, intercultural, plurinacional y laico. Se organiza en forma de república y se gobierna de manera descentralizada.	Art. 1. Bolivia se constituye en un Estado Unitario Social de Derecho Plurinacional Comunitario, libre, independiente, soberano, democrático, intercultural, descentralizado y con autonomías. Bolivia se funda en la pluralidad y el pluralismo político, económico, jurídico, cultural y lingüístico, [...] Art. 2. Dada la existencia precolonial de las naciones y pueblos indígenas originarios campesinos y su dominio ancestral sobre sus territorios, se garantiza su libre determinación en el marco de la unidad del Estado, que consiste en su derecho a la autonomía, al autogobierno, a su cultura, al reconocimiento de sus instituciones y a la consolidación de sus entidades territoriales, conforme a esta Constitución y la ley. Art. 9. Son fines y funciones esenciales del Estado, [...] 1. Constituir una sociedad justa y armoniosa, cimentada en la descolonización, sin discriminación ni explotación, con plena justicia social, para consolidar las identidades plurinacionales.
Principios	Art. 83. [deberes y responsabilidades de las ecuatorianas y los ecuatorianos]: 10. Promover la unidad y la igualdad en la diversidad y en las relaciones interculturales.	Art. 9. 2. Garantizar el bienestar, el desarrollo, la seguridad y la protección e igual dignidad de las personas, las naciones, los pueblos y las comunidades, y fomentar el respeto mutuo y el diálogo intracultural, intercultural y plurilingüe. Art. 178.I. La potestad de impartir justicia emana del pueblo boliviano y se sustenta en los principios de [...] pluralismo jurídico, interculturalidad [...]. Art. 30.II. [Las naciones y pueblos indígena originario campesinos gozan de los siguientes derechos] 4. A la libre determinación y territorialidad. Art. 179.II. La jurisdicción ordinaria y la jurisdicción indígena originario campesina gozarán de igual jerarquía.
Autoridad autónoma en sus territorios	Art. 57. [derechos colectivos] 9. Conservar y desarrollar sus propias formas de convivencia y organización social, y de generación y ejercicio de la autoridad, en sus territorios legalmente reconocidos y tierras comunitarias de posesión ancestral.	Art. 304.I. [Competencias exclusivas de las autonomías]: 8. Ejercicio de la jurisdicción indígena originaria campesina para la aplicación de justicia y resolución de conflictos a través de normas y procedimientos propios de acuerdo con la Constitución y la ley. Art. 179.I. [...] la jurisdicción indígena originaria campesina se ejerce por sus propias autoridades; [...]

<p>Jurisdicción indígena</p>	<p>Justicia indígena. Art. 171. Las autoridades de las comunidades, pueblos y nacionalidades indígenas ejercerán 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. Las autoridades aplicarán normas y procedimientos propios para la solución de sus conflictos internos, y que no sean contrarios a la Constitución y a los derechos humanos reconocidos en instrumentos internacionales. El Estado garantizará que las decisiones de la jurisdicción indígena sean respetadas por las instituciones y autoridades públicas. Dichas decisiones estarán sujetas al control de constitucionalidad. La ley establecerá los mecanismos de coordinación y cooperación entre la jurisdicción indígena y la jurisdicción ordinaria.</p>	<p>Título III, cap. IV. Jurisdicción indígena originaria campesina. Art. 190.I. Las naciones y pueblos indígena originario campesinos ejercerán sus funciones jurisdiccionales y de competencia a través de sus autoridades, y aplicarán sus principios, valores culturales, normas y procedimientos propios. [...] Art. 191.I. La jurisdicción indígena originario campesina se fundamenta en un vínculo particular de las personas que son miembros de la respectiva nación o pueblo indígena originario campesino. II. La jurisdicción indígena originario campesina se ejerce en los siguientes ámbitos de vigencia personal, material y territorial: Están sujetos a esta jurisdicción los miembros de la nación o pueblo indígena originario campesino, sea que actúen como actores o demandado, denunciados o querellantes, denunciados o imputados, recurrentes o recurridos. Esta jurisdicción conoce los asuntos indígena originario campesinos de conformidad a lo establecido en una Ley de Deslinde Jurisdiccional. Esta jurisdicción se aplica a las relaciones y hechos jurídicos que se realizan o cuyos efectos se producen dentro de la jurisdicción de un pueblo indígena originario campesino.</p>
<p>Límites</p>	<p>Art. 21. [...] No se podrá invocar la cultura cuando se atente contra los derechos reconocidos en la Constitución. Art. 57. [Derechos colectivos]: 10. Crear, desarrollar, aplicar y practicar su derecho propio o consuetudinario, que no podrá vulnerar derechos constitucionales, en particular de las mujeres, niñas, niños y adolescentes.</p>	<p>Art. 190.II. La jurisdicción indígena originaria campesina respeta el derecho a la vida, el derecho a la defensa y demás derechos y garantías establecidos en la presente Constitución.</p>
<p>Efectos</p>	<p>Art. 76. [el derecho al debido proceso incluirá las siguientes garantías básicas]: inc. 7, i) Nadie podrá ser juzgado más de una vez por la misma causa y materia. Los casos resueltos por la jurisdicción indígena deberán ser considerados para este efecto.</p>	<p>Art. 192.I. Toda autoridad pública o persona acatará las decisiones de la jurisdicción indígena originaria campesina. Art. 192.II. Para el cumplimiento de las decisiones de la jurisdicción indígena originario campesina, sus autoridades podrán solicitar el apoyo de los órganos competentes del Estado.</p>
<p>Coordinación</p>	<p>171. [La ley establecerá los mecanismos de coordinación y cooperación entre la jurisdicción indígena y la jurisdicción ordinaria.]</p>	<p>Art. 192.III. El Estado promoverá y fortalecerá la justicia indígena originaria campesina. La Ley de Deslinde Jurisdiccional, determinará los mecanismos de coordinación y cooperación entre la jurisdicción indígena originaria campesina con la jurisdicción ordinaria y la jurisdicción agroambiental y todas las jurisdicciones constitucionalmente reconocidas.</p>

Control constitucional	171 [Dichas decisiones estarán sujetas al control de constitucionalidad.]	Art. 197.I. El Tribunal Constitucional Plurinacional estará integrado por magistradas y magistrados elegidos con criterios de plurinacionalidad, con representación del sistema ordinario y del sistema indígena originario campesino. Art. 199.I. [...] Para la calificación de méritos se tomará en cuenta el haber ejercido la calidad de autoridad originaria bajo su sistema de justicia.
Que las estructuras sean parte del Estado		Art. 30.II.5. A que sus instituciones sean parte de la estructura general del Estado. Art. 182.VI. [...] Para la calificación de méritos [de magistradas y los magistrados] del Tribunal Supremo se tomará en cuenta el haber ejercido la calidad de autoridad originaria bajo su sistema de justicia. Art. 199.II. Las candidatas y los candidatos al Tribunal Constitucional Plurinacional podrán ser propuestas y propuestos por organizaciones de la sociedad civil y de las naciones y pueblos indígena originario campesinos.

Bajo el concepto del *Estado plurinacional* se reconocen nuevos principios de organización del poder, basados en la diversidad, la igual dignidad de los pueblos, la interculturalidad y un modelo de pluralismo legal igualitario, con un expreso reconocimiento de las funciones jurisdiccionales indígenas que las Constituciones precedentes de Bolivia y Ecuador no contemplaban con tal claridad. Se pluraliza la definición de derechos, la democracia y la composición de los órganos públicos y las formas de ejercicio del poder. Así por ejemplo, la Constitución de Bolivia reconoce simultáneamente varias formas de participación política, incluyendo la forma clásica, representativa (a través del voto y cupos), pero también formas de participación directa (consulta, referéndum) y nuevas formas de participación, como la democracia comunitaria, esto es, el reconocimiento de formas de elección y ejercicio de la autoridad indígena de acuerdo con su propio derecho y procedimientos.

A diferencia de las Constituciones precedentes, que apenas tenían un artículo sobre el derecho y la justicia indígenas, estas nuevas Cartas, sobre todo la de Bolivia, tienen varios artículos específicos, y a su vez menciones al derecho indígena que atraviesan todo el texto constitucional. Considerando los poderes que se consideraban privativos del Estado —y hacían colisión con las potestades que reclamaban los pueblos indígenas—, las Constituciones, en particular la de Bolivia, han incorporado, de modo transversal, el reconocimiento de potestades que hacían colisión con el organismo legislativo, ejecutivo y judicial.

Contenidos. Las Constituciones de Ecuador y Bolivia reconocen a los pueblos indígenas:

- a. La potestad de darse sus normas. La aplicación de sus principios, valores culturales, normas y procedimientos propios (Bolivia: artículo 190), tradiciones ancestrales y derecho propio, normas y procedimientos propios (Ecuador: artículo 171).
 - b. Sus propias autoridades; autoridades de las comunidades, pueblos y nacionalidades indígenas (Ecuador: artículo 171).
 - c. Funciones jurisdiccionales (Ecuador: sección sobre justicia indígena, artículo 171. Bolivia: capítulo IV, jurisdicción indígena originaria campesina).
- a. *El derecho al propio derecho o el sistema jurídico indígena*, a sus normas y procedimientos propios, costumbres, usos, etcétera. Este derecho aparece:
- De modo específico en ciertos artículos, como el referido a los derechos colectivos.
 - De modo transversal a todo el texto constitucional. En el caso de Ecuador, de modo más puntual. Pero en el caso de Bolivia, las referencias al derecho propio aparecen en casi todos los capítulos y secciones de la Constitución: la definición de formas democráticas, las formas de elección de autoridades, la gestión del agua, los conocimientos, la tierra, la educación, la salud, etc.
 - El ejercicio del sistema jurídico es de acuerdo con su cosmovisión (Bolivia, artículo 30.II.14)

b. En cuanto a las *autoridades indígenas*:

- Ambas Constituciones reconocen la autonomía indígena. Bolivia con un desarrollo (y también límite) más expreso. Al interior de las autonomías, los pueblos eligen sus autoridades de acuerdo con sus mecanismos de elección propios.
- En ambos casos, pero con más reiteraciones en el caso de Ecuador, las Constituciones garantizan la equidad de las mujeres en la representación y participación en sus propios sistemas de autoridad.
- En cuanto a instituciones electivas, Bolivia busca garantizar que los(las) representantes indígenas ante estas sean elegidos(as) mediante sus formas de democracia comunitaria.

- En lo que toca a nuevas instituciones plurinacionales, como el Tribunal Constitucional Plurinacional, la jurisdicción agroambiental, la Corte Suprema, previstas en la Constitución de Bolivia, tales deben tener una composición plural o estar integradas de modo paritario, y reflejar una visión intercultural o plural, incluyendo la visión indígena y ordinaria (esto le falta a la Constitución de Ecuador).

c. En cuanto a la *jurisdicción indígena* o la potestad de ejercer funciones jurisdiccionales, las Constituciones de Bolivia y Ecuador:

- Se adscriben al principio del pluralismo jurídico (Bolivia: artículo 1).
- Reconocen la libre determinación de los pueblos (Bolivia), autodeterminación (Ecuador).
- Reconocen autonomías indígenas (Bolivia) o circunscripciones territoriales indígenas y afroecuatorianas (Ecuador: artículo 257)
- Establecen el principio de la igual jerarquía entre la jurisdicción indígena y la ordinaria (Bolivia: artículo 179, II).
- Instauran el control constitucional (Ecuador: artículo 171) o el control por una institución mixta como el Tribunal Constitucional Plurinacional de composición plural y paritaria (Bolivia).
- Afirman los principios de justicia, solidaridad, diversidad (Ecuador: artículo 83).
- Reconocen funciones jurisdiccionales a las autoridades indígenas de acuerdo con su propio derecho, a diferencia de las Constituciones previas de Bolivia de 1994 y de Ecuador de 1998, que eran vagas.

En cuanto a los efectos jurídicos del derecho y la jurisdicción indígenas, las Constituciones establecen que:

- Las decisiones deben ser respetadas por instituciones públicas y privadas (Ecuador: artículo 171). Toda autoridad pública o persona acatará las decisiones de la jurisdicción indígena originaria campesina (Bolivia: artículo 192.I).

- Los casos resueltos por la jurisdicción indígena deberán ser considerados como cosa juzgada para el efecto del *non bis in idem* (Ecuador: artículo 76, inc. 7.i).

Competencias, alcance. Cabe anotar que lo avanzado de estos planteamientos generó mucha resistencia. Así, en Bolivia, el primer texto constitucional aprobado por la asamblea constituyente contemplaba un reconocimiento de la jurisdicción indígena de modo amplio, con competencia territorial dentro de las comunidades y por fuera en caso de indígenas, con amplia competencia personal para indígenas y no indígenas que afectasen bienes jurídicos indígenas, sin mayores limitaciones que la de no violar los derechos humanos, entendidos interculturalmente. Igualmente, dicha versión preveía el principio del pluralismo jurídico, la igualdad de jurisdicciones, la conformación paritaria del Tribunal Constitucional Plurinacional, con representantes de la jurisdicción indígena y ordinaria. Sin embargo, luego del entrampamiento del proceso y del pacto político que permitió salvarlo, se introdujeron una serie de limitaciones de modo inconsistente con el modelo de pluralismo igualitario, lo que generará disputas legales y políticas.

Entre las limitaciones que inconsistentemente se introdujeron en el texto boliviano final, cabe anotar:

- La autonomía indígena fue reducida por debajo de los límites departamentales, de modo inconsistente con el principio de la libre determinación de los pueblos.
- Se introdujo una cláusula para la restricción del ejercicio de la jurisdicción indígena desde una mentalidad colonial, con limitaciones a la competencia territorial (para que la jurisdicción indígena solo se aplique dentro del territorio del pueblo indígena), personal (solo entre miembros de un pueblo indígena) y material (asuntos indígenas), de modo inconsistente con el principio de la igualdad de jurisdicciones y el derecho a la libre determinación de los pueblos indígenas dentro de sus territorios que el mismo texto consagra.

Limitaciones afines se debatieron en el Ecuador respecto de los derechos de participación y consentimiento, así como con relación a la justicia indígena. La Constitución estableció límites a la competencia territorial y material de la jurisdicción indígena:

- Dentro de su ámbito territorial.
- Para la solución de «sus conflictos internos».

Control constitucional. Con relación a los mecanismos de control, en ambas Constituciones se establece que hay un control constitucional. La novedad es que la Constitución boliviana es explícita en indicar que el Tribunal Constitucional debe tener una composición «plurinacional», esto es, conformada por

autoridades provenientes de ambas jurisdicciones, la jurisdicción indígena y la ordinaria. En el Ecuador no se incluyó la constitución de instancias mixtas interculturales para resolver conflictos de interlegalidad, desde un pluralismo jurídico igualitario; pero sí se aseguró la paridad de género. En este sentido, estas Constituciones rompen con la ceguera étnica y de género en la composición de las instituciones públicas, buscando garantizar la paridad étnica (sobre todo la de Bolivia) y la equidad de género (sobre todo la de Ecuador). También encaran el tema de posibles conflictos entre derechos de las mujeres y derechos indígenas, resolviendo que la cultura no puede ser invocada para vulnerar derechos (Ecuador). La creación de instituciones mixtas plurinacionales (como el Tribunal Constitucional Plurinacional de Bolivia) permite resolver posibles alegaciones de violación de derechos humanos por la jurisdicción indígena con base en el diálogo intercultural, donde los pueblos tienen poder de definición institucional.

4. Retos

Un primer reto que estos textos constitucionales plantean es la necesidad de construir herramientas para una hermenéutica y una doctrina pluralista, a fin de salvar sus limitaciones o inconsistencias y garantizar que el principio del pluralismo igualitario y el proyecto descolonizador se puedan realizar en las normas secundarias, la jurisprudencia y políticas públicas.

Otro reto reside la necesidad de un fortalecimiento interno de los sistemas jurídicos indígenas y de la capacidad de todos los actores para que puedan entrar en auténticos procesos de diálogo intercultural que permitan construir espacios plurinacionales efectivos.

No es corto el horizonte ni poca la tarea.

Anexo

Cuadro 3. Ciclos del horizonte del constitucionalismo pluralista⁷

Ciclos, reformas	Primer ciclo: 1982-1988	Segundo ciclo: 1989-2005 Constitucionalismo pluricultural	Tercer ciclo: 2006-2009 Constitucionalismo plurinacional
Modelo de Estado	La emergencia del multiculturalismo y el derecho a la diversidad cultural en el marco del Estado que reconoce sociedad multiétnica y multicultural.	De la nación multicultural al Estado Pluricultural, con pluralismo jurídico interno.	Proyecto descolonizador. Estado Plurinacional, con pluralismo jurídico igualitario, que reconoce libre determinación a los pueblos indígenas o naciones originarias.
Ejemplos de países	Canadá, 1982. Guatemala, 1985. Nicaragua, 1987. Brasil, 1988.	Colombia, 1991. México, 1992. Paraguay, 1992 Perú, 1993. Bolivia, 1994, 2004. Argentina, 1994. Ecuador, 1998. Venezuela, 1999.	Bolivia, 2006-2009. Ecuador, 2008.
Derecho	Aún en vigencia: La Convención del Instituto Indigenista Interamericano. El convenio 107 de la OIT, que entra en revisión entre 1987 y 1989. 1982: Creación del grupo de trabajo de ONU sobre poblaciones indígenas.	Adopción del convenio 169 de la OIT sobre pueblos indígenas en 1989. México ratificó el convenio en 1991. Le siguieron los países andinos, entre otros.	Aprobación de la Declaración de Naciones Unidas sobre los Derechos de los Pueblos Indígenas: - Por el Consejo de Derechos Humanos: 2006. - Por la Asamblea General: 2007.
Política internacional	Crítica al integracionismo del convenio 107 de la OIT. Constitución del Grupo de Trabajo de ONU sobre pueblos indígenas (1982) con participación indígena.	Superación del integracionismo: El convenio 169 reconoce las aspiraciones de los pueblos a asumir el control de sus propias instituciones y formas de vida y desarrollo y a fortalecer sus identidades, lenguas y religiones, dentro del marco de los Estados.	Libre determinación: - Pueblos y personas indígenas son libres e iguales a todos los demás pueblos. - Los pueblos indígenas tienen derecho a la libre determinación, - Autonomía, autogobierno.
Contextos nacionales	Países con alta diversidad cultural y presencia indígena. Tensiones internas con pueblos indígenas, en contextos bélicos o posbélicos (Nicaragua, Guatemala).	Articulación de movimientos y demandas indígenas. Adopción de políticas neoliberales: reformas estructurales del Estado, reducción de derechos sociales, apertura a transnacionales.	Alta presencia indígena en constituyentes. Fracaso de políticas neoliberales. Presión para que el Estado retome protección de derechos sociales.
Sujetos de derechos	Comunidades (Nicaragua). Grupos étnicos, comunidades indígenas (Guatemala). Poblaciones (Brasil). Pueblos aborígenes (Canadá).	Comunidades (indígenas, campesinas, nativas, rondas campesinas). Pueblos indígenas. Pueblos originarios (Perú).	Comunidades. Pueblos indígenas. Naciones originarias, indígenas (Bolivia). Nacionalidades indígenas (Ecuador).

⁷ Adaptado de R. Yrigoyen: *Pueblos indígenas. Constituciones y reformas políticas en Latinoamérica*, o. cit., p. 35.

Ejes de reconocimiento	Multiculturalidad (Canadá). Derecho a la identidad cultural (Guatemala, Nicaragua). Multietnicidad (Nicaragua). Régimen de autonomías (Nicaragua). Derechos indígenas (Brasil, Guatemala).	Se reafirma el derecho a la identidad y diversidad cultural. Del derecho a la diversidad se pasa a la definición de la nación / multicultural república/ Estado pluricultural. Inclusión de un listado de derechos colectivos indígenas. Derechos de consulta y participación. Pluralismo jurídico.	Estado plurinacional. Reconocimiento de existencia precolonial de naciones y pueblos indígenas, y su libre determinación. Responsabilidad social del Estado. Nuevos derechos de individuos, grupos, comunidades, pueblos, naciones, nacionalidades indígenas. Nuevos derechos sociales (al agua, al buen vivir, seguridad alimentaria). Derechos de la naturaleza (Ecuador). Autonomías indígenas. Instituciones mixtas plurinacionales interculturales. Se reconoce jurisdicción indígena de modo explícito.
Pluralismo jurídico	La Constitución de Guatemala reconoce costumbres. Estas Constituciones no reconocen el pluralismo jurídico propiamente: el derecho ni la jurisdicción indígena. Los países que ratifican el convenio 107 reconocen el derecho consuetudinario indígena sin afectar programas de integración.	Introducción del pluralismo jurídico interno: - Autoridades - Derecho consuetudinario - Jurisdicción especial indígena o sistemas de justicia o mecanismos alternativos de justicia. Competencias: - Territorial: dentro del territorio indígena. - Personal: amplia, salvo Venezuela (solo entre miembros). - Material: sin límite de materia o cuantía.	Principios de pluralismo jurídico y representación paritaria de autoridades indígenas y ordinarias en el sistema judicial y el Tribunal Constitucional (Bolivia). Reconocimiento de: - Derecho indígena o consuetudinario (transversal a la Constitución). - Autoridades indígenas, dentro de régimen de autonomía o autodeterminación. - Jurisdicción indígena.
Límites, problemas	El reconocimiento de la diversidad no modifica el carácter del Estado. No se reconoce pluralismo jurídico ni la jurisdicción propia. (En los casos en los que se ensaya reconocimiento del derecho y justicia indígena por vía infraconstitucional, este es sumamente limitado).	Nuevos derechos no suponen reforma estructural del Estado (ejemplo: falta acomodación de nuevas formas de participación y consulta con estructuras institucionales). Reducción de derechos sociales. Adopción simultánea del multiculturalismo y contracción del papel social del Estado, lo que neutraliza derechos. Introducción inorgánica de la justicia indígena (Perú, Bolivia). Pluralismo jurídico: limitado a no contradecir Constitución ni leyes. Confusión entre mecanismos alternativos (voluntarios) y jurisdicción (Bolivia, Ecuador).	Pactos políticos para viabilizar Constituciones dan lugar a ciertas restricciones. Bolivia. Texto final reduce algunos avances del texto inicial: no caben autonomías indígenas supradepartamentales. Si bien se dejaron los principios pluralistas, se puso límites a la jurisdicción indígena: entre indígenas, sobre asuntos indígenas, dentro de su territorio. Ecuador: jurisdicción indígena para asuntos internos.

Bibliografía

- ARIZA, José: *Derecho, saber e identidad indígena*. Bogotá: Siglo del Hombre Editores, Universidad de los Andes-Facultad de Derecho y Pontificia Universidad Javeriana-Instituto Pensar, 2009.
- BONILLA, Daniel: *La Constitución multicultural*. Bogotá: Siglo del Hombre Editores, Universidad de los Andes-Facultad de Derecho y Pontificia Universidad Javeriana-Instituto Pensar, 2006.
- CHIVI, Idón: *Justicia Indígena. Los temas pendientes*. La Paz: Azul Editores, 2006.
- KYMLICKA, Will: *Politics in the vernacular. Nationalism, multiculturalism, and citizenship*. Nueva York: Oxford University Press, 2001.
- *Ciudadanía multicultural. Una teoría liberal de los derechos de las minorías*. Barcelona: Paidós, 1995.
- SÁNCHEZ, Esther: *Justicia y pueblos indígenas en Colombia*. Bogotá: UNC y UNIJUS, 1998.
- SÁNCHEZ, Esther e Isabel JARAMILLO: *La jurisdicción especial indígena*. Bogotá: Procuraduría General de la Nación y Procuraduría Delegada para Minorías Étnicas, 2001.
- STAVENHAGEN, Rodolfo y Diego ITURRALDE: *Entre la ley y la costumbre*. México: III-IDH, 1990.
- TAYLOR, Charles: *El multiculturalismo y la política del reconocimiento*. México: FCE, 1993.
- VAN COTT, Donna Lee: *The friendly liquidation of the past. The politics of Diversity in Latin America*. Pittsburgh: University of Pittsburgh Press, 2000.
- YRIGOYEN FAJARDO, Raquel (ed.): *Pueblos indígenas. Constituciones y reformas políticas en Latinoamérica*. Lima: IIDS, INESC, ILSA, 2010.
- «Hitos del reconocimiento del pluralismo jurídico y el derecho indígena en las políticas indigenistas y el constitucionalismo andino», en: Mikel BERRAONDO: *Pueblos indígenas y derechos humanos*. Bilbao: Universidad de Deusto, 2006, pp. 537-567.
- «Vislumbrando un horizonte pluralista: rupturas y retos epistemológicos y políticos», en: Milka CASTRO: *Los desafíos de la interculturalidad*. Santiago de Chile: Universidad de Chile, 2004, pp. 191-228.
- *Pautas de coordinación entre el derecho indígena y el derecho estatal*. 1.^a ed., Guatemala: Fundación Myrna Mack, 1999.