



ACADEMIA DE
LA MAGISTRATURA

CURSO:
PLURALISMO JURÍDICO

2016

Academia de la Magistratura

La Academia de la Magistratura es la institución oficial del Estado Peruano, que tiene como finalidad la formación de aspirantes a la magistratura y el desarrollo de un sistema integral y continuo de capacitación, actualización, certificación y acreditación de los magistrados del Perú.

CONSEJO DIRECTIVO DE LA ACADEMIA DE LA MAGISTRATURA

Dr. Josue Pariona Pastrana
Presidente del Consejo Directivo

Dra. Zoraida Avalos Rivera
Vicepresidenta del Consejo Directivo

Dr. Javier Arévalo Vela - Consejero

Dr. Ramiro Eduardo De Valdivia Cano- Consejero

Dr. Pablo Sánchez Velarde - Consejero

Dr. Sergio Iván Noguera Ramos - Consejero

Dr. Richard Alexander Villavicencio Saldaña –Consejero

Dra. Cecilia Cedrón Delgado - Directora General

Dr. Bruno Novoa Campos - Director Académico

El presente curso “PLURALISMO JURÍDICO”, ha sido recopilado del material elaborado por la Dra. Raquel Z. Yrigoyen Fajardo, con el apoyo de Carlos J. Elguera Alvarez, para la Academia de la Magistratura, en marzo del 2014.

PROHIBIDA SU REPRODUCCION TOTAL O PARCIAL SIN AUTORIZACION

LIMA – PERÚ

ESTRUCTURA DE CONTENIDOS

UNIDAD I: PLURALISMO JURÍDICO Y SISTEMAS JURÍDICOS INDÍGENAS

En esta Unidad los/as participantes desarrollan las siguientes competencias:

| Conceptuales | Procedimentales | Actitudinales |
|---|--|--|
| <p>1. Investigación-acción: Aprenden a identificar los problemas de conflictos de interlegalidad que reciben en los juzgados o fiscalías.</p> | <p>Aprenden a analizar y presentar los hechos relevantes de los conflictos de interlegalidad que se dan en los casos que ven cotidianamente los/as participantes.</p> | <p>Desarrollan una nueva mirada y valoración de los conflictos que les llegaban, sin estereotiparlos como casos delictivos; sino como conflictos entre valores de sistemas diversos.</p> |
| <p>2. Sistemas jurídicos indígenas Aprenden sobre cómo funcionan sistemas jurídicos indígenas, cuáles son sus autoridades, procedimientos, valores, normas y formas de hacer justicia.</p> | <p>-Aprenden a escuchar y analizar otros sistemas de justicia que provienen de pueblos indígenas. -Aprenden a preguntar e interactuar con autoridades indígenas.</p> | <p>-Aprenden a valorar los sistemas jurídicos indígenas. -Se abren al diálogo intercultural y entre sistemas jurídicos.</p> |
| <p>3. Marco conceptual sobre monismo y pluralismo jurídico. Aprenden herramientas conceptuales sobre el monismo y pluralismo jurídico.</p> | <p>Aprenden a manejar herramientas metodológicas para analizar situaciones de monismo y pluralismo jurídico.</p> | <p>Se cuestionan premisas del monismo jurídico y se abren al pluralismo.</p> |

UNIDAD II: HITOS HISTÓRICOS EN EL RECONOCIMIENTO DEL PLURALISMO JURÍDICO EN LAS AMÉRICAS

En esta Unidad los(as) participantes desarrollan las siguientes competencias:

| Conceptuales | Procedimentales | Actitudinales |
|--|--|--|
| <p>Aprenden las distintas políticas históricas que se han llevado a cabo en la región relativas a la existencia de sistemas indígenas.</p> <ol style="list-style-type: none"> 1. Era colonial y política de pluralismo jurídico subordinado: fuero indígena y “usos y costumbres limitados”. 2. El Horizonte del constitucionalismo liberal, la exclusión constituyente indígena en el s. XIX y el monismo jurídico. 3. El Horizonte del constitucionalismo social y el indigenismo integracionista del s. XX. 4. El Horizonte del constitucionalismo pluralista de finales del s. XX e inicios del s. XXI: reconocimiento de derechos de los pueblos indígenas y el pluralismo jurídico. <ol style="list-style-type: none"> a) La emergencia del multiculturalismo de los 80’s. b) El Estado pluricultural y el reconocimiento del pluralismo jurídico en los 90’s. c) El Estado plurinacional y el pluralismo jurídico paritario del s. XXI. | <p>El marco histórico permitirá a los participantes ubicar los problemas y retos del pluralismo jurídico en sus casos concretos y en su quehacer cotidiano.</p> <p>Aprenden a analizar leyes, sentencias y políticas actuales a la luz del marco histórico, identificando rezagos del pluralismo subordinado colonial, del monismo jurídico republicano, del pluralismo integracionista del s. XX.</p> <p>Aprenden a identificar los retos del pluralismo igualitario en los casos que tienen.</p> | <p>Aprenden a cuestionar la herencia colonial en el tratamiento de los sistemas jurídicos indígenas y en sus propias actitudes.</p> <p>Se cuestionan la premisa de la incapacidad indígena para conocer y juzgar casos graves, que viene de la política colonial.</p> <p>O la premisa que sólo el Estado puede administrar justicia y que lo hace mejor que otros.</p> <p>Aprenden a valorar las luchas históricas de los pueblos por la descolonización y el reconocimiento del pluralismo igualitario.</p> |

UNIDAD III: MARCO JURÍDICO DE LOS SISTEMAS JURÍDICOS INDÍGENAS

En esta Unidad los(as) participantes desarrollarán las siguientes competencias:

| Conceptuales | Procedimentales | Actitudinales |
|--|---|--|
| <p>Marco normativo actual Conocerán:</p> <p>1. El marco normativo internacional que reconoce los sistemas jurídicos indígenas y el pluralismo jurídico, como el Convenio N° 169 de la OIT, la Declaración de las Naciones Unidas sobre Derechos de los Pueblos indígenas y la jurisprudencia internacional.</p> <p>2. Del mismo modo, aprenderán las competencias de la jurisdicción indígena a la luz del derecho constitucional peruano y su integración con el derecho internacional.</p> <p>3. El desarrollo normativo nacional y comparado del reconocimiento de los sistemas jurídicos indígenas (Código Procesal Penal, ley de rondas campesinas, etc.) y el desarrollo jurisprudencial de tribunales constitucionales y cortes supremas.</p> | <p>-Aprenderán a analizar y aplicar a casos concretos la normativa internacional y nacional, bajo principios de jerarquía formal y material.</p> <p>-Podrán aplicar en casos concretos normas que reconocen el pluralismo jurídico y la jurisdicción indígena.</p> <p>-Podrán aplicar los remedios jurídicos necesarios para despenalizar indígenas procesados actualmente por ejercer sus derechos colectivos.</p> | <p>Aprenderán actitudes de respecto y valoración de las autoridades indígenas, y por ende, que no deben procesarlas por el mero hecho de administrar justicia.</p> <p>Desarrollarán empatía y diligencia para atender casos de indígenas aplicando sus derechos.</p> |

ANEXO DE LECTURAS

Lecturas obligatorias:

- CICAJ-PUCP_Pluralismos-jurídico
- OIT (2011): Módulo de formación para la aplicación de los derechos indígenas. Documento de trabajo elaborado para la OIT por Yrigoyen Fajardo, Raquel. Lima: OIT. Unidad 2. ¿Quiénes son titulares de los derechos indígenas?
- Convenio OIT Nro. 169 sobre pueblos indígenas y tribales en países independientes 1989.
- Declaración de las Naciones Unidas sobre los Derechos de los Pueblos Indígenas.
- Mikel Berraondo (coord.), Pueblos Indígenas y Derechos Humanos.
- Antonio Carlos Wolkmer, Pluralismo Jurídico.
- Sally Engle Merry, Pluralismo Jurídico.
- Reglamento de la Ley de Rondas Campesinas. Decreto Supremo N° 025-2003-JUS.

Disponible en anexo de lecturas

UNIDAD I

PLURALISMO JURÍDICO Y SISTEMAS JURÍDICOS INDÍGENAS



PLURALISMO JURÍDICO Y SISTEMAS JURÍDICOS INDÍGENAS

1. MARCO TEÓRICO- CONCEPTUAL¹

En los países donde existen pueblos indígenas o grupos con una identidad propia (étnica, religiosa, local, gremial) hay un gran debate sobre cómo denominar y cómo tratar jurídicamente a los sistemas de autoridades, normas y procedimientos mediante los cuales dichos pueblos y grupos regulan su vida social y resuelven sus conflictos, pues son diferentes al sistema estatal.

Aquí aparecen las categorías de “costumbre”, “usos y convenciones”, “usos y costumbres”, “formas tradicionales de resolución de conflictos”, “derecho consuetudinario”, “derecho indígena”, entre otras. Estas categorías se adscriben a determinadas posiciones teóricas, las cuales a su vez suponen ciertas formas de valorar tales sistemas normativos no estatales y a los grupos humanos que se regulan por los mismos. Igualmente, el uso de cada categoría implica ciertas consecuencias políticas. El objeto de las siguientes líneas es presentar los marcos más relevantes desde los cuales se ha buscado calificar dichos sistemas normativos, sus supuestos teóricos y valorativos, y las consecuencias políticas de tales calificaciones.

1.1. La concepción “monista” del Derecho.

La doctrina jurídica instituida con el llamado “derecho moderno”, establece un modelo de configuración estatal que supone el monopolio estatal de la violencia legítima y la producción jurídica. Es lo que se llama el “**monismo jurídico**”, esto es, que a un Estado le corresponde un solo derecho o sistema jurídico y viceversa. Dentro de este concepto, no puede haber varios derechos o sistemas jurídicos dentro de un mismo espacio geopolítico. La idea de la identidad Estado-Derecho proviene de la teoría jurídica positivista formulada originalmente por Hans Kelsen².

¹ Basado en: YRIGROYEN FAJARDO, Raquel (1999): Pautas de coordinación entre el derecho indígena y el derecho estatal. Guatemala: Fundación Myrna Mack. Capítulo 1. p. 11- 45. (Versión de Libro impreso) (<http://alertanet.org/antrop-ryf-dc.htm>), pero cabe precisar que a esta versión del Portal Alertanet le faltan los puntos 2.3 y 2.4)

² Ver: Kelsen, Hans: Teoría Pura del Derecho. (Hay varias ediciones. En castellano, se puede revisar la de EUDEBA: Buenos Aires, 1982).

Su marco histórico es el proceso de centralización del poder político en el Estado y la especialización de las formas de control social.

Dentro de la perspectiva teórica del monismo legal sólo se puede llamar “derecho” al sistema normativo estatal, a las normas producidas por el Estado o por los mecanismos que él indique. El sistema de división de poderes consagra tal principio al sancionar que es el poder u órgano legislativo el único facultado para producir las normas generales que rijan la vida de los ciudadanos, el poder u organismo judicial para administrar justicia de modo exclusivo (producir normas de carácter concreto), y el Ejecutivo, el órgano que gobierna dentro del imperio de la ley. Aparte de dichos poderes, nadie tiene facultad para producir normas que regulen la vida social, administrar justicia y organizar el orden público. De otra parte, el sistema de garantías liberal, también se ha construido bajo esa idea, con los principios de igualdad ante la ley, seguridad jurídica, debido proceso e imperio de la ley. Desde este marco, las normas no producidas por el Estado no obligan la obediencia ciudadana. En el caso de la “costumbre”, ésta sólo es admisible a falta de ley y nunca en contra de ella.

Aparejada a la identidad Estado-Derecho está la idea del “Estado-Nación”. La legitimidad política del Estado se basa en el supuesto de que es la organización jurídico-política de una Nación. El significado dado a “Nación” es el de un solo pueblo, con una sola cultura, un solo idioma, una sola religión. Así, se entiende que es legítimo que el Estado tenga un solo sistema normativo porque se supone que representa un conjunto social homogéneo en términos de idioma, religión, cultura.

En países pluriculturales, la imposición de un sólo sistema jurídico, la protección oficial de una sola cultura, religión, idioma y grupo social, ha dado lugar a un modelo de “Estado excluyente”. En este modelo, la institucionalidad jurídico-política no representa ni expresa la realidad plural, margina a los grupos sociales o pueblos no representados oficialmente y reprime sus expresiones de diversidad cultural, lingüística, religiosa y normativa. Pero, a pesar de la proscripción oficial de la diversidad, ello no necesariamente ha significado la desaparición empírica de los distintos idiomas, culturas o sistemas legales. Los aparatos estatales han tendido a reprimirlos, desaparecerlos o cooptarlos y aquellos han debido aprender a adaptarse y reutilizar instituciones creadas por el Estado para mantenerse vivos. Los sistemas “no oficiales” han sobrevivido en condiciones de ilegalidad estatal y subordinación política, adquiriendo formas clandestinas y marginales.

Esto ha pasado en muchos países que, como Guatemala, tienen un importante componente indígena. El Estado construido después de la Independencia, no representa la diversidad cultural, lingüística, religiosa ni legal que existe en la realidad. De otra parte, las categorías jurídicas elaboradas por el monismo jurídico con base en la idea del Estado-Nación (en el entendido de un solo

pueblo con una sola cultura) no están pensadas para poder explicar la existencia empírica de sistemas normativos diferentes al estatal y que corresponden a culturas diferentes a la consagrada oficialmente.

Tanto a nivel general, como en Guatemala en particular, se ha buscado entender, describir y calificar a los sistemas normativos no estatales, en la medida que su realidad se impone, utilizando categorías conceptuales creadas por la doctrina jurídica. En este esfuerzo se han utilizado varios términos. En los Acuerdos de Paz se habla del “derecho consuetudinario”. En la propuesta de reforma constitucional que aprobó Congreso se dice “derecho consuetudinario indígena”. Y en la propuesta de reforma constitucional que hicieron los pueblos indígenas se habla de “derecho indígena”. Durante el debate previo a la formulación de la propuesta de reforma constitucional se utilizaron también los términos de “usos y costumbres”, “formas tradicionales de resolución de conflictos”, etc.

A continuación se señala algunos de los términos utilizados para denominar los sistemas normativos indígenas, así como los alcances y límites de dichos conceptos.

- a) **La “costumbre”**. Este término se define en oposición a la ley escrita y general producida por el Estado. Alude a prácticas sociales repetidas y aceptadas como obligatorias por la comunidad. La idea que está en la base es la concepción “monista” del derecho que identifica Derecho con Estado y asume que en un Estado sólo cabe un derecho o sistema jurídico válido, el estatal. Los demás sistemas normativos no son vistos como tales sino como prácticas puntuales. La doctrina distingue tres tipos de “costumbres” con relación a la ley: a) a falta de ley, b) conforme a ella, c) contra ella. La ley permite las costumbres de los dos primeros tipos y pueden constituir fuente del derecho. En cambio, si una práctica jurídica o costumbre es *contra legem* incluso puede configurar delito y ser castigada. (En la legislación guatemalteca el concepto de “la costumbre” como fuente del derecho está consagrado en la Ley del Organismo Judicial).
- b) La utilización del término “**usos y costumbres**” tiene una raíz colonial. Durante el proceso de imposición colonial se discutió si los indígenas tenían autoridades legítimas, normas arregladas a la “ley divina y natural” y si eran capaces de autodeterminarse o, si por el contrario, tenían costumbres salvajes, autoridades tiranas, y eran incapaces de autogobernarse. Las “Informaciones” toledanas concluyeron lo segundo para poder justificar la guerra contra los indios, los “justos títulos de la Corona” y la legitimidad de la imposición colonial en Las Indias, para responder al cuestionamiento que hiciera en su momento Fray Bartolomé de Las Casas. Por ello, sólo se

permitió los “usos y costumbres” indígenas que no violasen la “ley divina y natural”, no afectasen el orden económico-político colonial ni la religión católica. Igualmente se permitió a las autoridades indígenas administrar justicia dentro de los pueblos de indios pero sólo para los casos entre indios y de carácter menor; los casos mayores debían pasar al corregidor español. En la actualidad se sigue utilizando el término, por lo general para referirse a los sistemas normativos indígenas o populares a los que no se reconoce como derecho o sistema jurídico sino que se les da un estatuto inferior.

- c) La sociología alemana, con Max Weber³, utiliza el término “**usos y convenciones**” para referirse a prácticas sociales con un nivel de institucionalización menor al de la norma legal. Weber estudió el proceso de institucionalización del derecho moderno, y encontró que antes de que una regla social se convirtiese en norma jurídica, por lo general era una norma que tenía respaldo social. A tales reglas las llamó “usos y convenciones” pues su práctica no estaba garantizada por la coacción estatal sino por una sanción social difusa. Weber no estaba estudiando una situación de pluralismo jurídico o coexistencia simultánea de sistemas, sino el proceso de conformación de las normas del derecho estatal moderno. Sin embargo, algunos autores han utilizado este término para situaciones de co-existencia del derecho estatal con sistemas indígenas o populares calificando a los segundos como meros “usos y convenciones” al decir que no habían llegado a institucionalizarse como el derecho estatal. Esta es una perspectiva que no respeta el marco en el que fue creado el concepto.
- d) El término “**derecho consuetudinario**” viene de una categoría del derecho romano, la “*veterata consuetudo*”. Se refiere a prácticas repetidas inmemorialmente, que a fuerza de la repetición, la colectividad no sólo las acepta sino que las considera obligatorias (*opinio juris necessitatis*). Por la categoría “derecho” se entiende que no sólo se trata de prácticas aisladas como el término “costumbres”, sino que alude a la existencia de un sistema de normas, autoridades, procedimientos. Sólo que la palabra “consuetudinario” fija a ese sistema en el tiempo, como si se repitiera igual a lo largo de los siglos.
- Por lo general, la doctrina jurídica clásica ha utilizado éste término en situaciones de colonialismo, expansión imperial, modernización, o incluso en países independientes con presencia de población indígena donde se encuentra un sistema políticamente dominante y otros subordinados. De una parte, se denomina “el derecho” (sin adjetivos), al derecho central, estatal, imperial, escrito o codificado. Y se llama “derecho consuetudinario” a los sistemas normativos que sobreviven por la práctica de la gente en los pueblos

³ Ver: Weber, Max (1974): Economía y Sociedad. Esbozo de sociología comprensiva. México: Fondo de Cultura Económica.

conquistados o políticamente subordinados. Un ejemplo del uso de este término dentro de tal concepción es el Convenio 107 de la OIT de 1957 sobre Poblaciones Indígenas y Tribuales en Países Independientes, posteriormente reemplazado por el Convenio 169. Como consecuencia de tal concepto, el Convenio 107 sancionaba el modelo de subordinación política al indicar que debía respetarse el derecho consuetudinario sólo mientras no afectase las “políticas de integración” a las que el Estado podía someter a las poblaciones indígenas.

En síntesis, desde el marco del “monismo jurídico” sólo es “derecho” (sin adjetivos) el producido por el Estado y sólo cabe un derecho o sistema jurídico válido dentro de un Estado. Además, tal derecho debe ser escrito, de aplicación general y especializado (diferente de la moral y la religión). Toda otra norma o sistema normativo no producido por el Estado, es visto como mera costumbre, como una práctica aislada, que a veces puede estar “mezclada” con reglas morales y religiosas. Los sistemas normativos no estatales, al no estar formalizados como el estatal, son vistos como sistemas atrasados, pre-modernos, que deben superarse para posibilitar la civilización de las poblaciones igualmente “atrasadas” y su integración al Estado y al derecho nacional. Las costumbres son admisibles como “fuente” del derecho a falta de ley que regule la misma materia y nunca en contra de ella. Si una costumbre se opone o está en contradicción de lo que prescribe o prohíbe una ley estatal, debe ser reprimida. Si se trata de un sistema al que se pueda llamar “derecho consuetudinario” sólo es admitido de modo limitado, pues deberá someterse a la ley estatal y mantenerse políticamente subordinado.

Como se ha señalado, el marco del monismo jurídico genera problemas teóricos, valorativos y políticos. La idea de que sólo es derecho el del Estado y lo demás meras costumbres, limita cualquier estudio de sistemas normativos no estatales.

El término “costumbre” o usos y costumbres resulta teóricamente limitado para referirse a sistemas normativos, ya que sólo se refiere a prácticas aisladas y repetidas inmemorialmente. En cambio, los estudios empíricos sobre los sistemas normativos indígenas dan cuenta de: 1) que no sólo se trata de prácticas aisladas, sino que tienen un eje cultural que las articula a modo de sistema y tienen sistemas de normas, autoridades y procedimientos por los cuales regulan su vida social, resuelven conflictos y organizan el orden interno (originalmente respondían a todo un sistema cultural, normativo y político) y, 2) su enorme capacidad de adaptación y cambio, pues han tenido que sobrevivir en condiciones de persecución y deben responder a necesidades y demandas sociales cambiantes. En términos valorativos, por lo general el uso del concepto “costumbres” va asociado a una subvaloración de los indígenas, a los que se busca sujetar a tutela y control. En términos políticos, se

propone la represión o criminalización de prácticas indígenas que están contra la ley (*contra legem*).

Esto también pasa con la categoría “derecho consuetudinario” definida desde el marco del monismo jurídico. En términos teóricos, el derecho consuetudinario no tiene el mismo estatuto que el derecho estatal, aunque pueda tener igualmente normas, autoridades y procedimientos propios, así como reglas para cambiar reglas. La palabra “consuetudinario”, además, fosiliza a los sistemas jurídicos no estatales bajo el prejuicio de que son estáticos en el tiempo mientras que el derecho estatal o central sí aparece con capacidad de cambio. Por ello, algunos utilizan como sinónimo de consuetudinario la palabra “tradicional” y de ahí, no pocas veces se pasa a los calificativos de sistemas “atrasados”, no modernos, primitivos o inferiores. En el nivel valorativo, se considera a los indígenas y sus sistemas como “inferiores”. En términos políticos, esta categoría no cuestiona la situación del sistema subordinado y hasta justifica esta subordinación dado el supuesto carácter “local” o “atrasado” del derecho consuetudinario y sus usuarios. Igualmente, ha justificado que se practique con sus usuarios políticas civilizadoras, que se les imponga el progreso, y su “integración” a los “estados modernos” (como pasó con el Convenio 107 de la OIT). Es decir, a nivel político la consecuencia del uso de tal término, es la admisión de un sistema de tutela y control, donde la decisión de los límites del derecho consuetudinario se ubica de fuera de los pueblos indígenas y sin tener en cuenta su perspectiva cultural.

Desde el marco del monismo legal se suele hacer una interpretación estrecha del principio de igualdad ante la ley y de la seguridad jurídica, que ha llevado a negar el respeto de la diferencia cultural. El derecho a la diversidad cultural, a la propia identidad, al uso del propio idioma, a la práctica de la propia vida cultural y de la propia religión, también es un derecho consagrado universalmente, entre otros, por el artículo 27 del Pacto de Derechos Civiles y Políticos de la ONU⁴. El derecho a la igualdad evita la discriminación y permite el acceso de todos a las mismas oportunidades y derechos económicos y políticos, para el desarrollo personal y colectivo, pero no impide ni menos puede reprimir el derecho a la diferencia cultural.

Bajo la idea de que no se puede poner en juego la “seguridad jurídica” se ha impuesto a diversos grupos culturales el sistema jurídico creado para y por un solo grupo cultural. Ello produce una enorme inseguridad jurídica entre los miembros de los pueblos o grupos culturales políticamente subordinados. Al no reconocerse el derecho indígena, sus usuarios no tienen la seguridad de ser juzgados por el mismo, dentro de su propio idioma y cultura, pues el derecho estatal pretende el monopolio de la administración de justicia y la producción jurídica. Es decir, la posibilidad de

⁴ Hay una serie de tratados internacionales referidos al derecho de la diversidad cultural que se puede aplicar los pueblos indígenas. Ver compilación que presenta el apartado sobre “Violaciones a los derechos de Existencia, integridad e Identidad Cultural de los Pueblos Indígenas del Informe de la Comisión de Esclarecimiento Histórico-CEH, capítulo II. Guatemala: CEH-UNOPS. 25.2.1999.

garantizar la seguridad jurídica a todos los individuos y grupos dentro de un Estado donde hay diversidad cultural, es, justamente, permitiendo la vigencia de los diversos sistemas normativos, con reglas para las situaciones de interculturalidad. Así, todo individuo y grupo tendrá la certeza de que podrá ser juzgado dentro su propia cultura e idioma, bajo las reglas que conoce y en cuyo marco se ha socializado, respetando a su vez la diversidad cultural.

La lógica monista no sólo ha afectado la seguridad jurídica sino también los derechos de la población no representada culturalmente en el derecho oficial. El decir que sólo es válido el sistema estatal, ha dado lugar a la criminalización de las prácticas culturales opuestas a las consagradas legalmente (como uniones conyugales tempranas calificadas de estupro-, uso o manejo de plantas prohibidas en leyes antinarcóticos, prácticas religiosas y culturales llamadas “brujería”, etc.). Igualmente, se ha reprimido a las autoridades de los otros sistemas por usurpación de funciones (por actuar como jueces sin serlo), abuso de autoridad, encubrimiento de delito, secuestro, lesiones, coacciones, etc. (por detener, juzgar, aplicar sanciones, etc.). Además de la afectación de derechos individuales y colectivos, la lógica monista ha incrementado la distancia entre ciudadanos y Estado, y la deslegitimación del Estado. Los miembros de pueblos indígenas y de grupos culturales diferentes a la cultura oficial, no se sienten representados por el Estado y ven como ilegítima su actuación represiva.

1.2. El pluralismo legal

Ante la incapacidad teórica del monismo jurídico para explicar y analizar sistemas normativos diferentes al estatal, así como por los supuestos valorativos y las consecuencias políticas que tiene, cabe recurrir a la perspectiva teórica del “pluralismo jurídico”. El “pluralismo jurídico o legal”, a diferencia del monismo legal, permite hablar de la coexistencia de varios sistemas jurídicos dentro de un mismo espacio geopolítico. En términos genéricos se llama sistema jurídico “derecho” o a los sistemas de normas, instituciones, autoridades y procedimientos que permiten regular la vida social y resolver conflictos. También incluye normas que establecen cómo se crean o cambian las normas, los procedimientos, las instituciones y autoridades.

El pluralismo de sistemas normativos puede tener su origen en una situación colonial (por la presencia de un derecho indígena o pre-colonial y un derecho impuesto), en períodos de revoluciones o cambios modernizantes (por la pervivencia del derecho anterior a la revolución o reforma junto con el nuevo); en situaciones de presencia de comercio transnacional (la *lex mercatorum*, con sus propias reglas frente a los derechos nacionales); en países independientes con población indígena; en países modernos o post-coloniales, con población inmigrante o desplazada en

barrios marginales de las ciudades; o por la agrupación de colectivos con base en criterios culturales, gremiales, raciales, religiosos, territoriales o de otra índole, que han creado una normativa propia que los regula en varias esferas de la vida social y les permite resolver sus conflictos⁵.

Una situación de pluralismo jurídico significa la co-existencia de varios sistemas normativos, estén o no reconocidos legalmente dentro del Estado o del espacio geopolítico en el que existan. Por lo general, cuando no existe este reconocimiento legal por el poder político dominante, el o los sistemas no reconocidos son subvalorados y potencial o realmente perseguidos y reprimidos. Ello obliga a tales sistemas a clandestinizarse y adaptarse para poder sobrevivir. Cuando la relación entre sistemas es tensa y hasta violenta, la percepción de los ciudadanos es que el Estado y su sistema legal son ilegítimos porque no los representan e incluso los reprimen.

El reconocimiento legal es el primer paso para una articulación democrática de los distintos sistemas normativos que co-existen en el mismo espacio geopolítico. En la última década, varios países latinoamericanos, como Colombia (1991), Perú (1993), Bolivia (1994), Ecuador (1998), han reconocido constitucionalmente el carácter pluricultural de la Nación y el Estado. En consecuencia, también han reconocido la existencia y derechos de los pueblos y comunidades indígenas, oficializando sus idiomas, y promoviendo el respeto y desarrollo de sus culturas, formas de organización social, sus costumbres, trajes, religión, etc. Igualmente, han reconocido el derecho indígena o consuetudinario, a fin de iniciar procesos de coordinación o compatibilización entre ambos sistemas, desde una perspectiva de diálogo democrático y no de represión.

Desde este marco, el término más adecuado para hablar de los sistemas normativos indígenas o de otros grupos sociales, es el de derecho u orden jurídico en la medida que tales sistemas tengan capacidad para regular la convivencia social, resolver conflictos y organizar el orden interno, con reglas propias para darse sus propias autoridades y cambiar las normas.

Convenios Internacionales y normas constitucionales de varios países han utilizado el término “derecho consuetudinario” para referirse a los sistemas normativos indígenas superando la perspectiva integracionista y el marco del monismo legal. Ello ha obligado a la Academia a reconceptualizar dicho término, para poder aprovechar las ventajas de su uso jurídico: a) De una parte, se ha quitado de la definición la idea de que describe sistemas o prácticas inmutables a lo largo del tiempo, reconociéndose su carácter cambiante. b) De otra, se le ha despojado de la connotación de que los sistemas que califica son atrasados,

⁵ Ver: Sousa Santos, Boaventura de (1991): Estado, Derecho y Luchas Sociales. Bogotá: ILSA (p.63 y ss). También Sousa Santos, Boaventura de (1994) “Entrevista”. En: Desfaciendo Entuertos, N° 3-4 (pp. 27-31), así como la literatura de toda la tradición pluralista

tradicionales, no modernos o incluso inferiores. Y, c) finalmente, se deja de convalidar la subordinación política a la que se ha sometido históricamente a los sistemas no-estatales, pues no tiene porqué ser una condición permanente o para el futuro. Con esta reconceptualización es que cabe utilizar tal categoría e interpretar jurídicamente las normas nacionales e internacionales que emplean dicho término.

La superación de la concepción monista del término “derecho consuetudinario” y de los planteamientos integracionistas se ha traducido en nuevos cuerpos normativos como el Convenio 169 sobre Pueblos Indígenas y Tribales en Países Independientes de la OIT, así como en las reformas constitucionales mencionadas, que utilizan el término “derecho consuetudinario” (Perú) o “costumbres” (Ecuador, Bolivia) para referirse a los sistemas normativos indígenas desde un marco de respeto de la diversidad cultural.

1.3. Sobre la definición del derecho en el marco pluralista.

En el marco del pluralismo ha habido mucha discusión sobre la definición de derecho y qué requisitos debe haber para considerar a un sistema de normas o prácticas como derecho. Esta discusión, con raíces en el viejo colonialismo hispano, ha sido recorrida posteriormente por la antropología social inglesa, la etnología francesa, la sociología jurídica alemana, las escuelas norteamericanas, y más recientemente por varias corrientes en Latinoamérica⁶.

La pregunta eje es ¿cuándo se puede calificar de jurídica a una norma?. Desde la tradición jurídica positivista se hace una clara distinción entre las normas. Hans Kelsen, en su “Teoría Pura del Derecho”⁷ distingue tres tipos de normas o sistemas normativos: a) normas garantizadas por una coacción social o difusa, a las que llama normas morales, b) normas cuya sanción está en el más allá, a las que llama normas religiosas y, c) normas jurídicas, cuya sanción es actual y presente y se garantiza por un cuerpo especializado en velar por su cumplimiento o sancionar su transgresión. Este concepto de norma, dado en el marco del monismo legal, ha sido retomado en el debate pluralista por un sector y ha guiado algunas investigaciones.

La antropología social inglesa⁸ está marcada por el debate entre Malinowski, Gluckman y seguidores de un lado, y Radcliffe-Brown, Evans Pritchard y seguidores del otro. Desde una concepción inglesa de derecho (“law”) entendido como normas

⁶ Ver: Yrigoyen Fajardo, Raquel (1999): El Reconocimiento constitucional del derecho indígena en los Países Andinos. Amsterdam: CEDLA.

⁷ Ver: Kelsen, Hans: Teoría Pura del Derecho. (Hay varias ediciones. En castellano, se puede revisar la de EUDEBA: Buenos Aires, 1982).

⁸ Ver Gluckman, Max (1978): Política, derecho y ritual en la sociedad tribal. Madrid: Akal; y Sousa Santos, Boaventura de (1991): Estado, Derecho y Luchas Sociales. Bogotá: ILSA (p.63 y ss).

creadas por decisiones judiciales, Radcliffe-Brown y seguidores han defendido la idea de que sólo cabe hablar de derecho cuando hay tribunales. Evans Pritchard llegó a decir que los Nuer eran un pueblo sin derecho por carecer de tribunales, en el sentido de un cuerpo especializado que garantice el cumplimiento de las normas. Por el contrario, Malinowski decía que el cumplimiento de las normas puede garantizarse por todo tipo de controles, incluyendo creencias y sanciones no necesariamente coactivas o infligidas por un cuerpo especializado. Gluckman, al estudiar los sistemas africanos, señaló que las normas se pueden garantizar inclusive por la apelación a las llamadas brujerías ya que mediante dichos procedimientos se puede resolver conflictos. Algunos han criticado esta posición señalando que si todo es derecho, nada es derecho. Ante ello, se ha respondido que lo importante es que se trate de normas que efectivamente regulen la vida social y permitan resolver conflictos. A esto segundo se le ha llamado la “judiciabilidad” del sistema, esto es, que mediante la intervención de un tercero sea posible canalizar conflictos y resolverlos bajo ciertos principios normativos o reglas. No es necesario que las normas o este tercero estén especializados, es decir que sean normas, personas o instituciones totalmente separadas de otras a las que se podría llamar morales o religiosas.

En la actualidad, se hay un cierto consenso sobre la definición de derecho. Se llama **derecho** o sistema jurídico al sistema de normas, valores o principios normativos, autoridades, instituciones y procedimientos que sirven para regular la vida social, resolver conflictos y organizar el orden interno. Estos sistemas también incluyen reglas que permiten instituir o cambiar de modo legítimo normas, autoridades y procedimientos. Es lo que Hart llama “normas secundarias” o normas para crear normas⁹. Para resolver el debate referido líneas arriba, se insiste en la necesidad de normas “garantizadas”, esto es, de normas que sean eficaces y legítimas. La existencia de un sistema jurídico supone un mínimo nivel de eficacia y legitimidad. La eficacia está referida a la vigencia del sistema, esto es, que efectivamente rija el comportamiento de la gente, y la legitimidad se refiere al consenso o aceptación del sistema -como bueno o necesario- por los usuarios.

El carácter de las normas y cómo se garantiza su cumplimiento depende de cada cultura y de cada sociedad. No necesariamente se requiere que en todos los grupos sociales exista un cuerpo especializado para garantizar el cumplimiento de las normas o sancionar su transgresión, o que dichas normas sean completamente diferentes a las de la moral o la religión, pues hay sistemas culturales complejos en los que el sistema normativo es parte incluso de la espiritualidad o cosmovisión. No por ello se puede decir que tales pueblos carecen de derecho o sistema jurídico. A veces las normas son garantizadas por el mero acuerdo, creencias o controles difusos, y transmitidas mediante la creencia en mitos¹⁰ sin que existan policías o

⁹ Hart, H.L.A. (1961):The concept of law. London. Oxford University Press.

¹⁰ Ver la importancia de los mitos en la transmisión de las normas en: Urteaga, Patricia (1993): “El sistema jurídico y su relación con la cultura nativa”. Tesis (Lic.). Lima: Pontificia Universidad Católica del Perú.

tribunales especializados para velar por su cumplimiento. Igualmente, tampoco cabe exigir que las normas jurídicas estén especializadas y separadas de otras esferas de la vida social. Se pueden garantizar normas necesarias para la vida económica mediante un tabú religioso, y pueden existir mecanismos de resolución de conflictos asociados a supuestos ritos religiosos, mágicos o de “brujería”, en tanto se obliga a las partes a arreglar sus conflictos para poder efectuar el ritual. 11

Tampoco es necesario que las normas sean escritas, generales e invariables. Puede tratarse de principios normativos y de directrices para la acción concreta. En el caso de los sistemas indígenas de control social cabe resaltar que no se trata de prácticas aisladas sino que existe un eje cultural que articula el sistema de normas, procedimientos, instituciones y autoridades; y que tal sistema permite regular la vida social en varios aspectos, resolver conflictos y organizar el orden interno.

La historia de represión y la condición políticamente subordinada de los pueblos indígenas los ha obligado a adoptar nuevas instituciones y a clandestinizar sus prácticas. Se han destruido sus sistemas superiores de autoridad y sólo han quedado sistemas fragmentados: autoridades, normas y conocimientos de carácter local. La clandestinización de los sistemas o su desestructuración ha dado lugar a que en muchos lugares sólo aparezcan o queden prácticas aparentemente aisladas. De otra parte, una aproximación teórica inadecuada sólo rescatará ciertos aspectos o prácticas de sus sistemas normativos al no apreciar el sistema cultural en su conjunto. En todo caso, el hecho de que la historia colonial, las guerras y los mecanismos económico-políticos de marginación del mundo indígena hayan reducido la vigencia de sus sistemas normativos a espacios limitados, ello no significa que tengan una capacidad intrínseca limitada por la que sólo puedan ver casos menores y de determinadas materias.

El cuadro que sigue resume las posiciones teóricas más saltantes al respecto, con sus supuestos valorativos respecto del indígena y, las posibles consecuencias políticas de cada postura.

| Marco Teórico | Definición del Fenómeno | Marco Axiológico | Consecuencia Política |
|---|--|--|--|
| Monismo Jurídico: identidad Derecho-Estado | <ul style="list-style-type: none"> - Derecho: es sólo el estatal. - Los indígenas sólo tienen “usos y costumbres”. | Ideología de la “inferioridad del indígena”. | Las costumbres pueden admitirse en tanto no vulneren las normas estatales. |

¹¹ Gluckman, Max, ob. Cit.

| Marco Teórico | Definición del Fenómeno | Marco Axiológico | Consecuencia Política |
|---|---|---|---|
| | | | Lo demás es delito y debe reprimirse. |
| (Variante intermedia) Derecho Positivo | - El Estado produce "Derecho" (escrito y general). -Los Pueblos Indígenas y minorías tienen "Derecho Consuetudinario". | Los indígenas son "Minorías" a las que debe reconocerse ciertos derechos. | Puede reconocerse el "Derecho Consuetudinario" mientras no afecte ciertos parámetros. Es una concesión con límites. |
| Pluralismo Jurídico | -Dentro de un mismo espacio geopolítico (estado) pueden co-existir varios sistemas jurídicos además del estatal. -Los sistemas normativos indígenas son sistemas jurídicos o derecho: tienen capacidad para crear normas, resolver conflictos, organizar el orden. | Los indígenas y sus pueblos tienen capacidad autonormativa e iguales derechos. No son "inferiores" ni merecen tutela o concesiones paternalistas. | Se debe reconocer los Sistemas Jurídicos de los Pueblos Indígenas dentro de un modelo de Estado Democrático y Pluricultural de Derecho. -Los DDHH y la interculturalidad son marcos. |

2. CRITERIOS DE IDENTIFICACIÓN DE LOS PUEBLOS INDÍGENAS¹²

Reflexiones: ¿A quiénes corresponden los derechos indígenas?

Una de las preguntas que se hacen los gobiernos, las empresas y los propios colectivos indígenas es quiénes pueden gozar de los derechos reconocidos en el Convenio 169 sobre pueblos indígenas.

Según el Convenio 169 de la OIT, quienes pueden gozar de los derechos ahí contenidos son los pueblos indígenas y tribales, en tanto colectivos, y sus miembros, en tanto individuos. Esto es, mujeres y hombres; adultos y niños y niñas, sin discriminación.

Convenio 169, Artículo 3

1. Los pueblos indígenas y tribales deberán gozar plenamente de los derechos humanos y libertades fundamentales, sin obstáculos ni

¹² Basado en: OIT (2011): Módulo de formación para la aplicación de los derechos indígenas. Documento de trabajo elaborado para la OIT por Yrigoyen Fajardo, Raquel. Lima: OIT. Unidad 2. ¿Quiénes son titulares de los derechos indígenas?

discriminación, Las disposiciones de este Convenio se aplicarán sin discriminación a los hombres y mujeres de esos pueblos.

Para el Convenio 169, los sujetos titulares de los derechos indígenas, esto es, los sujetos que pueden beneficiarse de los derechos contenidos en el Convenio 169, pueden ser:

- a) Sujetos colectivos: los pueblos indígenas.
- b) Sujetos individuales: hombres y mujeres, sin discriminación.

Hay algunos derechos cuya titularidad y ejercicio es colectivo, como el derecho al territorio, a contar con su propio sistema de autoridades y derecho consuetudinario, etc.

Hay derechos que pueden ser ejercidos de modo individual y colectivo, con el derecho al propio idioma. El idioma supone un uso y desarrollo colectivo, pues el idioma es siempre de una colectividad. Sin embargo, si un individuo indígena está ante un tribunal de justicia, por ejemplo, tiene derecho a usar su idioma como persona individual, para lo cual el tribunal le debe proporcionar un intérprete.

¿Qué criterios de identificación usa el Convenio 169 de la OIT?

A quiénes se llama pueblos indígenas es materia de un gran debate antropológico, político y jurídico en la región. Algunos sostienen que si ya ha habido procesos históricos de integración, aunque algunas comunidades tengan cultura indígena, quechua o aymara, ya no serían sujetos beneficiarios de los derechos de los pueblos indígenas. En esa línea, algunos sostienen que el Convenio 169 sólo se aplicaría a poblaciones aisladas o no integradas al Estado. En efecto, este tema puede dar lugar a grandes discusiones desde una perspectiva de las ciencias sociales o desde las ideas que tenemos cada uno. Sin embargo, lo importante es tener en cuenta que el Convenio 169 de la OIT establece criterios normativos para identificar a qué colectivos se aplican los derechos establecidos en el mismo, al margen del debate académico u otros criterios.

El Convenio 169 no define quiénes son los pueblos indígenas, pero da criterios para identificar a qué colectivos se aplican los derechos indígenas. Es decir, se trata de criterios de identificación y no de definición.¹³

El Convenio 169 (art. 1) utiliza criterios objetivos (observables externamente) y subjetivos (autoidentificación) para la identificación de los colectivos titulares de los

¹³ Véase: Yrigoyen F., Raquel (2009): *El Convenio 169 de la OIT y su aplicación en el Perú*. Lima, IIDS, que revisa la versión publicada en *Taller de Consulta a pueblos indígenas* por la Dirección General de Pueblos Originarios, por DGPO y OIT (2008).

derechos indígenas. Se trata de criterios “normativos”, esto es, establecidos por una norma internacional, por lo que los estados no pueden añadir más requisitos que impidan a los pueblos ejercer sus derechos.

Convenio 169 de la OIT,

Artículo 1

1. El presente Convenio se aplica:

a) a los pueblos tribales en países independientes, cuyas condiciones sociales culturales y económicas les distingan de otros sectores de la colectividad nacional, y que estén regidos total o parcialmente por sus propias costumbres o tradiciones o por una legislación especial;

b) a los pueblos en países independientes, considerados indígenas por el hecho de descender de poblaciones que habitaban en el país o en una región geográfica a la que pertenece el país en la época de la conquista o la colonización o del establecimiento de las actuales fronteras estatales y que, cualquiera que sea su situación jurídica, conserven todas sus propias instituciones sociales, económicas, culturales y políticas, o parte de ellas.

2. La conciencia de su identidad indígena o tribal deberá considerarse un criterio fundamental para determinar los grupos a los que se aplican las disposiciones del presente Convenio.

Para el Convenio 169 es muy importante la propia percepción o autoidentificación de los sujetos colectivos sobre su identidad. Esto es lo que se llama el **criterio subjetivo**. La aplicación de los derechos indígenas a un colectivo dependerá de si él mismo considera que cumple con dos **criterios objetivos**. Esto es, que dicho colectivo, no importando su situación jurídica (si está reconocido, registrado, titulados o no), considera que el mismo:

- (a) Desciende de pueblos originarios o poblaciones que existían en la época de la Conquista, colonización o antes de la demarcación de las fronteras nacionales actuales. Es decir, que descende de pueblos que pre-existen a los estados actuales. (Hecho histórico), y
- (b) Conserva, en todo o en parte, sus propias instituciones sociales, económicas, culturales o políticas. Por ejemplo, tiene sus propias formas de organización, idiomas, prácticas culturales o su sistema de justicia, entre otras instituciones. (Hecho actual).

En síntesis, se aplican los derechos indígenas contenidos en el Convenio 169 a los colectivos que se autoidentifican como descendientes de pueblos que pre-existen al Estado y que tienen sus instituciones propias, no importando el nombre o la condición jurídica que tengan.

No es un requisito que tales pueblos estén registrados o reconocidos por el Estado para que se les apliquen los derechos del presente Convenio. Es más, puede constituir una violación al Convenio la negativa del Estado de reconocer derechos, registro o titulación a los pueblos que cumplen con los criterios arriba mencionados.

El Convenio 169 se aplica igualmente a **pueblos tribales**, que son **sectores que se distinguen** de la población por sus condiciones sociales, culturales y económicas diferenciadas, y por estar regidos por sus propias costumbres o leyes especiales. Los llamados “pueblos tribales” **no** tienen como característica el hecho histórico de pre-existir a los estados actuales. Bajo esta categoría, los órganos de control de la OIT han amparado los derechos de afrodescendientes de Colombia. En el mismo sentido, la Corte Interamericana de Derechos Humanos, en el caso del pueblo Saramaka versus Surinam, ha aplicado los derechos contenidos en el Convenio 169 al pueblo Saramaka, compuesto por afrodescendientes, bajo la denominación de pueblo tribal. Esta categoría, de “pueblo tribal”, también ha sido aplicada al pueblo rom, también conocido como pueblo gitano, en tanto tiene rasgos distintivos y se rige por sus costumbres propias.

Cuadro sobre los criterios de identificación de pueblos a los que se aplican los derechos

| Criterio subjetivo | | Criterios objetivos |
|---|----------------------|---|
| Autoidentificación o conciencia de su identidad | como pueblo indígena | <ol style="list-style-type: none"> 1. Que descende de poblaciones que pre-existen al Estado (hecho histórico). 2. Que tiene instituciones sociales, económicas, culturales y políticas propias (hecho actual). 3. (Cualquiera sea su situación jurídica) |
| | como pueblo tribal | <ol style="list-style-type: none"> 1. Que se distingue de otros sectores por sus condiciones sociales, culturales y económicas (rasgos distintivos). 2. Que esté regido -total o parcialmente- por sus propias costumbres o leyes especiales (regulación diferenciada). |

En términos prácticos, la consideración de cuáles son los colectivos a los que se aplican los derechos indígenas puede dar lugar a conflictos y problemas de interpretación. Los órganos de control de la OIT han establecido que, al margen de la denominación que las leyes nacionales den a los diferentes colectivos, lo

importante es si tales colectivos cumplen con los criterios ya mencionados del Convenio 169, para la aplicación de los derechos ahí contenidos.

Test práctico de autoidentificación como pueblo indígena

Para saber si cabe aplicar los derechos indígenas a un colectivo determinado, podría considerarse el siguiente test.

Preguntar a dicho colectivo *si se autoidentifica* como:

- a) Un pueblo que *desciende de poblaciones que estaban antes del Estado* (antes de la Conquista, Colonización o establecimiento de las actuales fronteras).
- b) Si *tiene, actualmente, algunas instituciones* sociales, económicas, culturales o políticas *propias* (idioma, formas de parentesco, sistemas de autoridad o justicia, forma de trabajo o relación con la tierra, etc.).

Una respuesta positiva a ambas cuestiones significa que dicho colectivo tiene una autoidentificación como pueblo indígena.

Un ejemplo de los problemas sobre identificación de los colectivos a los que se aplican los derechos indígenas lo da el caso siguiente, como ha sido registrado ante la Comisión de Expertos de Aplicación de Convenios y Recomendaciones (CEARC), órgano de control de la OIT.

El Estado peruano, en un informe a la OIT indicó que, sobre un total nacional de 24 millones de peruanos, hay más de 9 millones de indígenas, en su mayoría quechuas y aymaras asentados en la región andina; y que en la Amazonía peruana existen unos 42 grupos etnolingüísticos que presentan características culturales, económicas y políticas distintas de otros sectores. Pero que, además, el universo poblacional indígena no se restringe a las comunidades campesinas y nativas, sino que además existen grupos en situación de aislamiento voluntario o de contacto esporádico. (CEACR 2005/76ª reunión: *Solicitud directa individual sobre el Convenio núm. 169. Perú.*¹⁴ Sin embargo, el Estado peruano aplicó políticas diferenciadas a las comunidades campesinas de la costa y sierra, respecto de las comunidades nativas de la Amazonía, restando más derechos a las primeras. La CEARC se pronunció sobre el particular de la siguiente manera:

“La Comisión considera que, en la medida en que las comunidades campesinas reúnen los requisitos del artículo 1, párrafo 1, del Convenio, deben gozar de la protección integral del Convenio independientemente de las diferencias o similitudes con otras comunidades, e independientemente de su denominación. (...) Observa, además, que la terminología utilizada en las diferentes leyes genera confusión y que la denominación o diferentes

¹⁴ Disponible en: www.oit.org.pe, Bases de datos, ILOLEX: 092006PER169.

*características de los pueblos no afectan su naturaleza en lo que concierne al Convenio si se encuentran comprendidas en el artículo 1, párrafo 1), del Convenio. La Comisión reitera que **el concepto de pueblo es más amplio que el de comunidad y las engloba** y que, cualquiera sea su denominación, no debe haber ninguna diferencia a efectos de la aplicación del Convenio, en la medida en que las comunidades denominadas nativas, campesinas u otras estén comprendidas en el artículo 1, párrafo 1, a) o b), del Convenio, en cuyo caso corresponde aplicarles por igual todas las disposiciones del Convenio. Esto no significa que no se pueden desarrollar acciones diferenciadas para atender necesidades específicas de ciertos grupos como por ejemplo las comunidades no contactadas o en aislamiento voluntario. (...) Además, insta al Gobierno a que tome las medidas necesarias para garantizar que todos quienes estén comprendidos en el artículo 1 del Convenio queden cubiertos por todas sus disposiciones y gocen de los derechos contenidos en el mismo en igualdad de condiciones, y a proporcionar informaciones sobre el particular.”*

La CEARC también se ha pronunciado sobre el hecho de que las leyes no pueden tener en cuenta sólo el criterio objetivo sino también el criterio subjetivo, esto es, la autoidentificación. En un caso, la CEARC notó que el Estado no estaba reconociendo el derecho a la autoidentificación y que estaba exigiendo requisitos objetivos mayores que los del Convenio:

*“Artículo 1 del Convenio. Pueblos cubiertos por el Convenio. (...) La Comisión toma nota de que, si bien la definición contenida en el artículo 3 del Proyecto reproduce los elementos objetivos de la definición del Convenio, en este artículo **no se hace referencia al criterio fundamental de la autoidentificación**, a diferencia del artículo 2. La Comisión nota igualmente que entre los **elementos objetivos** de la definición prevista por el Proyecto aparece la referencia a que estos **pueblos «se encuentran en posesión de un área de tierra» que no figura en el Convenio.**” (CEACR: Observación individual sobre el Convenio sobre pueblos indígenas y tribales, 1989 (núm. 169) Perú (ratificación: 1994) Publicación: 2010.*

3. LOS SUJETOS TITULARES DE LOS DERECHOS INDÍGENAS EN EL PERÚ

La Constitución del Perú reconoce sujetos y derechos colectivos a pueblos originarios (art. 191), comunidades campesinas (art. 89 y 149), comunidades nativas (art. 89 y 149) y rondas campesinas (art. 89 y 149).

Las leyes internas desarrollan derechos específicos de pueblos indígenas u originarios, pueblos andinos, pueblos amazónicos, pueblo afroperuano¹⁵, pueblos en aislamiento voluntario y contacto inicial¹⁶, comunidades campesinas¹⁷, comunidades nativas¹⁸ y rondas campesinas¹⁹. La Ley 27811, “Ley que establece el régimen de protección de los conocimientos colectivos de los pueblos indígenas vinculados a los recursos biológicos”, al definir a los pueblos indígenas comprende a los pueblos originarios, comunidades campesinas, comunidades nativas y pueblos en aislamiento voluntario o no contactados.²⁰ Y la Ley 27908, Ley de Rondas Campesinas, especifica que “Los derechos reconocidos a los pueblos indígenas y comunidades campesinas y nativas se aplican a las rondas campesinas en lo que les corresponda y favorezca” en su Art. 1 (*in fine*).

Dado que las provisiones constitucionales y el derecho interno deben leerse a la luz de los tratados y acuerdos internacionales en la materia, como manda la Cuarta Disposición Final y Transitoria de la Constitución, debemos entender que a todos los sujetos mencionados en la Constitución y el derecho interno les son aplicables los derechos de pueblos indígenas y tribales que reconoce el derecho internacional. El derecho internacional es aplicable en tanto otorga más derechos que el derecho interno. Por el contrario, como dispone el art. 35 del Convenio 169 de la OIT, no se deberá utilizar los tratados internacionales para menoscabar derechos ya reconocidos por la Constitución, legislación interna, costumbres o acuerdos nacionales.

¹⁵ Ley 28495, Ley del Instituto Nacional de Desarrollo de Pueblos Andinos, Amazónicos y Afroperuano
Art. 2.- El INDEPA es el organismo rector de las políticas nacionales encargado de proponer y supervisar el cumplimiento de las políticas nacionales, así como de coordinar con los Gobiernos Regionales la ejecución de los proyectos y programas dirigidos a la promoción, defensa, investigación y afirmación de los derechos y desarrollo con identidad de los Pueblos Andinos, Amazónicos y Afroperuano.

¹⁶ Ley 28736, Ley para la protección de pueblos indígenas u originarios en situación de aislamiento y en situación de contacto inicial.

Art. 2.- “Definiciones. (...) b) Aislamiento.- Situación de un pueblo indígena, o parte de él, que ocurre cuando éste no ha desarrollado relaciones sociales sostenidas con los demás integrantes de la sociedad nacional o que, habiéndolo hecho, han optado por discontinuarlas. c) Contacto inicial.- Situación de un pueblo indígena, o parte de él, que ocurre cuando éste ha comenzado un proceso de interrelación con los demás integrantes de la sociedad nacional. (...)”

¹⁷ Ley 24656, Ley General de Comunidades Campesinas

Art. 2.- “Las comunidades Campesinas son organizaciones de interés público, con existencia legal y personería jurídica, integrados por familias que habitan y controlan determinados territorios, ligadas por vínculos ancestrales, sociales, económicos y culturales, expresados en la propiedad comunal de la tierra, el trabajo comunal, la ayuda mutua, el gobierno democrático y el desarrollo de actividades multisectoriales, cuyos fines se orientan a la realización plena de sus miembros y del país.”

¹⁸ Decreto Legislativo N° 22175, Ley de Comunidades Nativas y de Desarrollo Agrario de la Selva y de Ceja de Selva

Art. 8.- “Las comunidades nativas tienen origen en los grupos tribales de la Selva y Ceja de Selva y están constituidas por conjuntos de familias vinculadas por los siguientes elementos principales: idioma o dialecto, caracteres culturales y sociales, tenencia y usufructo común y permanente de un mismo territorio, con asentamiento nucleado o disperso.”

¹⁹ Ley 27908, Ley de Rondas Campesinas

²⁰ Ley 27811, Ley que establece el régimen de protección de los conocimientos colectivos de los pueblos indígenas vinculados a los recursos biológicos

Art. 2.- “Definiciones, a) Pueblos indígenas: Son pueblos originarios que tienen derechos anteriores a la formación del Estado peruano, mantienen una cultura propia, un espacio territorial y se autorreconocen como tales. En esto se incluyen a los pueblos en aislamiento voluntario o no contactados, así como a las comunidades campesinas y nativas (...)”

En adelante, usaremos la categoría genérica de pueblos indígenas u originarios para referirnos a todos los sujetos colectivos reconocidos por el Estado peruano y asumimos que les son aplicables los derechos reconocidos por el derecho internacional.

De modo indicativo, no exhaustivo, los derechos de los pueblos indígenas y tribales son aplicables a:

- Pueblos indígenas u originarios,
- Pueblos andinos,
- Pueblos amazónicos,
- Pueblos en aislamiento y contacto inicial,
- Pueblo afroperuano,
- Comunidades campesinas,
- Comunidades nativas y
- Rondas campesinas²¹.

²¹ YRIGOYEN FAJARDO, Raquel (2009): El Convenio Núm. 169 de la OIT y su aplicación en Perú. Lima: Instituto Internacional de Derecho y Sociedad-IIDS. Enero de 2009, p. 3

UNIDAD II

HITOS HISTÓRICOS EN EL RECONOCIMIENTO DEL PLURALISMO JURÍDICO EN LAS AMÉRICAS



Unidad

2

HITOS HISTÓRICOS EN EL RECONOCIMIENTO DEL PLURALISMO JURÍDICO EN LAS AMÉRICAS

Esta unidad contiene una reseña de las políticas indigenistas en los países andinos así como un bosquejo histórico de los diferentes modelos de tratamiento constitucional de los indígenas, en particular considerando el tema del derecho indígena y el pluralismo jurídico.²²

Cabe hablar del *derecho indígena* como un sistema jurídico, tanto desde una perspectiva histórica como comparada, en la medida que el concepto de derecho utilizado no identifique *derecho* con *Estado*, como lo hace el *monismo jurídico*. El *pluralismo jurídico* es una perspectiva teórica que permite reconocer la coexistencia de diversos sistemas jurídicos en un mismo espacio geopolítico; espacio en el que, por ende, se dan múltiples conflictos de interlegalidad.²³

Por ahora, antes que aspirar a un concepto *esencialista* de derecho, me interesa identificar los elementos de los sistemas confrontados que producen los conflictos de interlegalidad. De ahí que me es útil -como categoría operativa- definir al derecho como “un sistema de normas, prácticas, valores, procedimientos y autoridades/instituciones que sirve para regular la vida social, resolver conflictos y

²² Este texto es parte de la tesis doctoral de Yrigoyen Fajardo, Raquel (2005): *Sometimiento Constitucional y Penal de los Indígenas en los Países Andinos en el s. XIX*, Universidad de Barcelona: Facultad de Derecho. Y, también fue publicado en: YRIGOYEN FAJARDO, Raquel. Hitos del Reconocimiento del Pluralismo Jurídico y el Derecho Indígena en las Políticas Indigenistas y el Constitucionalismo Andino. En: Berraondo, Mikel (coordinador): *Pueblos Indígenas y derechos humanos*. Bilbao: Universidad de Deusto, 2006. (pp. 537-567).

²³ Hay una situación de pluralismo jurídico cuando en un mismo espacio social o geopolítico (como el de un Estado) co-existen varios sistemas normativos. Boaventura de Sousa Santos (1994) considera que puede haber muchas fuentes del pluralismo legal: una situación colonial, la presencia de pueblos indígenas, un período revolucionario o de modernización, poblaciones marginales en zonas urbanas de países independientes; así como también situaciones de desregulación al interior del propio Estado, y un pluralismo transnacional (*lex mercatorum*) que imponen las transnacionales por encima de las regulaciones locales. Véase: Santos, Boaventura De Sousa (1987) “Law: A Map of Misreading: Toward a Postmodern Conception of Law”, 14 *Journal of Law and Society* 279; (1991): *Estado, Derecho y Luchas Sociales*. Bogotá: ILSA (p.63 y ss); (1994) “Entrevista a Boaventura de Sousa Santos” por Raquel Yrigoyen. En: *Desfatiendo Entuertos*, N° 3-4 (pp. 27-31); (1995): *Towards a New Common Sense: Law, Science and Politics in the Paradigmatic Transition*. Nueva York: Rutledge; y (1998): *La Globalización del derecho. Los nuevos caminos de la regulación y la emancipación*. Bogotá: ILSA y Universidad Nacional de Colombia. También véase: Bohannan, Paul (1964): “La antropología y la ley”, en *Antropología una nueva visión*. Cali: Editorial Nosma; y Gluckman, Max (1978): *Política, derecho y ritual en la sociedad tribal*. Madrid: Akal. Para una síntesis actualizada de los aportes de la antropología jurídica, véase: Krtoz, Esteban (2002): *Antropología Jurídica: perspectivas socioculturales en el estudio del derecho*. Barcelona: Antrhops, y Sánchez, Esther (2004): *Derechos propios. Ejercicio legal de la jurisdicción especial indígena en Colombia*. Bogotá: Procuraduría General de la Nación, (pp. 17-45).

organizar el orden, así como las reglas para cambiar las reglas; que tiene legitimidad y eficacia para determinado colectivo, en cierto contexto socio-cultural e histórico”.

Esta categoría me sirve como herramienta de estudio comparado y diacrónico. Y, sin asumir que en tales elementos se agota la definición del derecho de los pueblos indígenas o colectivos no estatales, tal categoría me permite identificar dónde se encuentran las claves del sometimiento del derecho estatal respecto de los sistemas indígenas o campesinos. Y, por lo tanto también, las resistencias y demandas de reconocimiento.

Definición operativa de *derecho*

| Contenido | Funciones | Contextualización |
|--|--|---|
| Sistema de <ul style="list-style-type: none"> - Normas, - Valores o principios (retórica) - Procedimientos y prácticas, - Autoridades, instituciones - y Reglas para cambiar las reglas | Que sirve para <ul style="list-style-type: none"> - Regular la vida social, - Resolver conflictos, - Organizar el orden público | Que tiene cierto grado de <ul style="list-style-type: none"> - Legitimidad y - Eficacia para determinado colectivo, en cierto contexto socio-cultural e histórico |

1. LAS POLÍTICAS INDIGENISTAS EN LOS PAÍSES ANDINOS

Antes de analizar los modelos constitucionales, me parece pertinente dar un marco general sobre las políticas indigenistas andinas en las cuales tales modelos constitucionales se encuadran. Marzal, de quien tomo en parte su tipología sobre Perú y México, define las políticas indigenistas como los diferentes “proyecto[s] de los vencedores para integrar a los vencidos dentro de la sociedad que nace después de la conquista.”²⁴ Dichas políticas difieren de acuerdo al grado de autonomía o sometimiento en el que se encuentren las sociedades indígenas respecto de la sociedad dominante. *Grosso modo*, creo que cabe agruparlas en tres modelos, que siguen rutas históricas diferenciadas: a) Naciones indígenas colonizadas en el s. XVI, b) Naciones Indígenas no sometidas con las que la Corona firmó tratados, y c) Naciones indígenas no colonizadas a donde la Corona enviaba misioneros.²⁵

²⁴ Marzal, Manuel (1986): *Historia de la Antropología indigenista: México y Perú*. Lima: PUCP, 1986, p. 43.

²⁵ Véase un mayor desarrollo en: Yrigoyen Fajardo, Raquel (2001): “Políticas históricas de relación estado-pueblos indígenas en los países andinos, nuevo constitucionalismo y posibles acuerdos constructivos” en: *Curso de Verano Tratados y otros acuerdos constructivos entre estados y pueblos indígenas*. Sevilla Universidad Internacional de Andalucía.

Como tendencia general, los españoles se asentaron más fácilmente sobre dominios que ya pertenecían o habían sido conquistados por los Incas, como ocurrió también en Mesoamérica, con territorio que fuera de Aztecas y Mayas. Tales naciones indígenas fueron sometidas y reducidas en *pueblos de indios*. Pero las naciones indígenas que no habían conquistadas por los Incas tampoco lo fueron por los españoles, y tuvieron un desenlace histórico distinto. En el caso de los pueblos del Sur como los Mapuche, Pehuenque, Ranqueles, entre otros, ante la imposibilidad de su sometimiento militar, la Corona española decidió firmar tratados y parlamentos para mantener relaciones de paz y comercio durante todo el período colonial, a partir de 1610 en adelante.²⁶ Estos pueblos nunca fueron sometidos a servidumbre personal ni a la *mita*. En el caso de los pueblos ubicados en las selvas (Amazonía, Orinoco, Guajira), la Corona mandó misioneros, y la colonización de la misma se produjo propiamente en el s. XIX. De estas tres situaciones se derivan, políticas indigenistas diferenciadas.

1.1. Naciones indígenas colonizadas

Marzal estudia los casos de Perú y México y alude a las políticas desarrolladas por los estados respecto de los indígenas que lograron ser sometidos y colonizados, y por ende, convertidos en *indios*. En gran modo, es semejante lo ocurrido en los demás países Centroandinos en tanto formaban parte de la misma unidad histórico-política. Según Marzal, ha habido tres grandes proyectos políticos organizados desde el poder/ los gobiernos respecto de los pueblos indígenas.²⁷ De mi parte, introduzco unas variantes al esquema de Marzal, y añado un par de modelos.²⁸ Uno al inicio y otro al final. De este modo, anoto cinco momentos o políticas respecto de los pueblos colonizados.

(1) Históricamente, aparece primero el proyecto de ocupación y sometimiento de naciones originarias en el siglo XVI. Tal se implementa a través de la ocupación político-militar de los pueblos pre-colombinos, lo que implicó la desestructuración del

²⁶ Fernández Sonia (2001): *Naciones Indígenas. Análisis histórico y constitucional de los casos de Argentina y Chile*, en www.Alertanet.org (Foro II). De esta autora tomo valiosa información sobre los pueblos no sometidos de Chile y Argentina. Sobre Argentina también me valgo del trabajo de Briones y Carrasco (2000) y Levaggi (2001). Y sobre Chile, de Aylwin (1999, 2001 y 2002), Bengoa (2001), Lincocqueo (2000), Lillo (2000) y Namuncurá (2001).

²⁷ Según Marzal hay 3 políticas seguidas por los estados: 1) el *indigenismo colonial* cuyo proyecto político es *segregar* y “conservar” a las sociedades y culturas indígenas como tales bajo el control (defensa-explotación) de la sociedad dominante; 2) el *indigenismo republicano* cuyo proyecto político es “*asimilar*” a los indígenas a la sociedad nacional para formar una nación mestiza; y 3) el *indigenismo moderno*, de mediados del siglo XX, que tiene como proyecto político *integrar* a los indígenas a la sociedad nacional pero conservando ciertas peculiaridades culturales propias.

²⁸ Utilizo la categoría de “modelos” en el sentido de los *tipos ideales* de Weber (Weber, Max (1974): *Economía y Sociedad. Esbozo de sociología comprensiva*. México: Fondo de Cultura Económica). Es decir de construcciones teóricas basadas en la relevancia de determinados aspectos. Por lo tanto, esta taxonomía plantea *modelos* que más o menos corresponden con un momento histórico, pero no significa que sean cerrados, pues en cada momento se aprecian elementos de modelos previos y la emergencia de rasgos que caracterizarán modelos posteriores.

Tawantinsuyo (el llamado “Imperio de los Incas”) y el sometimiento de los pueblos y señoríos que lo componían, así como el de otros pueblos vecinos. El sometimiento de los pueblos originarios a partir de la invasión hispana constituye el hecho fundacional de la condición indígena posterior.

(2) Le sigue el proyecto de subordinación política y segregación colonial. El Derecho Indiano establece un régimen de separación física y diferenciación legal que se implementa desde el siglo XVI hasta inicios del XIX. Los indígenas fueron reducidos en *pueblos de indios*, y sujetos a cargas coloniales (tributo, trabajo forzoso, penas especiales), bajo régimen legal diferenciado. La Corona establecía protección de sus tierras, frente a los colonos. Dentro de los *pueblos de indios* regía un sistema de gobierno indirecto, dado que el Derecho Indiano permitía la existencia de autoridades indígenas (curacas y alcaldes), y pluralismo legal subordinado, esto es, el fuero indígena y la aplicación de sus “usos y costumbres” –en tanto no contradijeran la religión o las leyes-. Según las Leyes de Indias, los alcaldes de *pueblos de indios* así como los curacas o caciques tenían jurisdicción civil y criminal, pero sólo para pleitos entre *indios* en casos que no ameritaban pena grave. Los casos graves pasaban al corregidor español y las audiencias. Cuando los indígenas eran sometidos a las audiencias, entonces se les aplicaba un régimen diferenciado, bajo las reglas del derecho castellano medieval correspondientes a los rústicos, miserables y menores. Esto es, procedimientos simplificados, aplicación de usos y costumbres, exoneración de costas procesales, y presencia de defensores y procuradores.²⁹

(3) Luego de la Independencia aparece el proyecto asimilacionista de inicios de la República. Tal dura desde el s. XIX hasta bien entrado el s. XX. Su objetivo es convertir a los *indios* en ciudadanos, mediante el levantamiento de sus cargas coloniales (tributo, mita), y la desaparición de sus protecciones colectivas (tierras, autoridades, fuero, usos y costumbres, idioma, etc.).

(4) Posteriormente, aparece el proyecto integracionista de mediados del s. XX, que reconoce ciertos derechos colectivos y especificidades indígenas, pero sin renunciar al modelo de Estado-nación ni al monismo legal. Y,

(5) Finalmente, aparece el *horizonte pluralista* a finales del s. XX e inicios del s. XXI, gracias a reformas constitucionales y, la ratificación del Convenio 169 de la OIT. Dichas constituciones reconocen el carácter pluricultural del Estado/nación, los pueblos indígenas, y el pluralismo legal.

²⁹ Véase: Clavero, Bartolomé (1994): *Derecho Indígena y cultura constitucional en América*. México: Siglo XXI Editores.

1.2. Los pueblos no sometidos con los que la Corona firmó tratados

Aquí la ruta histórica es diferente.

(1) En el s. XVI estos pueblos no pudieron ser conquistados militarmente, por lo que no fueron sometidos ni colonizados.

(2) Entre el s. XVII y fines del XVIII, mientras los otros pueblos del núcleo colonial eran reducidos y sufrían las cargas coloniales, los no conquistados firmaron tratados o parlamentos con la Corona, aunque siempre mantuvieron una relación tensa.

(3) Después de la Independencia, a mediados del s. XIX, los nuevos estados de Chile y Argentina desconocieron los tratados y parlamentos firmados entre la Corona y los pueblos originarios, e iniciaron una campaña de ocupación militar y exterminio, lo que no ocurrió en el s. XVI.³⁰ Así, fueron despojados de su territorio y reducidos en espacios segregados, como en la era colonial.³¹ Por el contrario, en lo que fue el núcleo colonial Centroandino, se aplicaban políticas de asimilación, esto es, de desaparición de las reducciones coloniales. En las reducciones, misiones, colonias o mercedes indígenas de la era republicana, Argentina y Chile permiten una suerte de pluralismo jurídico subordinado, esto es, autoridades y costumbres indígenas de modo limitado.

(4) Después de la segunda década del s. XX, mientras los estados Centroandinos empiezan a reconocer derechos colectivos y a elaborar discursos de integración indígena, Chile inicia una política de asimilación mediante leyes que buscan disolver las reducciones indígenas. Argentina mantuvo un modelo de constitución asimilacionista-misionera entre 1853 y 1994.³²

(5) Chile y Argentina ensayan algunas políticas integracionistas limitadas. En Chile, luego de las políticas de exterminio, reducciones y privatización de tierras del siglo XIX, se ensayaron políticas de orientación “campesinista” en los setentas, incluyendo una reforma agraria y entrega de tierras a los mapuches, en tanto campesinos; proceso fue revertido por el gobierno de Pinochet.³³

(6) La apertura limitada al pluralismo. Argentina cambia la Constitución asimilacionista de 1853 en 1994, fecha en la que por primera vez en la historia constitucional reconoce la preexistencia de los pueblos indígenas, y un conjunto de derechos, aunque con limitaciones. Y en el 2000 hace el depósito internacional del

³⁰ Los expertos calculan que la llamada Campaña de Pacificación de la Araucanía en Chile y la Conquista del Desierto en Argentina exterminaron más de 300,000 indígenas (Fernández 2001).

³¹ Estas políticas despojaron del 95% de sus tierras a los mapuche (Aylwin 2002).

³² En Argentina la población indígena constituye apenas el 1% del total mientras que en Chile bordea el 8%, con aproximadamente un millón de personas.

³³ Namuncurá (2001) y Aylwin (2001).

Convenio 169 de la OIT. En Chile, Con la llegada de la democracia se reivindican los derechos indígenas, pero su reconocimiento todavía queda en un nivel infraconstitucional (mediante ley de 1993), siendo Chile el único país andino que no ha logrado constitucionalizar los derechos indígenas ni ratificar el Convenio 169 de la OIT. Los intentos frustrados de reforma constitucional, el último el 18 de mayo de 2005, reflejan todavía una vocación integracionista, bajo la ideología del Estado-nación y el monismo jurídico.

1.3. Naciones no colonizadas a donde la Corona envió misioneros

Se trata de las regiones de la Amazonía, el Orinoco, la Guajira.

(1) En el s. XVI los españoles enviaron misioneros dado que no era efectivo el envío de conquistadores, pues los indígenas se internaban selva adentro. La Iglesia logró hacer ensayos autonómicos sin presencia de encomenderos (como las misiones de los Jesuitas en Maynas o entre los Guaraní; los dominicos en las Verapaces de Guatemala; o los pueblos-hospitales de Vasco de Quiroga en México). Estas misiones a su vez permitían el control de fronteras. Esta política se mantuvo durante toda la Colonia. En los espacios autonómicos indígenas controlados por los misioneros había una suerte de pluralismo jurídico subordinado en tanto se permitía un cierto nivel de autoridad indígena y la vigencia de algunas de sus normas y costumbres, mientras fueran acordes con el modelo misionero.

(2) Después de la Independencia los estados republicanos adoptan como política de Estado, nuevamente, el envío de misioneros para la conversión y civilización de “salvajes”. A diferencia de la era colonial, en que las misiones eran un freno a los colonos, en era republicana, las misiones son la punta de lanza para la entrada de colonos y militares. Van juntos “la cruz, el arado y el fusil”,³⁴ lo que permite ampliar la frontera agrícola interna y asegurar la externa. Colombia y Venezuela establecen territorios y regímenes especiales, y fuero eclesial para indígenas *salvajes* que dura hasta casi finales del s. XX. Perú, Ecuador y Bolivia establecen el envío de misioneros y la colonización de los “Orientes” mediante abundante legislación secundaria. El s. XIX es la era de la penetración colonizadora en la Amazonía, mediante actividades extractivas (caucho, petróleo, café, etc.).

(3) Integracionismo. Perú, Ecuador y Bolivia establecen políticas integracionistas y *campesinistas* en lo social a partir de la tercera década del s. XX, mientras todavía mantienen políticas de colonización. En lo penal, los códigos empiezan a incorporar dicha población, al contemplar reglas especiales para *salvajes* o *inimputables*, pero expresan un proyecto asimilacionista. En Venezuela,

³⁴ García, Pilar (2001): *Cruz y arado, fusiles y discursos. La construcción de los Orientes en el Perú y Bolivia 1820-1940*. Lima: IEP.

las Constituciones de la segunda mitad del s. XX mantienen políticas de regulación especial, pero ya no bajo el discurso misionero-civilizador, sino integracionista.

(5) Con la llegada del pluralismo, Colombia y Venezuela, enlazan -casi sin solución de continuidad- directamente el paso de los regímenes especiales del modelo segregacionista de carácter civilizador a los nuevos regímenes constitucionales autonómicos de corte pluralista.

Cuadro síntesis de las políticas indigenistas

| Casos/ Períodos | PUEBLOS SOMETIDOS EN EL S. XVI | PUEBLOS NO SOMETIDOS EN EL S. XVI | |
|---|---|--|---|
| 1. Sometimiento (S. XV-XVI) | <p>-Ocupación militar y política.</p> <p>-Guerras de conquistas contra los pueblos originarios.</p> <p>-Desestructuración militar y política de la cabeza del Tawantinsuyo (mega-estado Inca), y sometimiento de los pueblos que lo conformaban. (Igual en el caso de otras grandes confederaciones o estados: Aztecas, Mayas).</p> <p>-Debate sobre las <i>Justas Causas</i> de las guerras contra los indios: <i>Teoría de la servidumbre Natural</i>.</p> | <p>-Pueblos no conquistados por los Incas ni españoles:</p> <p>Pueblos del Sur: mapuches, pehuenques, renqueles y otros (ahora Argentina y Chile).</p> | <p>Pueblos no colonizados:</p> <p>Pueblos de la Amazonía y el Orinoco</p> |
| 2. Colonia (S. XVI- Inicios S. XVIII): | <p>-Segregación, gobierno indirecto y pluralismo subordinado</p> <p>-Instalación de gobierno colonial. Virreinato del Perú.</p> <p>-Subordinación política y explotación económica de los pueblos sometidos.</p> <p>-Sometimiento e incorporación al sistema colonial: indios <i>vasallos</i> de la Corona.</p> <p>-Dualismo legal Subordinado: dos regímenes jurídicos diferenciados.</p> <p>-Segregación física de <i>pueblos de indios</i> para facilitar tributo, mita y evangelización.</p> <p>-Gobierno indirecto (autoridades indígenas) y pluralismo subordinado: fuero indígena para casos menores y "<i>Usos y costumbres</i>" limitados.</p> <p>-Justificación: "<i>ideología de la inferioridad natural de los indios</i>"</p> | <p>Tratados</p> <p>a) Sur: Conflicto en las fronteras de núcleos coloniales establecidos con pueblos no sometidos.</p> <p>-Firma de Tratados y Parlamentos entre Corona Española y pueblos no conquistados del Sur.</p> <p>-Estos pueblos no fueron sometidos a servidumbre personal, tributo ni mita.</p> | <p>Misiones</p> <p>b) Amazonía Y selvas del Orinoco y la Guajira:</p> <p>Envío de misioneros (no se firmaron tratados ni parlamentos).</p> <p>-En algunos casos se hicieron experimentos semi-autonómicos (como con los Guaraní).</p> |

| | | | |
|---|---|---|---|
| <p>Independencia (Siglo XIX):</p> | <p>-Asimilación</p> <p>-Independencia: liderada por criollos.</p> <p>-Nuevas repúblicas: idea del Estado-nación (un pueblo, un idioma, una cultura, una religión).</p> <p>-Estado-derecho: monismo legal. Un solo sistema jurídico para todos. Abolición de regímenes legales diferenciados</p> <p>-Sólo el Estado produce derecho y monopoliza la violencia legítima.</p> <p>Fin de gobierno indirecto y pluralismo subordinado</p> <p>-Objetivo: desaparición de culturas indígenas, mediante la <i>conversión de indios en ciudadanos</i>: asimilación de los indios a la nueva nación mestiza.</p> <p>-Modelo individualista de derechos: desconocimiento de protecciones colectivas a indígenas (tierras, idiomas, etc.).</p> | <p>Guerra: despojo territorial y sometimiento</p> <p>a) Desconocimiento de tratados y parlamentos por los nuevos estados de Chile y Argentina, que se reparten territorio de pueblos no sometidos.</p> <p>-Campañas militares de ocupación y exterminio por Chile y Argentina</p> <p>- Despojo territorial, reducciones</p> | <p>Misiones y reducción para conversión y civilización de salvajes</p> <p>b) Pueblos de la Amazonía, Guajira, Orinoco:</p> <p>-Política misionera como política de Estado.</p> <p>- Colonización y penetración extractivo-mercantil para expansión de frontera interna y protección de la externa.</p> |
| <p>República: (Siglo XX)</p> | <p>Integracionismo</p> <p>-Reconocimiento de sujetos y derechos colectivos, pero como minorías.</p> <p>-Reconocimiento de ciertos derechos culturales y socio-económicos.</p> <p>-“Problema indígena”: marginación, pobreza.</p> <p>-Proyecto: integrar a los colectivos indígenas al mercado y Estado.</p> <p>-Acciones: Institutos Indigenistas, reforma agraria, cooperativismo, <i>campesinización</i>.</p> <p>-Reconocimiento de derechos indígenas no debe afectar políticas de integración, ni unidad territorial</p> <p>-Se mantiene monismo jurídico.</p> <p>-Convenio 107 OIT: reconocimiento de derechos dentro de marco integracionista/ asimilacionista.</p> | <p>Asimilación.</p> <p>a)Pueblos del Sur:</p> <p>-Constitución Argentina de 1853 hasta 1994: Modelo <i>civilizador</i>.</p> <p>-Chile: Silencio constitucional sobre indígena, pero política de asimilación vía leyes</p> <p>Integracionismo limitado: 60’s: reforma agraria y entrega de tierras, <i>campesinización</i> (proceso revertido por Pinochet).</p> | <p>Siguen políticas de colonización</p> <p>b) Amazonía: penetración extractivo-mercantil</p> <p>- Se mantienen regímenes especiales bajo fuero eclesial en Colombia y Venezuela</p> <p>- Perú: reconocimiento de potestades jurisdiccionales para casos menores (1974)</p> |
| <p>Última Década S. XX- Inicios S. XXI</p> | <p>Horizonte Pluralista</p> <p>-Convenio 169 OIT: superación de asimilacionismo e integracionismo. Propone que pueblos indígenas controlen sus propias instituciones dentro de los Estados en los que viven.</p> | <p>Reconocimientos limitados (línea integracionista) y demandas pluralistas</p> <p>-Argentina:</p> | <p>Se extiende el modelo pluralista a los pueblos a los que antes se aplicaba políticas especiales de corte segregacionista.</p> |

| | | | |
|--|--|--|--|
| | <p>-Reformas constitucionales: Colombia (1991), Perú (1993), Bolivia (1994), Ecuador (1998), Venezuela (1999), que incluyen:</p> <p>-Reconocimiento del carácter Pluricultural de la Nación/ Estado/ República.</p> <p>-Reconocimiento de Pueblos Indígenas.</p> <p>-Reconocimiento del pluralismo legal: Derecho Indígena y jurisdicción especial/ justicia.</p> <p>-Aún hay tensiones, contradicciones y deficiencias pero se abre perspectiva pluralista.</p> | <p>Reconocimiento constitucional limitado (1994).</p> <p>-Ratificación del Convenio 169 (2000).</p> <p>-Chile: Reconocimiento infra-constitucional de derechos indígenas (ley de 1993).</p> <p>-No ratificación del Convenio 169.</p> <p>-Conflicto con Pueblo Mapuche</p> | <p>Se da continuidad a la legislación especial.</p> <p>Se mantienen políticas extractivas y por ende de conflicto.</p> |
|--|--|--|--|

2. MODELOS CONSTITUCIONALES

2.1. Constitucionalismo liberal y sometimiento indígena

De la revisión de las constituciones americanas³⁵ postulo que las mismas adoptan tres modelos de tratamiento indígena en el marco del constitucionalismo liberal. El constitucionalismo liberal se caracteriza por el establecimiento del sistema institucional democrático y garantías liberales de corte estrictamente individualista.³⁶ Tales modelos de tratamiento indígena son bosquejados en las primeras constituciones históricas de las Américas, más la Carta de Cádiz de 1812. Tienen como objetivo el sometimiento indígena, esto es, el despojo de sus territorios, el aseguramiento de su subordinación política, y su anulación cultural. Las modalidades específicas de sometimiento constitucional indígena responden al grado de sujeción o autonomía indígena precedente.

Las tres modalidades de sometimiento indígena en el marco del constitucionalismo liberal son las siguientes:

³⁵ Además de mi propia búsqueda, he aprovechado la selección de textos constitucionales de Clavero, Bartolomé: Clavero, (2004): *Pronunciamentos indígenas de las Constituciones Americanas*, en www.Alertanet.org/constitucion-indigenas.htm. y Barié, Cletus Gregor (2003): *Pueblos indígenas y derechos constitucionales en América Latina: un panorama*. 2a ed. Bolivia: Instituto Indigenista Interamericano, Comisión Nacional para el Desarrollo de los Pueblos Indígenas y Editorial Abya-Yala. Cito los textos de las Constituciones de Iberoamérica de: <http://cervantesvirtual.com/porta/constituciones/constituciones.shtml>.

³⁶ En las constituciones andinas, el marco liberal no siempre es consistente, por estar en pugna con el conservadurismo, enclavado en las estructuras heredadas de la Colonia.

a) Modelo segregacionista colonial de tutela federal de naciones domésticas.

El primer modelo de tratamiento constitucional de los indígenas en las Américas aparece ya con la Constitución de los Estados Unidos (EEUU) de 1787. Las provisiones de esta Constitución están destinadas a la domesticación de las *naciones indias* no sometidas, con las que la Corona Inglesa –previamente- y la Unión –luego- habían firmado tratados, como los que firmaban con naciones extranjeras. El desarrollo del modelo derivará en un formato segregacionista-colonial de tutela federal de “naciones domésticas”, uso de guerra –por fuera de las reglas de guerra-, reducción física y subordinación política, con regímenes diferenciados; establecimiento de *territorios* sin soberanía estadual, pluralismo jurídico subordinado y limitado, y suspensión constitucional de ciudadanía para los indígenas no tributarios.

b) El modelo propiamente liberal-asimilacionista.

El segundo modelo, de corte liberal asimilacionista, es diseñado por la primera constitución de la Hispanoamérica Independiente, la Constitución de Venezuela de 1811. Este modelo se dirige a los indígenas ya sometidos y reducidos en *pueblos de indios* durante la era colonial. Busca dar fin al régimen diferenciado y al remanente de autoridad colectiva indígena que el sistema de gobierno indirecto y pluralismo subordinado de la Colonia permitían. En el marco de la ideología individualista liberal los estados republicanos proscriben las comunidades indígenas y toda forma corporativa. Bajo tal ideología liberal se pregonaba la conversión de *indios* en ciudadanos iguales ante la ley, lo que se traduce en levantamiento constitucional de las cargas coloniales de los indios (mita y servicio personal). La otra cara de la moneda es el levantamiento de las protecciones colectivas que existían en era colonial y protegían a los indígenas frente al avance de los criollos, como la inalienabilidad de tierras colectivas indígenas. El constitucionalismo liberal busca desaparecer los elementos de cohesión colectiva, y de reproducción material, política y cultural de los pueblos indígenas, y así prevenir posibles levantamientos, como ocurrió a fines de la era colonial. Bajo la ideología del Estado-nación y el monismo legal, las constituciones sancionan un solo idioma, cultura, religión y ley para todos los ciudadanos, buscando la *asimilación* de los indígenas a dicho patrón general. Quedan proscritos el fuero, autoridades, y normas indígenas, así como sus idiomas y cultura.

c) El modelo constitucional misionero-civilizador.

El tercer modelo se desprende de las constituciones de Nueva Granada (Colombia) de 1811 y de Cádiz de 1812, todavía bajo esquema monárquico. Contiene un programa **Misionero-civilizador** de conversión y *civilización* de *indios*

infieles/incivilizados, bajo **tutela eclesial** o estatal. Este modelo está destinado al sometimiento de las naciones indígenas aún no colonizadas, buscando la sedentarización de las mismas en misiones o reducciones. Con ello, los nuevos estados buscan ganar territorio para ampliar la frontera agrícola interna con la presencia de colonos, y asegurar la frontera externa. El constitucionalismo misionero-civilizador utiliza los medios del segregacionismo colonial (segregación territorial, régimen legal especial, tutela eclesial y administrativa, gobierno indirecto, pluralismo subordinado), bajo suspensión transitoria de ciudadanía. Su objetivo explícito no es el de mantener a los indígenas segregados, sino de “civilizarlos”, a fin de que posteriormente se sometan a la ley general. Sin embargo, esta modalidad segregacionista tutelar tenderá a perpetuarse.

En el s. XIX, los nuevos estados andinos, y latinoamericanos en general, adoptan estos tres paradigmas de sometimiento constitucional de los indígenas, de modo directo o mixto, así como sucesivo, de acuerdo a la condición indígena precedente. La aplicación de tales modelos a las diversas realidades indígenas heredadas de la era colonial (naciones sometidas y reducidas en “pueblos de indios”, naciones no sometidas con las que se firmaron tratados, y naciones no colonizadas) dará lugar a políticas indigenistas diferenciadas.

Estas modalidades de sometimiento constitucional indígena mantendrán su vigencia durante todo el s. XIX y hasta entrado el s. XX, cuando aparezca el constitucionalismo social.

Cuadro de los modelos de sometimiento constitucional del indígena s. XVIII- XIX

| Modelos | Modelo Segregacionista-colonial de Tutela Federal de <i>naciones domésticas</i> | Modelo Liberal-Asimilacionista: conversión de <i>indios</i> en <i>ciudadanos</i> | Modelo Misionero-civilizador: Tutela Eclesial o adm. de <i>salvajes</i> para su civilización |
|-----------------------|--|--|--|
| Paradigma | EEUU 1787 | Venezuela 1811 | Nueva Granada 1811 y Cádiz 1812 |
| Sujetos destinatarios | -Naciones indígenas no sometidas -Habían celebrado tratados de paz, comercio y fronteras con Coronas. -Gozaban de soberanía y | - Indígenas colonizados y reducidos en “ <i>pueblos de indios</i> ” -Sufrían cargas coloniales: tributo, trabajo forzado, azote | -Pueblos indígenas no colonizados por difícil acceso para el conquistador (selvas, desiertos). -Gozaban de |

| | | | |
|--|--|--|---|
| | control territorial | -Gozaban de: autogobierno limitado, fuero propio y territorio | soberanía |
| Objetivos | <ol style="list-style-type: none"> 1. Domesticar naciones indígenas autónomas sometiéndolas a tutela del Congreso Federal 2. Incorporar territorios indígenas a la Unión 3. Mantener <i>indios</i> segregados pero subordinados | <ol style="list-style-type: none"> 1. Promesa liberal: “Convertir <i>indios</i> en <i>ciudadanos</i>”: levantar cargas coloniales, intitularlos de derechos 2. Desmontar <i>pueblos de indios</i> (tierras, gobierno, fuero) y 3. Extender la ley general | <ol style="list-style-type: none"> 1. “Civilizar y evangelizar salvajes” para someterlos a ley general 2. Colonizar: Incorporar nuevos territorios, y 3. Proteger fronteras |
| Medios | <ol style="list-style-type: none"> 1. Tutela federal y regulación especial 2. Trato pacífico y comercio 3. Guerra ante “invasiones” 4. “Territorios” segregados pero sin soberanía. 5. Interno: gobierno Indirecto y fuero indígena subordinado 6. Suspensión de ciudadanía y ders. constitucionales | <ol style="list-style-type: none"> 1. Eliminación de cargas coloniales 2. Disolución de tierras colectivas, fueros y gobierno propio 3. Sujeción a ley general 4. Programas de asimilación cultural o “desindianización” 5. Intitulación de ciudadanía individual | <ol style="list-style-type: none"> 1. Régimen especial “temporal” bajo tutela eclesial o estatal 2. Trato pacífico, misiones, comercio. 3. Fuerza ante “hostilidades” 4. Colonización y reducciones 5. Fuero indígena subordinado 6. Suspensión de ciudadanía |
| Control punitivo | <ol style="list-style-type: none"> 1. Guerra ante resistencia al sometimiento 2. Jurisdicción federal para crímenes mayores 3. Gobierno interno y fuero indígena para casos menores | <ol style="list-style-type: none"> 1. Aplicación de leyes generales (Código Penal) y jueces ordinarios (formal) 2. En la práctica: control por otras vías (propias comunidades indígenas, Haciendas, Ejército) | <ol style="list-style-type: none"> 1. Régimen especial bajo tutela eclesial o estatal 2. Pluralismo interno subordinado 3. Uso de fuerza ante “hostilidades” |
| Difusión del modelo entre países andinos (PA) | Instituciones específicas: 1) Exclusividad del Congreso [de la Unión] sobre indígenas (Arg. Venezuela, Colombia, Perú, Chile), 2) <i>Territorios</i> (Col., Ven.), 3) Exclusión de ciudadanía (Col., Ve.), 4) Guerra, (Argentina, Chile) | -Todos los Países Andinos (PA) aplican este modelo como regla general para indígenas ya colonizados (aún bajo silencio constitucional sobre indígenas) | -Componente “civilizador”: Lo aplican los P. A. con pueblos no sometidos: Chile, Arg., Col., Ven., Ecu., Perú. (Bolivia, bajo silencio const.) Chile: no aplica componente eclesial |
| Otros | México, Centro América, Canadá, Brasil | Regla general aún bajo silencio constitucional | Paraguay, Honduras, Panamá |

2.2. El Constitucionalismo Social en el s. XX y el indigenismo integracionista

Con la emergencia del constitucionalismo social en Latinoamérica, a partir de la Constitución de México de 1917, se introducen los derechos sociales y colectivos, que cuestionan las limitaciones del modelo liberal precedente.³⁷ Ello, por lo menos, tiene tres implicaciones. Primera. A diferencia del carácter fundamentalmente abstencionista que el modelo liberal clásico diseñaba como papel del Estado, los derechos de carácter social -como los relacionados al trabajo, la educación, la salud, la vivienda, las prestaciones sociales- obligan al Estado a formas de intervención en la vida económica y social, incluyendo políticas públicas proactivas, así como el establecimiento de limitaciones a la libertad contractual y al derecho de propiedad, asignando a éste una función social. Segunda. A diferencia de la interpretación liberal formal del principio de igualdad ante la ley, el constitucionalismo social asume una interpretación sustantiva del derecho a la igualdad teniendo en cuenta las condiciones materiales para que la misma se haga efectiva, por lo que asume un papel protector o tutelar de sectores o grupos sociales vulnerables -trabajadores, campesinos, madres- lo que posibilita el desarrollo de normas tutelares de carácter especial o diferenciado. Tercera. Superando la proscripción de sujetos corporativos que hacía el constitucionalismo liberal individualista, la introducción de derechos colectivos supone el reconocimiento y protección de entes colectivos -como sindicatos, cooperativas, comunidades-, y no sólo de individuos. De ese modo, el constitucionalismo social posibilita el reconocimiento legal del sujeto colectivo indígena, derechos específicos o especiales de carácter protector, y el desarrollo de políticas proactivas o intervencionistas del Estado en favor de derechos sociales de la población indígena. Este es el contexto de aparición del *indigenismo integracionista*.

³⁷ Hay una vasta literatura sobre los aportes del constitucionalismo social mexicano y sobre el constitucionalismo social en general, que no es materia de esta tesis. Sólo me referiré a su impacto en materia indígena. Véase, entre otros: Sayeg Helú, Jorge (1991): *El Constitucionalismo social mexicano. La integración constitucional de México (1808-1988)*. México: Fondo de Cultura Económica; Kurezyn Villalobos, Patricia (1998): “[El constitucionalismo social frente a la reforma en el derecho del trabajo en México](http://www.juridicas.unam.mx/publica/rev/boletin/cont/92/art/art5.htm)” en: *Boletín Mexicano de Derecho Comparado*, Nueva Serie Año XXXI, Número 92 Mayo-Agosto 1998 (disponible en <http://www.juridicas.unam.mx/publica/rev/boletin/cont/92/art/art5.htm>); Pisarello, Gerardo (1998): “[Los derechos sociales en el constitucionalismo democrático](http://www.juridicas.unam.mx/publica/rev/boletin/cont/92/art/art7.htm)” en: *Boletín Mexicano de Derecho Comparado*, Nueva Serie Año XXXI, Número 92 Mayo-Agosto 1998 (disponible en <http://www.juridicas.unam.mx/publica/rev/boletin/cont/92/art/art7.htm>); Torre Villar, Ernesto de la y Jorge Mario García Laguardia (1976): *Desarrollo histórico del constitucionalismo hispanoamericano*. México: UNAM, Instituto de Investigaciones Jurídicas.

En palabras de Marzal, el *integracionismo*, como proyecto político, busca superar la negación del indígena del modelo *asimilacionista* y reconoce ciertas especificidades indígenas con el objetivo político de integrar a los indígenas al Estado y el mercado.³⁸ El constitucionalismo integracionista responde de modo explícito a las limitaciones del modelo liberal asimilacionista del s. XIX, y se extenderá desde la segunda década del s. XX hasta los ochenta. En la última década del s. XX hará su aparición el indigenismo pluralista.

El constitucionalismo social define el “problema indígena” como un asunto de marginalidad socio-económica producida por la concentración de la tierra por la Oligarquía, la servidumbre indígena y la falta de desarrollo agrícola. Los derechos sociales y colectivos que introduce el constitucionalismo social buscan cambiar la situación de los indígenas a los que en el siglo precedente se les aplicara el modelo liberal individualista de disolución de sus entidades jurídicas colectivas, tierras, idiomas, costumbres, autoridades. Queda claro a los legisladores que el desmontaje de las protecciones colectivas que la Colonia daba a las comunidades indígenas no produjo prósperos agricultores sino despojo territorial a favor de hacendados, servidumbre indígena, miseria generalizada y marginación social; lo que las nuevas políticas sociales buscan paliar. He ahí que las constituciones se preocupan por el reconocimiento de entidades colectivas y tierras; el fin de la servidumbre, y el establecimiento de diversas protecciones, con un propósito de integración y desarrollo.

En el marco del constitucionalismo social, el indigenismo integracionista reconoce derechos indígenas específicos que dan paso a nuevas políticas públicas. En primer lugar, los estados Centroandinos de Perú, Bolivia y Ecuador reconocen constitucionalmente entes colectivos como comunidades indígenas y campesinas, sindicatos campesinos, cooperativas y otras formas de organización colectiva indígena.³⁹ En segundo lugar, las constituciones establecen protecciones frente al abuso en el trabajo, buscando proscribir la servidumbre indígena, y dan un papel activo al Estado con relación a la educación, la salud y la integración de los indígenas al mercado y el Estado. En tercer lugar, las constituciones reconocen tierras colectivas, incluso restaurando el carácter inalienable que tenían en la Colonia. Aquí destacan las políticas de reforma

³⁸ Marzal, 1986.

³⁹ Ello permite una lenta superación del concepto de “raza indígena” con el que se calificaba a los colectivos indígenas luego del abandono de las categorías de *república de indios*, *pueblos de indios*, o *naciones de indios*, que se utilizaban en era colonial y que en tiempos constitucionales podían colisionar de algún modo con la idea del Estado-nación. Las constituciones no recuperan la terminología colonial, sino que introducen el concepto de “comunidad indígena”, y luego diversos nombres asociados a la condición campesina de los mismos.

agraria, fomento propiedad social, comunal o cooperativa, y de desarrollo agrícola. Los indígenas son definidos básicamente como campesinos. En cuarto lugar, las constituciones reconocen algunas especificidades culturales proscritas previamente, lo que hace permisible el uso de los idiomas y prácticas culturales indígenas. Ello va vinculado a la prestación de servicios públicos teniendo en cuenta las particularidades socio-culturales indígenas (como fomento de la educación en idiomas indígenas, difusión del folklore, y la artesanía, etc.). En cuarto lugar, también se reconocen algunas instituciones, autoridades, usos y prácticas jurídicas indígenas para regulación de la vida social y la resolución de conflictos, pero subordinadas a la ley y el orden público, y sin que en ningún caso amenacen la integridad territorial, el monopolio estatal de la violencia legítima y la llamada “unidad nacional”.

Si bien el pensamiento jurídico constitucional admite entidades y derechos colectivos, superando el liberalismo individualista decimonónico, no hace concesiones respecto de la identidad Estado-derecho. Al contrario, el Estado social supone un reforzamiento de la presencia estatal y el indigenismo permite la regulación estatal del mundo indígena. La máxima fisura intrasistémica que permite el pensamiento jurídico monista es la aceptación de “costumbres” indígenas, pero no el derecho indígena como tal, o el pluralismo legal. El reconocimiento de ciertas costumbres o incluso del derecho consuetudinario indígena mismo sólo cabe de modo transitorio y con el expreso límite de que no afecte las políticas de integración a las que los estados pueden someter a los pueblos indígenas. Esto tiene un claro desarrollo en el ámbito internacional con la elaboración del Convenio 107 de la Organización Internacional del Trabajo sobre Poblaciones Indígenas y Tribuales en Países Independientes de 1957. En el campo internacional americano el nuevo indigenismo integracionista se expresa a partir del Congreso de Pazcuaro en 1940, que permite la institucionalización del mismo como política de Estado a escala intercontinental. La Carta Americana de creación de la Organización de los Estados Americanos –OEA en 1948 establece un marco integracionista sobre el “problema indígena”.

Respecto de los colectivos indígenas de los territorios del Orinoco, la Amazonía o los “orientes” de Colombia, Ecuador o Bolivia, que no se encontraban sometidos al inicio de la República, durante el s. XX, las constituciones continúan alentando

las políticas de colonización y la emisión de legislación especial para indígenas.⁴⁰ En estos casos, la dación de legislación especial no es producto del nuevo constitucionalismo social, sino herencia del constitucionalismo misionero-civilizador (Venezuela en el ámbito constitucional, Colombia, al nivel de legislación secundaria. En Perú, Ecuador y Bolivia las constituciones siguen alentando las políticas de colonización). Con la colonización, los estados logran someter de hecho a la población indígena de la Amazonía que antes se encontraba por fuera de la sujeción estatal. Con la autorización constitucional de elaborar legislación especial para los indígenas, se abre la puerta para la sujeción legal de los indígenas mediante reglas especiales dentro de los códigos generales. Esto explica, por ejemplo, las normas especiales para indígenas dentro del Código Penal peruano de 1924. El constitucionalismo social, al permitir normas especiales para indígenas, da continuidad al constitucionalismo misionero-civilizador respecto de la existencia de regulación especial. Sin embargo, ello no da lugar al establecimiento de regímenes separados, sino de reglas especiales (como fisuras intrasistémicas) dentro de las leyes generales, para poder someter y asimilar a la población indígena. Se trata de un mecanismo de “integración” forzosa de los indígenas por parte de la regulación estatal, mediante nuevas formas de control legal e institucional. Curiosamente, esto permite realizar de modo más eficaz lo que no logró el constitucionalismo asimilacionista, la fagocitación del mundo indígena y su control por los no-indígenas, a partir del reconocimiento constitucional de su existencia y diferencia. La normativa especial y las políticas de integración indígena suponen una línea de continuidad histórica de más larga data, que hunde sus raíces en el hecho colonial: se establecen desde fuera del mundo indígena, con un marcado acento paternalista. En este sentido, reeditan la tutela colonial.

Con relación a las naciones indígenas que no habían sido conquistadas durante la era colonial y a las que los nuevos estados de Argentina y Chile aplicaron políticas de guerra durante la segunda mitad del s. XIX, el resultado fue el despojo de su soberanía y territorio. Luego del lacónico pronunciamiento civilizador de su Constitución de 1822, a partir de la Constitución de 1823, Chile impone silencio constitucional sobre los indígenas que se extenderá durante todo el s. XX y hasta nuestros días. Ello no le impide producir una vasta legislación especial. Argentina mantiene durante casi todo el s. XX el texto de la Carta de 1853, de carácter

⁴⁰ La aplicación del modelo constitucional Misionero-civilizador en el s. XIX tuvo como efectos la penetración colonizadora en los territorios indígenas por colonos particulares y empresas extranjeras extractoras de recursos naturales (caucho, madera, hidrocarburos, etc.) acompañados de burocracia estatal; la desaparición de muchos colectivos indígenas (por enfermedades, enfrentamientos en los procesos de reducción, explotación) y la reducción de los indígenas supervivientes en asentamientos, con una profunda alteración de sus *modus vivendi*.

misionero-civilizador, y también produce legislación secundaria de carácter especial.

Entrado el s. XX, la población indígena superviviente al genocidio se encuentra reducida y “radicada” en comunidades aisladas, obligada a una economía agrícola de subsistencia, y sujeta a un régimen legal de especial, en parte similar al modelo de segregación que se aplicó durante la era colonial a los indígenas sometidos. En Chile, la política de radicación o reducción indígena que terminó hacia la segunda década del s. XX. A partir de entonces, se inicia una política de aliento a las parcelaciones y desaparición de comunidades, siguiendo la ruta asimilacionista que iniciaran el siglo anterior los estados Centroandinos vecinos (Perú, Bolivia, Ecuador). Así, mientras los estados Centroandinos inician a partir de la tercera década del s. XX un nuevo indigenismo integracionista, al amparo del constitucionalismo social (para paliar los nefastos efectos de las políticas asimilacionistas y privatistas del siglo anterior), Chile y Argentina emprenden políticas de cuño asimilacionista. Tales se extienden hasta la segunda mitad del s. XX. Luego de medio siglo de políticas asimilacionistas en Chile, el efecto es el aumento del despojo territorial, la reducción del número de comunidades y la migración de indígenas a las ciudades. La llegada del constitucionalismo social no impacta sobre el mundo indígena sino hasta los sesentas, con las políticas agrarias que Freire (1967) y Allende (1970-73) emprenden a favor del “desarrollo agrario y la integración de las masas campesinas a la nación”.⁴¹ Sin embargo, pronto se inicia un nuevo ciclo violento de despojo. Chile es el primer Estado que introduce, nuevamente mediante la violencia, el modelo económico neoliberal de privatización de la economía y la transferencia de recursos a las transnacionales. Ello impacta en un nuevo despojo de tierras y recursos que las políticas *campesinistas* habían logrado transferir o reconocer a los colectivos indígenas bajo el título de campesinos. Los indígenas tendrán que esperar el inicio de la democracia para la dación de una legislación indigenista que les reconozca derechos (1991). Sin embargo, todavía está pendiente la reforma constitucional que haga lo propio.⁴²

En el caso argentino, hay variantes, pues en 1960 el Estado ratifica el Convenio 107 de la OIT, consagrando oficialmente el indigenismo integracionista, que se

⁴¹ En Chile, la reforma agraria de Allende posibilita el reconocimiento y adjudicación de tierras colectivas a los indígenas, y favorece el fortalecimiento de sus organizaciones, aunque bajo el título de ‘campesinos’.

⁴² Chile, hasta el presente, es el único país andino que no ha reconocido constitucionalmente a los pueblos indígenas y sus derechos, ni ha ratificado el Convenio 169 de la OIT.

concreta con la Ley de 1980. El cambio constitucional se hace esperar hasta 1994 y en el 2000 el Estado ratifica el Convenio 169 que supera el Convenio 107.

2.3.El Constitucionalismo pluralista de finales del s. XX

En el marco del constitucionalismo social los estados reconocieron el sujeto colectivo indígena y derechos especiales. Sin embargo, los colectivos indígenas sólo fueron reconocidos como comunidades o etnias, no propiamente como pueblos. De otro lado, el modelo integracionista mantuvo el ideal del Estado-nación y el monismo legal. El reconocimiento de “costumbres” indígenas, así como de formas limitadas y subordinadas de la justicia indígena, constituyeron fisuras intrasistémicas que no implicaban el reconocimiento del derecho indígena o del pluralismo jurídico propiamente.

A fines del s. XX se producen cambios importantes que permiten la emergencia del *Horizonte Pluralista*.⁴³ La transición se da con las constituciones de Guatemala (1985), Nicaragua (1987) y Brasil (1988) que empiezan a reconocer la conformación multicultural de la nación o el Estado, el derecho a la identidad cultural y nuevos derechos indígenas. La de Guatemala empieza a utilizar el discurso del multiculturalismo,⁴⁴ pero todavía bajo el horizonte integracionista y acentuando la perspectiva étnica –no habla de pueblos indígenas ni oficializa sus idiomas-. La de Nicaragua, luego de un proceso de confrontación armada, reconoce el carácter multicultural del pueblo, y es la primera en la región en reconocer “autonomías” de los pueblos indígenas, aunque todavía no plenamente el pluralismo jurídico, en particular para asuntos penales. La de Brasil, que se adelanta en un año al Convenio 169 de la OIT, incorpora importantes derechos indígenas que luego éste reconoce.⁴⁵

⁴³ Yrigoyen Fajardo, Raquel (2004d): “Pluralismo jurídico, derecho indígena y jurisdicción especial en los países andinos” en: Revista [El Otro Derecho No 30, Variaciones sobre la justicia comunitaria](#). Bogotá: ILSA, 2004. (pp. 171-196).

⁴⁴ Barié, 2003.

⁴⁵ Véase: Clavero, Bartolomé (1994): *Derecho Indígena y cultura constitucional en América*. México: Siglo XXI Editores; Yrigoyen Fajardo, Raquel (1994a): “Apuntes sobre el artículo 149 de la Constitución Peruana”, en *Desfaciendo Entuertos*. No 3-4, 1994. Lima: IPRECONM, y (1995b): *Constitución, jurisdicción Indígena y derecho consuetudinario* (Colombia, Perú, Bolivia). Lima: CEAS y Desfaciendo Entuertos; Sánchez, Enrique, comp. (1996): *Derechos de los pueblos Indígenas en las Constituciones de América Latina*, Villa de Leiva: COAMA et al.; Assies, W.,G. Van der Haar y Hoekema, eds. (1999): [Los retos de la diversidad, Pueblos Indígenas y Reformas del Estado en Latinoamérica](#). México: Colegio de Michoacán; Instituto Interamericano de Derechos Humanos (1999): *Memoria del segundo seminario internacional sobre administración de justicia y pueblos indígenas*, San José: IIDH; Van Cott, Donna Lee (1999): “Constitutional Reform and ethnic rights in Latin America”, en *Parliamentary Affairs: A Journal of Comparative Government*; (1999c): [“Reconocimiento constitucional del derecho consuetudinario y la jurisdicción especial en los países andinos”](#) en *Pena y Estado, Revista Latinoamericana de Política Criminal*, No 4, 1999. Buenos Aires: Editores del Puerto; Castro, Milka, ed. (2000): *Derecho Consuetudinario y Pluralismo Legal: Desafíos del Tercer Milenio*, Santiago de Chile: Universidad de Chile; Clavero, Bartolomé (2000): *Ama Llungo, Abya Yala: Constituyencia Indígena y Código Ladino por América*. Madrid: Centro de Estudios Políticos y Constitucionales; Sieder, Rachel ed. (2002): *Multiculturalism in Latin America: indigenous rights, diversity and democracy*. London: Palgrave Macmillan; Aparicio, Marco (2002): *Los pueblos Indígenas y el Estado. El reconocimiento constitucional de los derechos indígenas en América Latina*. Barcelona: CEDECS;

El reconocimiento de la jurisdicción indígena, con sus propias autoridades y según sus propias normas y procedimientos, lo inaugura la Constitución de Colombia de 1991, a la que le siguen las constituciones andinas de Perú (1993), Bolivia (1994-2003), Ecuador (1998) y Venezuela (1999), aunque con variantes. Las constituciones de Paraguay (1992) y México (1992-2001), contienen fórmulas mediatizadas de reconocimiento del pluralismo jurídico y el derecho indígena. En el caso del Paraguay, por su carácter voluntario, y en el de México, por su carácter subordinado (validación de las decisiones indígenas por los jueces ordinarios). Argentina luego de más de un siglo, cambia en 1994 la Constitución misionero-civilizadora de 1853, pero todavía bajo la fórmula norteamericana de otorgar atribuciones al Congreso para regular en materia indígena. No obstante, incorpora nuevos conceptos –como el de la preexistencia de los pueblos indígenas- y derechos específicos para los mismos.

La ratificación del Convenio 169 de la OIT asegura la incorporación del concepto de pueblos indígenas, superando el de poblaciones que tenía el Convenio 107. Igualmente, el Convenio 169 de la OIT hace una declaración explícita de superación de las políticas asimilacionistas e integracionistas que los estados habían desarrollado con los pueblos indígenas. Este Convenio reconoce de modo expreso las aspiraciones de los pueblos indígenas a controlar sus propias instituciones sociales, políticas y culturales, y su desarrollo económico, superando el modelo tutelar. Para ello incorpora instituciones específicas como la consulta previa y la participación a todo nivel. Estos contenidos también aparecen en las distintas constituciones de modo diverso. Sin embargo, el Convenio limita el concepto de pueblos a fin de que no se interprete en el sentido del derecho internacional, buscando evitar alguna forma de secesión o reclamo independentista. De otro lado, busca limitar desde fuera el derecho indígena a fin de que no viole los derechos humanos, cómo si el derecho indígena careciera de reglas mínimas de convivencia humana y los derechos humanos fuesen, por definición, algo externo. Considerando el principio de la igual dignidad de las culturas que las nuevas constituciones reconocen ahora, lo coherente sería una definición intercultural de los derechos humanos donde los pueblos indígenas

Peña, Antonio et al. (2002): *Constituciones, Derecho y Justicia en los Pueblos Indígenas de América Latina*. Lima: PUCP; Barié, Cletus Gregor (2003): *Pueblos indígenas y derechos constitucionales en América Latina: un panorama*. 2a ed. Bolivia: Instituto Indigenista Interamericano, Comisión Nacional para el Desarrollo de los Pueblos Indígenas y Editorial Abya-Yala; Castro, Milka ed. (2004): *Desafíos de la Interculturalidad. Identidad, Política y Derecho*. Santiago de Chile: Universidad de Chile.

tuviesen igual poder de definición que otros pueblos. Del mismo modo, debería reconocerse poder de definición a todos los pueblos para establecer los principios y ejes de la articulación nacional de la diversidad de pueblos y culturas.

Contenidos del reconocimiento del pluralismo jurídico en los países andinos

Las reformas constitucionales de los países andinos incorporan derechos indígenas y el discurso del multiculturalismo, y suponen cambios paradigmáticos respecto de la ideología jurídica monista. A ello se suma el Convenio 169 de la OIT. Ahora, voy a destacar algunos de estos cambios paradigmáticos.⁴⁶

A) El reconocimiento del carácter pluricultural del Estado/Nación/república, y el derecho a la identidad cultural, individual y colectiva. Ello permite superar la idea del Estado-nación monocultural y monolingüe.

B) El reconocimiento de la igual dignidad de las culturas, que rompe la supremacía institucional de la cultura occidental sobre las demás.

C) El carácter de sujetos políticos de los pueblos y comunidades indígenas y campesinas. Los pueblos indígenas tienen derecho al control de sus instituciones políticas, culturales y sociales y su desarrollo económico. Ello permite superar el tratamiento tutelar de dichos pueblos, como objeto de políticas que dictan terceros.

D) El reconocimiento de diversas formas de participación, consulta y representación directa de pueblos indígenas, campesinos y afro-descendientes. Ello supera la idea que sólo los funcionarios públicos representan y pueden formar la voluntad popular. Y,

E) El reconocimiento del derecho (consuetudinario) indígena y la jurisdicción especial. Ello supone una forma de pluralismo jurídico interno. A modo de ejemplo véase el texto del Convenio 169 de la OIT y de la Constitución peruana de 1993. Al final véase un cuadro referido a todos los países andinos que comprenden alguna fórmula de pluralismo legal.

Convenio 169 de la OIT

Considerando Quinto. “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.”

Art. 8, 2: “Dichos pueblos deberán tener el derecho de conservar sus costumbres e instituciones propias siempre que éstas no sean incompatibles con los derechos

⁴⁶ Véase Yrigoyen Fajardo (2004a) y (2004b): “[Legal Pluralism, Indigenous Law and the Special Jurisdiction in the Andean Countries](#)”, en *Beyond Law, Informal Justice and Legal Pluralism in the Global South Vol. 10*, Issue # 27, 2004.

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.”

Art.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.”

Constitución del Perú de 1993

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. 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.”

Del texto del Convenio 169 de la OIT y de las fórmulas constitucionales empleadas en los países andinos se desprende el reconocimiento de tres contenidos mínimos:

- i) El sistema de normas y procedimientos propios, o derecho consuetudinario, y por ende de la potestad normativa o reguladora de los pueblos indígenas y comunidades indígenas y campesinas,
- ii) La función jurisdiccional especial o la potestad de impartir o administrar justicia. Ello incluye la validez y eficacia de las decisiones de dicha jurisdicción especial de modo autónomo, y
- iii) El sistema institucional o de autoridades, o la potestad de gobernarse con sus propias instituciones de autogobierno, incluidos los mecanismos propios de designación, cambio y legitimación de autoridades.

El sujeto titular del reconocimiento de su propio sistema de derecho (o derecho consuetudinario), autoridades (e instituciones), y jurisdicción (incluyendo los mecanismos para el control de delitos) son los pueblos indígenas. Así lo dicen el Convenio 169 de la OIT y algunas constituciones. Otras constituciones añaden a las comunidades indígenas y campesinas. Por vía analógica, en tanto les

corresponda y favorezca, también constituyen sujetos colectivos beneficiarios de dicho reconocimiento los pueblos negros o afroecuatorianos, como dice el texto de la Constitución ecuatoriana de 1998.⁴⁷ Igualmente, las rondas campesinas del Perú según la última Ley de Rondas, al garantizarles la aplicación de los derechos reconocidos a pueblos indígenas.⁴⁸

En cuanto a la competencia territorial, el derecho propio se ejerce dentro del ámbito territorial de los pueblos indígenas, comunidades indígenas y campesinas, y las rondas campesinas, según corresponda. En cuanto a la competencia personal, en algunos textos constitucionales ésta queda subordinada a la competencia territorial (fórmulas de las constituciones de Colombia y Perú), por lo que cabe aplicarse a cualquier persona que esté dentro del ámbito territorial de la jurisdicción indígena o especial. En otros textos (como la Carta de Venezuela), sólo se alude a los casos entre “indígenas”, aunque dicha potestad se amplíe por otros artículos. En cuanto a la competencia material, el alcance del derecho y la jurisdicción indígena no tiene límites de materia, cuantía o gravedad, en ningún texto constitucional andino ni en el Convenio 169 de la OIT, por lo que puede ser materia del derecho y la jurisdicción indígena cualquier materia y por cualquier gravedad o monto. En los textos de Bolivia y Ecuador la materia quedaría tan sólo limitada por lo que pueda constituir un “asunto interno”, aunque esto carece de precisión. En todo caso, sería lo que el pueblo o comunidad indígena consideran un asunto de su interés, en tanto alude a un bien jurídico propio.

El límite constitucional del reconocimiento del derecho indígena se asemeja, con variantes, al del Convenio 169 de la OIT, que señala que no debe haber incompatibilidad entre el derecho consuetudinario y los derechos fundamentales definidos por el sistema jurídico nacional ni con los derechos humanos internacionalmente reconocidos. En esta línea se inscribe la Carta constitucional peruana que limita la jurisdicción especial a la no vulneración de “los derechos de la persona”. Otras fórmulas constitucionales son bastante más limitativas en este punto al indicar que el derecho indígena o la jurisdicción especial no pueden contravenir la Constitución y las leyes (Colombia, Ecuador, Bolivia) o incluso el orden público (Venezuela). En estos últimos casos primaría el Convenio 169 de la OIT (art. 35), que dispone una interpretación progresiva pro-indígena, debiéndose

⁴⁷ Constitución del Ecuador de 1998, Artículo 85: “El Estado reconocerá y garantizará a los pueblos negros o afroecuatorianos, los derechos determinados en el artículo anterior, en todo aquello que les sea aplicable.”

⁴⁸ Ley de Rondas Campesinas 27908. Aprobada el 17/12/2002, promulgada el 06/01/2003 y publicada el 07/01/2003. (Disponible en www.Congreso.gob.pe, Legislación Digital). El Art. 1ro dice: “(...) Los derechos reconocidos a los pueblos indígenas y comunidades campesinas y nativas se aplican a las Rondas Campesinas en lo que les corresponda y favorezca.”

aplicar lo que más favorezca a los pueblos indígenas. La Corte Constitucional de Colombia se ha pronunciado por una interpretación favorable al principio del pluralismo y la búsqueda de un “consenso intercultural”, que supera largamente las limitaciones del texto escrito. Según esta Corte, la jurisdicción especial sólo está obligada a respetar unos *mínimos fundamentales* (no matar, no esclavizar y no torturar, y respetar el principio de legalidad de las penas, según su propio derecho).⁴⁹

Todos los textos constitucionales hacen referencia a una ley de desarrollo constitucional que coordine o compatibilice la jurisdicción especial o las funciones judiciales indígenas con el sistema judicial nacional o los poderes del Estado.

Los cambios reseñados tienen un carácter paradigmático pues permiten vislumbrar un *horizonte pluralista* y sentar las bases para la construcción de un Estado pluricultural. Ahora, si bien se trata de cambios realmente importantes, no están exentos de limitaciones y formulaciones contradictorias tanto políticas, como técnicas. En efecto, las reformas pluralistas también van acompañadas de otras que pueden tener incluso un efecto neutralizador. En el contexto de la globalización, las constituciones también han incluido normas relativas a la desregulación, la reducción de derechos sociales, y la apertura del Estado a la presencia de transnacionales que desarrollan actividades extractivas en territorios indígenas, generando nuevos conflictos e incluso restricción efectiva de derechos indígenas. Es necesario superar las nuevas formas de sometimiento de los pueblos indígenas, así como los resabios de las ideologías que las acompañan. Esto es, la ideología de la inferioridad indígena heredada del s. XVI, y la ideología del Estado-nación y el monismo jurídico heredada del s.XIX.

La construcción de estados pluriculturales o plurinacionales supone el desafío de reconocer poder de definición a los pueblos indígenas y otros pueblos y colectivos que coexisten al interior de los estados, a fin de que los mismos puedan negociar,

⁴⁹ En este sentido, la Corte Constitucional de Colombia se ha pronunciado estableciendo que la jurisdicción indígena o especial no puede estar constreñida al respeto de toda la Constitución y las leyes, pues el reconocimiento del principio del pluralismo quedaría vacío.

Corte Constitucional de Colombia, Sentencia No. T-523/97:

“Los límites mínimos que en materia de derechos humanos deben cumplir las autoridades indígenas en el ejercicio de sus funciones jurisdiccionales responden, a juicio de la Corte, a un consenso intercultural sobre lo que verdaderamente “resulta intolerable por atentar contra los bienes más preciosos del hombre”, decir, el derecho a la vida, la prohibición de la esclavitud, la prohibición de la tortura y, por expresa exigencia constitucional, la legalidad en el procedimiento, en los delitos y en las penas (entendiendo por ello, que todo juzgamiento deberá hacerse conforme a las normas y procedimientos “de la comunidad indígena, atendiendo a la especificidad de la organización social y política de que se trate, así como a los caracteres de su ordenamiento jurídico”). Estas medidas se justifican porque son necesarias para proteger intereses de superior jerarquía y son las menores restricciones imaginables a la luz del texto constitucional”.

bajo el principio de la igual dignidad de los pueblos y culturas, las bases de constitución de dichos estados, los mecanismos de articulación democrática de la diversidad, las formas de participación en el poder de gobernar, normar y ejercer funciones jurisdiccionales por parte de dichos colectivos; y los procedimientos para resolver los conflictos de interlegalidad a través del diálogo intercultural. Estos son algunos de los retos pendientes del constitucionalismo pluralista.

El Horizonte del Constitucionalismo Pluralista: Del Multiculturalismo a la Descolonización⁵⁰

El presente apartado busca reseñar las principales novedades que traen los tres ciclos de reformas constitucionales que se han dado en las tres últimas décadas en Latinoamérica (desde los ochentas del s. XX hasta la primera década del s. XXI) con relación al reconocimiento de la diversidad cultural y los derechos de los pueblos indígenas. Tales cambios son de tal magnitud que reconfiguran la relación entre el Estado y los pueblos indígenas e impactan en la configuración del Estado mismo, permitiendo vislumbrar el *horizonte del constitucionalismo pluralista*.

Las novedades constitucionales introducidas en el *horizonte del constitucionalismo pluralista* (con diversos niveles de implementación en la práctica) suponen rupturas paradigmáticas respecto del *horizonte del constitucionalismo liberal monista* del s. XIX y del *horizonte del constitucionalismo social integracionista* del s. XX, llegando a cuestionar el mismo hecho colonial.⁵¹

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 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 dicha subordinación. Los nuevos estados latinoamericanos se organizaron bajo flamantes constituciones liberales pero con proyectos neocoloniales de sujeción indígena.

Los estados liberales del s. XIX se configuraron bajo el principio del monismo jurídico, esto es, la existencia de un solo un 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, aún 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 s. XIX en Latinoamérica. Un

⁵⁰ Elaborado y basado en: YRIGOYEN FAJARDO, Raquel. El Horizonte del Constitucionalismo Pluralista: Del Multiculturalismo a la Descolonización. Lima: Instituto Internacional de Derecho y Sociedad, 2010

⁵¹ Para un mayor desarrollo, véase: Yrigoyen 1999, 2004 y 2006.

constitucionalismo importado por las élites criollas para configurar estados a su imagen y semejanza, en 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 s. XIX, los indígenas no se convirtieron en prósperos propietarios como propugnaba Bolívar y los liberales, sino que se expandieron las haciendas y la servidumbre indígena. Mientras tanto, nuevas formas invasión de sus territorios, así como de tutela estatal y eclesial se impusieron sobre las naciones indígenas que no habían sido conquistadas en era colonial.

El *horizonte del constitucionalismo social*, inaugurado por la Constitución de México de 1917, permitió cuestionar el constitucionalismo asimilacionista e individualista del s. 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 el 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 s. XX a la fecha.

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 s. 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.

I. EL CICLO DEL CONSTITUCIONALISMO MULTICULTURAL (1982-1988)

El primer ciclo de reformas constitucionales que cabe ubicar en el *horizonte del constitucionalismo pluralista* se desarrolló durante los años ochentas del s. 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.

II. 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 logrando romper la identidad Estado-derecho o el monismo jurídico, esto es, la idea de que sólo 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 permitió 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 s. 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. Súmese a esto otros factores, como violencia interna, acciones de poderes materiales locales, narcotráfico, paramilitares, etc.

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 generó, 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, etc., 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 s. 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. El Convenio 169 de la OIT fue adoptado en 1989 y ratificado por varios países de la región en los noventas, paralelamente a los cambios constitucionales, e inspiró tales reformas. El

Convenio 169 sólo limita el reconocimiento del derecho consuetudinario indígena a la no vulneración de los derechos humanos y fundamentales, superando la restricción que el Convenio 107 de 1957 establecía. Esto es, que el derecho consuetudinario indígena no debía afectar las políticas de integración que los estados podían imponer a los pueblos indígenas.

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, pre-existentes al Estado, así como poblaciones de reciente inmigración. Teóricos canadienses como Taylor (1993) o Kymlicka (1995, 2001) desarrollaron teorías que permiten plantear políticas de reconocimiento de la diversidad y derechos de diversos grupos culturales en el marco de una “ciudadanía multicultural”; teorías que 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.

Las reformas de la justicia. Durante los noventas, 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, éstas 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, la automatización de los procesos, etc.). El reconocimiento de mecanismos alternativos de resolución de conflictos incluía tanto el arbitraje internacional (para conflictos relacionados a 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 sólo 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.

El fundamento. Durante los noventas, las constituciones andinas introducen en sus primeros artículos un reconocimiento de la existencia de diversas culturas, definen a la nación o al Estado como multicultural o pluricultural (Colombia, Perú, Bolivia, Ecuador) y garantizan el derecho a la diversidad cultural (Colombia, Perú) o la igualdad de las culturas (Colombia, Venezuela). Con este reconocimiento, las constituciones quiebran el modelo de Estado-nación monocultural diseñado en el s. XIX. Igualmente, estas cartas constitucionales contienen un listado de derechos de pueblos/ 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/pueblos indígenas/campesinos pueden ejercer funciones jurisdiccionales/ resolver conflictos de acuerdo a sus propias normas y procedimientos o derecho consuetudinario. Es decir, estas cartas reconocen a los colectivos indígenas y campesinos (comunidades/ pueblos) las siguientes potestades:

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

Con este reconocimiento, las constituciones quiebran la identidad Estado-derecho que se impuso desde en el s.XIX. El monismo jurídico es sustituido por una suerte

de 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 sólo 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 el texto de la constitución colombiana y la peruana prima la competencia territorial, por lo que cabe interpretar que la misma aplica para toda persona dentro del territorio indígena; mientras que la constitución venezolana dice que las instancias de justicia sólo alcanzan a los indígenas. En cuanto a la competencia material, sólo 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 restringido 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 s. XIX. Esta legislación se extendió hasta finales del s. 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 el Perú 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 (art. 8,2). La constitución

peruana es la única que guarda consistencia con el Convenio al establecer que la jurisdicción especial no debe vulnerar los derechos de la persona (art. 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 las mismas 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 Constitucional 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 sólo 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.⁵² 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 que la jurisdicción indígena sólo 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

⁵² Véase Sánchez y Jaramillo 2001.

las tutelas que recibían (Sánchez 1998). 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.

III. 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 sólo 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 s. 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 limitantes que ahora conviven con formulaciones pluralistas en el mismo seno del texto constitucional. Más limitantes 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 (2000) al período de reformas anterior. Para salir del impase, 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 indígena. 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).

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 a su propio derecho y procedimientos.

A diferencia de las constituciones precedentes, que apenas tenían un artículo sobre el derecho y la justicia indígena, 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 transversalizado 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: art. 190)/ tradiciones ancestrales y derecho propio/ normas y procedimientos propios (Ecuador: art. 171).
- b) Sus propias autoridades/ autoridades de las comunidades, pueblos y nacionalidades indígenas (Ecuador: art.171)
- c) Funciones jurisdiccionales (Ecuador: Sección sobre Justicia indígena, art. 171)/ (Bolivia: Cap. IV. Jurisdicción indígena originaria campesina).

(a) El derecho al propio derecho o el sistema jurídico indígena, a sus normas y procedimientos propios, costumbres, usos, etc. 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.
- Ejercicio de sistema jurídico es de acuerdo a su cosmovisión (Bolivia, art. 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 a 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/as representantes indígenas ante las mismas 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: art. 1).
- Reconocen la libre determinación de los pueblos (Bolivia), autodeterminación (Ecuador).
- Reconocen autonomías indígenas (Bolivia) o Circunscripciones territoriales indígenas y afroecuatorianas (Ecuador: art. 257)
- Establecen el principio de la igual jerarquía entre la jurisdicción indígena y la ordinaria (Bolivia: art. 179, II)

- Instauran el control constitucional (Ecuador art. 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: art. 83).
- Reconocen funciones jurisdiccionales a las autoridades indígenas de acuerdo a 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 indígena, las constituciones establecen que:

- Las decisiones deben ser respetadas por instituciones públicas y privadas (Ecuador: 171)/ Toda autoridad pública o persona acatará las decisiones de la jurisdicción indígena originaria campesina (Bolivia: 192)
- Los casos resueltos por la jurisdicción indígena deberán ser considerados para el efecto del *non bis in idem*. (Ecuador: 75, 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, entendido además 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 entrapamiento 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, personal y material, de modo inconsistente con el principio de la igualdad de jurisdicciones y el derecho a la libre determinación de los pueblos indígenas 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, pero la Constitución boliviana es explícita en indicar que el Tribunal Constitucional debe tener una composición paritaria, 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.

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.

Cuadro: Ciclos del Horizonte del Constitucionalismo Pluralista⁵³

| Ciclos/ reformas constitucionales | PRIMER CICLO: 1982-1988 Constitucionalismo Multicultural | SEGUNDO CICLO: 1989-2005 Constitucionalismo Pluricultural | TERCER CICLO: 2006-2009 Constitucionalismo Plurinacional |
|--|--|---|---|
| Eje | La emergencia del multiculturalismo y el derecho a la diversidad cultural | De la Nación multicultural al Estado Pluricultural, con pluralismo jurídico interno. | Proyecto descolonizador Estado Plurinacional, con pluralismo jurídico igualitario |
| Ejemplos de países | <ul style="list-style-type: none"> • Canadá, 1982. • Guatemala, 1985. • Nicaragua, 1987. • Brasil, 1988. | <ul style="list-style-type: none"> • Colombia, 1991. • México, 1992. • Paraguay, 1992 • Perú, 1993. • Bolivia, 1994, 2004. • Argentina, 1994. • Ecuador, 1998. • Venezuela, 1999. | Bolivia, 2006-9. Ecuador, 2008. |
| Derecho internacional | Aún en vigencia: -La Convención del Instituto Indigenista Interamericano. -El Convenio 107 de la OIT, que entra en revisión entre 1987-1989 | -Adopción del Convenio 169 de la OIT sobre pueblos indígenas en 1989. - México ratificó 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 | Superación del integracionismo: -Convenio 169 reconoce las aspiraciones de los pueblos a asumir el control de sus propias | Libre determinación: - <i>Pueblos y personas indígenas son libres e iguales a todos los demás pueblos</i> -Los pueblos indígenas |

⁵³ Adaptado de Yrigoyen 2010.

| | | | |
|-------------------------------|---|---|--|
| | Grupo de Trabajo de ONU sobre pueblos indígenas (1982) con participación indígena. | instituciones y formas de vida y desarrollo y a fortalecer sus identidades, lenguas y religiones, dentro del marco de los Estados. | 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 post-bélicos (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 Estado retome protección de derechos sociales. |
| Sujetos de derechos | -Comunidades (Nicaragua). -Grupos étnicos, comunidades indígenas (Guatemala). -Poblaciones (Brasil). -Canadá: pueblos aborígenes. | -Comunidades (indígenas, campesinas, nativas, rondas campesinas). -Pueblos Indígenas. -Pueblos originarios (Perú). | -Comunidades. -Pueblos indígenas. -Naciones originarias/ indígenas (Bolivia). -Nacionalidades indígenas (Ecuador). |
| Ejes de Reconocimiento | -Multiculturalidad (Canadá). -Derecho a la identidad cultural (Guatemala, Nicaragua). -Multiétnicidad (Nicaragua). - Régimen de autonomías (Nicaragua) - Derechos indígenas | -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 | -Estado plurinacional -Reconocimiento de existencia precolonial de naciones/ pueblos indígenas, y su libre determinación. -Responsabilidad social del Estado. -Nuevos derechos de individuos, grupos, comunidades, pueblos, naciones, |

| | | | |
|----------------------------|--|--|---|
| | (Brasil, Guatemala). | participación. -Pluralismo jurídico. | 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. | -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 | -Nuevos derechos no suponen reforma | -Pactos políticos para viabilizar |

| | | | |
|--|--|--|--|
| | <p>modifica el carácter del Estado.</p> <p>-No se reconoce pluralismo jurídico ni la jurisdicción propia.</p> <p>(en los casos en los que se ensaya reconocimiento del derecho y justicia indígena por vía infra-constitucional, tal es sumamente limitado).</p> | <p>estructural del Estado (ejem. falta acomodación de nuevas formas de participación y consulta con estructuras institucionales).</p> <p>-Reducción de derechos sociales.</p> <p>-Adopción simultánea del multiculturalismo y contracción del papel social del Estado, lo que neutraliza derechos.</p> <p>-Introducción inorgánica de la justicia indígena (Perú, Bolivia).</p> <p>-Pluralismo jurídico: limitado a no contradecir Constitución ni leyes.</p> <p>-Confusión entre mecanismos alternativos (voluntarios) y jurisdicción (Bolivia, Ecuador).</p> | <p>constituciones dan lugar a ciertas restricciones.</p> <p>-Bolivia: texto final reduce algunos avances de texto inicial: No cabe autonomías indígenas supra-departamentales.</p> <p>Si bien se dejaron los principios pluralistas, se puso límites a la jurisdicción indígena: entre indígenas, sobre asuntos indígenas, dentro de su territorio.</p> <p>- Ecuador: jurisdicción indígena para asuntos internos.</p> |
|--|--|--|--|

UNIDAD III

MARCO JURÍDICO DE LOS SISTEMAS JURÍDICOS INDÍGENAS



I. MARCO NORMATIVO

1. Fuentes

Los sistemas jurídicos indígenas están reconocidos en el Perú por virtud del mandato constitucional, el derecho internacional y los derechos intrínsecos de los pueblos. Estas fuentes deben interpretarse de un modo sistemático y dando prevalencia a las normas que otorgan más derechos y ventajas a los pueblos indígenas, bajo el principio *pro-homini* o *pro-indígena* que consagra el derecho internacional.⁵⁴

1.1. Derechos fundamentales

La Constitución del Perú de 1993 garantiza a los pueblos originarios su propio sistema jurídico, en el marco de un conjunto de derechos específicos, además de los derechos fundamentales que son aplicables a toda persona humana. La Constitución establece que tienen la categoría de derechos fundamentales no sólo los expresamente enunciados en el art. 2, sino todos aquellos que se encuentran en el texto constitucional, así como también los derechos inherentes, esto es, los que derivan de la dignidad humana.⁵⁵

Los derechos fundamentales que la Constitución reconoce y que son aplicables de modo específico a los pueblos originarios, entre otros, son los que siguen:

- a) Derecho al respeto de la dignidad humana (Constitución, art. 1).
- b) Derecho a la vida e identidad (Constitución, art. 2).
- c) Derecho a la igualdad y no discriminación por origen, raza, idioma u otra condición (Constitución, art. 2).
- d) Derecho a la identidad cultural (Constitución, art. 2, inc. 19 y 89).

⁵⁴ Convenio 169 OIT.

Art. 35.- "La aplicación de las disposiciones del presente Convenio no deberá menoscabar los derechos y las ventajas garantizados a los pueblos interesados en virtud de otros convenios y recomendaciones, instrumentos internacionales, tratados, o leyes, laudos, costumbres o acuerdos nacionales."

⁵⁵ Constitución Política del Perú 1993.

Art. 3.- "La enumeración de los derechos establecidos en este capítulo no excluye los demás que la Constitución garantiza, ni otros de naturaleza análoga o que se fundan en la dignidad del hombre, o en los principios de soberanía del pueblo, del Estado democrático de derecho y de la forma republicana de gobierno."

- e) Derecho al uso del propio idioma indígena (Constitución, art. 2, inc. 19).
- f) Derecho a la propiedad comunal o cualquier otra forma asociativa; y al uso y libre disposición de sus tierras; a la imprescriptibilidad de las mismas, salvo abandono (Constitución, art. 88 y 89).
- g) Derecho a la existencia legal y personería jurídica (Constitución, art. 89).
- h) Derecho a la autonomía organizativa, y forma de organización en el trabajo (Constitución, art. 89).
- i) Derecho a la autonomía económica (Constitución, art. 89). Esto es, a contar con recursos para forma de desarrollo.
- j) Derecho a la autonomía administrativa (Constitución, art. 89). Esto es, a la forma de manejar sus recursos humanos y materiales.
- k) Derecho a contar con propias autoridades (Constitución, art. 149).
- l) Derecho a ejercer funciones jurisdiccionales o de justicia (Constitución, art. 149).
- m) Derecho al respeto de sus propias normas o derecho consuetudinario
- n) Derecho a una relación de coordinación con las diferentes instancias del Poder Judicial, sin subordinación (Constitución, art. 149).

Cuadro. Derechos fundamentales aplicables a los pueblos originarios

| Derechos | Texto constitucional |
|--|---|
| Derecho al respeto de la dignidad | Art. 1.- Defensa de la persona humana: “La defensa de la persona humana y el respeto de su dignidad son el fin supremo de la sociedad y del Estado”. |
| Derecho a la vida, identidad, igualdad y no discriminación por origen, raza, idioma u otra condición | Art. 2.- Toda persona tiene derecho: 1. A la vida, a su identidad , a su integridad moral, psíquica y física y a su libre desarrollo y bienestar. (...). 2. A la igualdad ante la ley. Nadie debe ser discriminado por motivo de origen, raza, sexo, idioma, religión, opinión, condición económica o de cualquiera otra índole. |
| Derecho a la identidad cultural | Art. 2, inc.19.- A su identidad étnica y cultural: “El Estado reconoce y protege la pluralidad étnica y cultural de la Nación. Todo peruano tiene derecho a usar su propio idioma ante cualquier autoridad mediante un intérprete. Los extranjeros tienen este mismo derecho cuando son citados por cualquier autoridad”. |
| Derecho a la propiedad | Art. 88.- Régimen Agrario: “El Estado apoya preferentemente el desarrollo agrario. Garantiza el |

| | |
|---|--|
| comunitaria | derecho de propiedad sobre la tierra, en forma privada o comunal o en cualquiera otra forma asociativa . La ley puede fijar los límites y la extensión de la tierra según las peculiaridades de cada zona. Las tierras abandonadas, según previsión legal, pasan al dominio del Estado para su adjudicación en venta”. |
| Derecho a la existencia legal y personería jurídica, a su identidad cultural; a la autonomía organizativa, territorial, económica, administrativa, en el trabajo. | Art. 89.- Comunidades Campesinas y Nativas: “Las Comunidades Campesinas y las Nativas tienen existencia legal y son personas jurídicas . Son autónomas en su organización, en el trabajo comunal y en el uso y la libre disposición de sus tierras, así como en lo económico y administrativo, dentro del marco que la ley establece. La propiedad de sus tierras es imprescriptible, salvo en el caso de abandono previsto en el artículo anterior. El Estado respeta la identidad cultural de las Comunidades Campesinas y Nativas”. |
| Derecho a contar con propias autoridades, funciones jurisdiccionales, derecho consuetudinario y coordinación | Art. 149.- Ejercicio de la función jurisdiccional por las comunidades campesinas y nativas: “ 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” |
| Porcentaje mínimo de representación de pueblos originarios en consejos regionales y municipales | Art. 191.- “(...) La ley establece porcentajes mínimos para hacer accesible la representación de género, comunidades campesinas y nativas, y pueblos originarios en los Consejos Regionales . Igual tratamiento se aplica para los Concejos Municipales . También se considera como parte de los derechos protegidos por la Constitución todos los derechos que están consagrados en el derecho internacional”. |

1.2. Derecho internacional

El derecho al propio sistema jurídico, así como los otros derechos fundamentales de los pueblos indígenas, se deben interpretar de conformidad con el derecho internacional relativo a tal materia, como establece la Cuarta Disposición final y transitoria de la Constitución.⁵⁶ En caso de varias normas concurrentes debe aplicarse aquellas que otorgan más derechos y ventajas a los pueblos indígenas.

Los derechos de los pueblos indígenas y, en particular, el derecho a sus propios sistemas jurídicos, tienen un importante y creciente desarrollo en el derecho internacional, tanto en el derecho convencional (tratados) como no convencional (principios generales del derecho, derecho consuetudinario internacional, jurisprudencia y doctrina).

El Estado está obligado a cumplir de buena fe los tratados de derechos humanos que suscribe.⁵⁷ Tales entran a formar parte del derecho interno por mandato de la propia Constitución.⁵⁸ Y el Estado no puede excusarse en su legislación interna para incumplirlo, como la falta de leyes internas, como establece el art. 27 de la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados.⁵⁹

Entre otras fuentes del derecho internacional, están:

- Convenio N° 169 sobre pueblos indígenas y tribales en países independientes de la Organización Internacional del Trabajo (1989)
- Declaración de las Naciones Unidas sobre los Derechos de los Pueblos Indígenas (2007).
- Convención Americana sobre Derechos Humanos (1969).
- Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales (1966, en vigor desde 1977)
- Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos (1966, en vigor desde 1977).
- Convención sobre la Eliminación de todas las formas de Discriminación contra la Mujer (1979, en vigor desde 1981).

⁵⁶ Constitución Política del Perú 1993.

Cuarta Disposición Final y Transitoria.- “Las normas relativas a los derechos y a las libertades que la Constitución reconoce se interpretan de conformidad con la Declaración Universal de Derechos Humanos y con los tratados y acuerdos internacionales sobre las mismas materias ratificados por el Perú.”

⁵⁷ Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados

Art. 26.- “Todo tratado en vigor obliga a las partes y debe ser cumplido por ellas de buena fe.”

⁵⁸ Constitución Política del Perú 1993.

Art. 55.- “Los tratados celebrados por el Estado y en vigor forman parte del derecho nacional.”

⁵⁹ Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados

Art. 27.- “Una parte no podrá invocar las disposiciones de su derecho interno como justificación del incumplimiento de un tratado. (...)”

- Convención sobre los Derechos del Niño (1989, en vigor desde 1990).
- Convención Internacional sobre la Eliminación de todas las Formas de Discriminación Racial (1965, en vigor desde 1969).
- La jurisprudencia y doctrina del Sistema Interamericano de Derechos Humanos.
- La jurisprudencia y doctrina del Sistema Universal de Derechos Humanos.

1.3. Derechos intrínsecos de los pueblos indígenas

La Constitución reconoce como derechos fundamentales los derechos que, aunque no estén expresamente indicados en la misma, derivan de la dignidad humana, la soberanía del pueblo o la forma democrática de gobierno.⁶⁰ El derecho internacional también reconoce como fuente de los derechos de los pueblos indígenas sus derechos intrínsecos, esto es, aquellos que derivan de su propia existencia y forma de ser.

Declaración de las Naciones Unidas sobre los Derechos de los Pueblos Indígenas,

Considerando séptimo:

“Reconociendo la urgente necesidad de respetar y promover los **derechos intrínsecos** de los pueblos indígenas, que derivan de sus estructuras políticas, económicas y sociales y de sus culturas, de sus tradiciones espirituales, de su historia y de su filosofía, especialmente los derechos a sus tierras, territorios y recursos”. (Resaltado nuestro)

Los derechos intrínsecos son de conocimiento de los propios pueblos, por lo que su incorporación exige un proceso de participación y diálogo intercultural.

2. Fundamentos del reconocimiento de los sistemas jurídicos indígenas

El reconocimiento de los sistemas jurídicos indígenas tiene como fundamentos:

⁶⁰ Constitución Política del Perú 1993.

Art. 3.- “La enumeración de los derechos establecidos en este capítulo no excluye los demás que la Constitución garantiza, ni otros de naturaleza análoga o que se fundan en la dignidad del hombre, o en los principios de soberanía del pueblo, del Estado democrático de derecho y de la forma republicana de gobierno.”

- a) La composición plural del Estado, donde coexisten pueblos con igual dignidad y derechos.
- b) La libre determinación y autonomía de los pueblos.

(a) La composición plural del Estado donde coexisten pueblos con igual dignidad.

El reconocimiento de la composición plural, con diversidad étnica y cultural del Estado, donde coexisten pueblos originarios, es la base para el reconocimiento de las instituciones y sistemas jurídicos de tales pueblos.

En cuanto al derecho internacional, el Convenio 169 de la OIT (1989) reconoce que dentro de los estados hay pueblos indígenas, mientras que hasta el Convenio 107 (1957) sólo se reconocía la existencia de poblaciones. El cambio es muy importante porque la categoría de “poblaciones” alude a un concepto demográfico. Por ello el Convenio 107 establecía derechos para “los miembros” de las poblaciones indígenas o tribuales. En cambio, el Convenio 169, al reconocer que dentro de los estados independientes existen pueblos, con una entidad colectiva y una identidad propia, posibilita el reconocimiento del derecho de tales pueblos a controlar sus instituciones y formas de vida, comprendiendo sus instituciones jurídicas y derecho consuetudinario.

Convenio 169 de la OIT, Cuarto y Quinto considerando:

“Considerando (...) 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 y religiones, **dentro del marco de los Estados en que viven**”. (Resaltado nuestro)

La Declaración de Naciones Unidas sobre los derechos de los pueblos indígenas reconoce por primera vez en un instrumento de derecho internacional que los pueblos indígenas gozan de igual dignidad que todos los pueblos.

**Declaración de las Naciones Unidas sobre los Derechos de los Pueblos Indígenas,
Segundo considerando**

“Afirmando que los pueblos indígenas son iguales a todos los demás pueblos y reconociendo al mismo tiempo el derecho de todos los pueblos a ser diferentes, a considerarse a sí mismo diferentes y a ser respetados como tales, (...)”

Derecho comparado

Todos los estados andinos, excepto Chile, reconocen en sus textos constitucionales su composición plural y la existencia de pueblos indígenas u originarios. De un lado está la constatación fáctica de la diversidad o pluralidad y, de otro, una opción valorativa y política. En el pasado, el derecho constitucional optó por políticas de asimilación e integracionismo forzoso de los pueblos y culturas originarios, basadas en una desvaloración de tales pueblos. Actualmente, frente a la constatación fáctica de la pluralidad, las constituciones han optado por el valor del pluralismo, esto es, por considerar de igual valor y derechos las distintas culturas, pueblos, etnias, naciones. Así, el pluralismo se convierte en un principio constitucional. Por el principio del pluralismo, el Estado no representa ni se identifica con un solo pueblo, cultura, etnia o nación, buscando la desaparición o asimilación de los otros pueblos o culturas; sino que valora la igual dignidad y derechos de los distintos pueblos, culturas, etnias y naciones que coexisten en el Estado. Una consecuencia del establecimiento constitucional del principio del pluralismo es el reconocimiento los sistemas jurídicos de los pueblos originarios o indígenas.

La Constitución del Perú de 1993 opta por elevar a categoría de principio constitucional el pluralismo cultural, étnico, lingüístico y jurídico (arts. 2 inc.19, 48 y 149), pluralismo que reconoce y protege. Igualmente, reconoce el derecho individual y colectivo a la identidad étnica y cultural de las personas y comunidades campesinas y nativas (art. 2 inc. 19 89 *in fine*); el derecho de usar los idiomas aborígenes de modo oficial (art. 2 inc. 19 *in fine*, y art. 48); y reconoce el pluralismo jurídico (art. 149).

Según el texto de las constituciones andinas reformadas en los noventas del s. XX, el Estado reconoce y protege la diversidad o pluralidad étnica y cultural de la nación, como aparece en las constituciones de Colombia, 1991 (art. 7) y Perú, 1993 (art. 2, 19). El principio de la igual dignidad de las culturas surge en los noventas del s. XX en las constituciones de Colombia, 1991 (art. 70) y Venezuela, 1999 (art. 100), y se desarrolla con el constitucionalismo plurinacional en el s. XXI, al establecerse

además la igual dignidad de los pueblos, nacionales y comunidades, como se lee en las constituciones de Ecuador, 2008 (art. 11) y Bolivia, 2009 (art. 9.2).

Dado que el pluralismo cultural, étnico, lingüístico y jurídico es un principio constitucional, es inderogable, sirve para orientar la interpretación y aplicación de otras normas y derechos fundamentales, y debe reflejarse en la institucionalidad y comportamiento de los aparatos estatales. Y, en caso de entrar en conflicto con otros principios constitucionales, debe ponderarse ambos.

Cuadro. Reconocimiento de la Pluriculturalidad o Plurinacionalidad

| Constitución de Colombia (1991) | Constitución de Perú (1993) | Constitución de Venezuela (1999) | Constitución de Ecuador (2008) | Constitución del Estado Plurinacional Boliviano (2009) |
|---|---|--|---|---|
| Estado Pluricultural | Estado Pluricultural | Estado Pluricultural | Estado Plurinacional | Estado Plurinacional |
| <p>Art. 7.- “El Estado reconoce y protege la diversidad étnica y cultural de la nación colombiana.”</p> <p>Art. 70.- “(...) La cultura en sus diversas manifestaciones es el fundamento de la nacionalidad. El Estado reconoce la igualdad y dignidad de</p> | <p>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. Todo peruano tiene derecho a usar su propio idioma ante cualquier autoridad mediante un</p> | <p>Art. 100.- Las culturas populares constitutivas de la venezolanidad gozan de atención especial, reconociéndose la interculturalidad bajo el principio de igualdad de las culturas. (...)</p> | <p>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.”</p> | <p>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,</p> |

| | | | | |
|---|---|--|---|---|
| <p>todas las que conviven en el país. (...).”</p> | <p>intérprete. (...).”</p> <p>Art. 48. Son idiomas oficiales el castellano y, en las zonas donde predominen, también lo son el quechua, el aimara y las demás lenguas aborígenes, según la ley.</p> <p>Art. 89. (...) El Estado respeta la identidad cultural de las comunidades campesinas y nativas.</p> | | <p>Art. 11.- El ejercicio de los derechos se regirá por los siguientes principios: 7. El reconocimiento de los derechos y garantías establecidos en la Constitución y en los instrumentos internacionales de derechos humanos, no excluirá los demás derechos derivados de la dignidad de las personas, comunidades, pueblos y nacionalidades, que sean necesarios para su pleno desenvolvimiento.</p> | <p>cultural y lingüístico, dentro del proceso integrador del país.”</p> <p>Art. 9. “Son fines y funciones esenciales del Estado (...): 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. (...).”</p> |
|---|---|--|---|---|

(b) La libre determinación y autonomía de los pueblos

Los pueblos indígenas u originarios preceden a los estados y han sufrido políticas históricas de conquista, colonización y exclusión que les han hecho perder, en diverso modo, el control de su destino. El derecho internacional y constitucional contemporáneo reconoce que tales pueblos pre-existen a los estados, y que tienen el derecho de existir con dignidad, lo que supone la recuperación de su capacidad de determinar su modo de vida y desarrollo, y de controlar sus instituciones, de acuerdo a su identidad. En esto consiste la libre determinación de los pueblos. Además de ser un derecho inherente o intrínseco de los pueblos, el derecho a la libre determinación está recogido en el derecho internacional y constitucional.

El Convenio 169 de la OIT que establece el derecho de los pueblos a controlar sus instituciones, formas de vida y desarrollo. La DNUDPI reconoce que los pueblos han sufrido injusticias históricas que deben ser reparadas, y dichos pueblos gozan de libre determinación, esto es, el derecho de definir su condición política y su modelo de desarrollo.⁶¹

Declaración de las Naciones Unidas sobre los Derechos de los Pueblos Indígenas

Sexto Considerando “Preocupada por el hecho de que los pueblos indígenas hayan sufrido injusticias históricas como resultado, entre otras cosas, de la colonización y enajenación de sus tierras, territorios y recursos, lo que les ha impedido ejercer, en particular, su derecho al desarrollo de conformidad con sus propias necesidades e intereses,”

Art. 3.- “Los pueblos indígenas tienen derecho a la libre determinación. En virtud de ese derecho determinan libremente su condición política y persiguen libremente su desarrollo económico, social y cultural.”

Art. 4.- “Los pueblos indígenas, en ejercicio de su derecho de libre determinación, tienen derecho a la autonomía o al autogobierno en las cuestiones relacionadas con sus internos y locales, así como a disponer de los medios para financiar sus funciones autónomas.”

⁶¹ La DNUDPI establece que la libre determinación de los pueblos indígenas debe darse sin menoscabo de la integridad territorial y política de los estados.

Declaración de las Naciones Unidas sobre los Derechos de los Pueblos Indígenas

Art. 46.- “1. Nada de lo señalado en la presente Declaración se interpretará en el sentido de que confiere a un Estado, pueblo, grupo o persona derecho alguno a participar en una actividad o realizar un acto contrarios a la Carta de las Naciones Unidas, ni se entenderá en el sentido de que autoriza o fomenta acción alguna encaminada a quebrantar o menoscabar, total o parcialmente, la integridad territorial o la unidad política de Estados soberanos e independientes. (...)”

La Constitución del Perú ha reconocido de modo expreso a los pueblos originarios o indígenas su existencia legal, personalidad jurídica y autonomía organizativa, administrativa, económica, cultural, territorial, jurisdiccional y en el trabajo comunal (arts. 89, 149 y 191). La autonomía es una manifestación de la libre determinación, como consagra la DNUDPI.

El derecho de los pueblos originarios a existir con dignidad y libre determinación, de acuerdo a su forma de vida e identidad, es el fundamento de su derecho a la autonomía. Una manifestación de la autonomía de los pueblos es su derecho de contar con sus autoridades, derecho consuetudinario y jurisdicción propia.

CIDH. Anexo al Comunicado de Prensa 28/11 sobre el 141o Período de Sesiones de la CIDH. 1 de abril de 2011.

“Finalmente, en una audiencia sobre jurisdicción indígena y derechos humanos, se recibió información sobre la falta de respeto por la aplicación de **sistemas jurídicos** ancestrales por las **autoridades indígenas**. La CIDH recuerda que el ejercicio de la jurisdicción indígena constituye una manifestación del **derecho a la autonomía de los pueblos indígenas**, el cual está reconocido en el derecho internacional de los derechos humanos.”
(Resaltado nuestro)

3. El reconocimiento del Pluralismo Legal en el Perú⁶²

Las dos normas fundamentales que consagran un modelo de pluralismo legal interno son la Carta Constitucional de 1993 y el Convenio 169 de la OIT, las cuales deben interpretarse conjuntamente. Cabe anotar que como criterio interpretativo debe utilizarse el Art. 35 del Convenio, el cual establece que priman las normas (o incluso acuerdos nacionales –políticos-) que otorgan más derechos o ventajas a los PI.

El **Art. 149** de la Constitución de 1993 señala:

⁶² Con información y basado en: YRIGROYEN FAJARDO, Raquel. Hacia un Reconocimiento Pleno de las Rondas Campesinas y el Pluralismo Legal. Publicado en: Revista Alpanchis: Justicia Comunitaria en los Andes. No 59-60 Edición Especial, Vol. 1 (2002) Sicuani, Cusco: Instituto de Pastoral Andina (pp.31-81) Disponible en: <http://alertanet.org/ryf-alpanchis.htm>

*“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.”*

El Convenio 169 de la OIT establece, entre otras disposiciones:

***Art. 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.*

***Art.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.”*

Objeto de reconocimiento.

Lo primero que se desprende del texto constitucional y el Convenio 169 de la OIT es que hay un reconocimiento de tres contenidos mínimos: a) el derecho indígena/comunal, que la Constitución y el Convenio llaman *derecho consuetudinario*. No se trata del reconocimiento de un *corpus* fijo de normas, sino de la potestad normativa o reguladora de los pueblos indígenas y comunidades; b) la función jurisdiccional especial (JE), *i.e.*, la potestad de impartir o administrar justicia. Ello incluye la validez y eficacia de las decisiones de la JE de modo autónómico, y c) el sistema institucional o de autoridades, o la potestad de gobernarse con sus propias instituciones de autogobierno, incluidos los mecanismos de designación, cambio y legitimación de autoridades propias.

Antes de esta reforma constitucional sólo se definía como *ley* a la emanada por los órganos estatales, y lo demás era considerado como *costumbre*. Las costumbres, como una fuente secundaria del derecho, sólo eran admisibles a falta de ley (estatal) y nunca en contra de ella (*contra legem*), en cuyo caso podían constituir delito. Al reconocerse funciones jurisdiccionales a los pueblos y comunidades indígenas/campesinas siguiendo su propio derecho y aplicado por sus propias autoridades, se admite explícitamente la existencia de órganos distintos al poder

judicial, legislativo y ejecutivo para la producción del derecho y la violencia legítima. Se reconoce entonces el llamado *derecho consuetudinario* no sólo como fuente del derecho (estatal), sino como un derecho propio que se aplica incluso contra la ley estatal, sólo bajo el techo de los derechos humanos. Este tema fue explícitamente debatido en el Congreso Constituyente: que el reconocimiento del pluralismo legal implicaba la aplicación del *derecho consuetudinario* aún en contra de la ley, y por eso es que esta norma merecía estatuto constitucional y no sólo legal.⁶³

En este sentido se pronuncian los constitucionalistas Bernal y Rubio. El reconocimiento de la jurisdicción especial *“permite el ejercicio de la función jurisdiccional por un órgano u organización distintos al Poder Judicial, limitándose el principio de la unidad y exclusividad del Poder Judicial para dicha función, consagrado en el inc. 1 del Art. 139”* (Bernal, 1999: 682). Por lo tanto, cuando las autoridades indígenas o comunales ejercen estas funciones jurisdiccionales los tribunales ordinarios deben inhibirse de intervenir, so pena de actuar inconstitucionalmente, anota Rubio⁶⁴.

La Jurisdicción Especial (JE), como sistema de resolución de conflictos indígena/comunal que actúa de acuerdo a su propio derecho y marco cultural, tiene las facultades y competencia que los pueblos y comunidades implicados quieran otorgarle. El reconocimiento legal (vía la Constitución y el Convenio 169) de la JE tiene como objeto evitar la colisión que ocurría entre el derecho estatal y los derechos indígenas/comunales. Por lo tanto, desde una mirada externa, el reconocimiento de la JE, incluye mínimamente las potestades que tiene cualquier

⁶³ Originalmente el tema fue presentado ante el CCD por Fernando de Trazegnies, invitado para sustentar el reconocimiento del pluralismo legal *“(...) He escuchado algunas opiniones que dicen que no se requiere de una norma constitucional, sino que bastaría que se incorpore en el Código Penal, en la Ley de Comunidades Nativas, etcétera. Creo que debe ser en la Constitución, porque tiene que poder ser aplicada eventualmente contra la ley. Y esto me parece un punto muy importante. Creo que no es solamente una norma que va a ser supletoria dentro del marco de la ley occidental. Tiene que poder ser aplicada en algunos casos (...) contra la ley.”* (Diario de Debates CCD, 12.4.1993). Este planteamiento fue rechazado por Chirinos Sotos y otros congresistas, pero en la reunión de la Comisión de Constitución, a pesar de la resistencia de la congresista Martha Chávez, finalmente primó el criterio de que era necesario reconocer funciones jurisdiccionales a las autoridades comunales, con todo el poder que ello implicaba, y que por ende esta norma debía estar en la Constitución. Y se estableció que debería haber una coordinación con el sistema de justicia nacional. *“El señor MARCENARO FRERS.- (...) si no tuviera la función jurisdiccional no tendría ningún poder; es decir si justamente la finalidad es de que esta institución tan propia, tan peruana [las comunidades], pueda funcionar tiene que tener la facultad jurisdiccional de lo contrario no tendría ningún valor; entonces, no es solamente un problema de coordinación con el sistema judicial común, sino que tenga el poder necesario para poder hacer justicia en los casos.”* (Diario de Debates CCD, 23.6.1993).

⁶⁴ *“También entendemos que cuando exista un proceso de este tipo, los tribunales ordinarios deberán inhibirse, aún cuando puedan actuar de oficio, pues de no hacerlo estarían actuando inconstitucionalmente contra este artículo (149)”*. Rubio (1999: 208). (resaltado mio).

jurisdicción: *Notio, Iudicium, Imperium* o *coercio*.⁶⁵ Esto es, la potestad para conocer los asuntos que le correspondan, incluyendo funciones operativas para citar a las partes, recaudar pruebas (*Notio*); la potestad para resolver los asuntos que conoce, siguiendo su propio derecho (*Iudicium*), y finalmente, la potestad de usar la fuerza para hacer efectivas sus decisiones en caso de ser necesario. Ello comprende acciones que pueden restringir derechos como ejecutar detenciones, obligar a pagos, a realizar trabajos, etc. (*Coercio* o *Imperium*).

Los actos de coerción personal derivados del ejercicio de la función jurisdiccional especial (dentro de su territorio y siguiendo su propio derecho) no constituyen, por definición, usurpación de funciones de la jurisdicción ordinaria, o delito de secuestro, privación ilegal de la libertad ni ninguna otra forma delictiva, como no lo son la captura, trabajo comunitario, prisión, embargo, impedimento de salida que sufren las personas por orden legítima de la jurisdicción ordinaria. Se trata, por propio reconocimiento constitucional, del ejercicio de un derecho, del derecho de los pueblos y comunidades de ejercer funciones jurisdiccionales. El ejercicio de un derecho no puede constituir por tanto la comisión de un delito pues no sólo no está prohibido, sino que su ejercicio está legitimado y protegido. En reiterada jurisprudencia la Corte Constitucional de Colombia ha respaldado estas facultades de la jurisdicción especial.⁶⁶ Ello incluye claramente no sólo potestades coercitivas generales sino también potestades punitivas específicas las cuales ya no están en manos de la jurisdicción penal ordinaria sino de la jurisdicción especial o tradicional (San Martín, 1999, 90-91).

4. Competencias.

Competencia territorial.

⁶⁵ Ver: Sánchez Botero y Jaramillo (2000, pp 130-131), quienes a su vez citan la Enciclopedia Jurídica Omeba en su definición de Jurisdicción. Tomo XVII, p. 538-9, SA. Buenos Aires. Las autoras explican que la Corte Constitucional de Colombia ha reconocido en reiterada jurisprudencia el carácter de Jurisdicción que tienen los pueblos indígenas, con todas las potestades mencionadas. Tomo de estas autoras las ideas que siguen.

⁶⁶ “Esto implica que los pueblos indígenas pueden tener personas encargadas de conducir a los reuantes ante las autoridades judiciales de la comunidad, [tener] sitios de reclusión o castigo, y también que pueden imponer penas restrictivas de la libertad y tener personas que vigilen el cumplimiento de las penas de cualquier tipo. Además de los límites que se derivan de los derechos humanos, la Corte no ha señalado otros. Por el contrario, ha avalado la actuación de los indígenas en este aspecto. Véase Sentencias SR-349 de 1996, T-523 de 1997, y SU-510 de 1998.” (Sánchez et al. 1999, p. 143). “En el caso de los pueblos indígenas, el derecho de administrar justicia también incluye el derecho de utilizar la fuerza física, teniendo como límite la protección del derecho a la vida e integridad corporal”. Al respecto, la Corte, mediante “sentencia T-349 de 1996... protegió la sanción del cepo... (y) la sentencia T-523 de 1997 ... protegió la sanción del “fuate”... bajo la consideración de que no constituían trato cruel inhumano ni degradante”. (Sánchez, 1999, p. 142). Esta facultad también incluye el derecho de “impedir la entrada o permanencia en su territorio de personas indeseadas (derecho de exclusión de su territorio)” (Sentencias T-257 de 1993, SU-510 de 1998 y T-652 de 1998), entre otros tipos de medidas y sanciones (Sánchez et al., 2000, p. 119).

El texto constitucional tiene como eje de la Jurisdicción Especial la competencia territorial. Es decir, que la JE tiene competencia respecto de los hechos o casos que se presentan dentro del ámbito territorial de los pueblos indígenas, comunidades campesinas, nativas o rondas campesinas.⁶⁷ Y la eficacia de dichas decisiones es de alcance nacional.⁶⁸ Para dar contenido al concepto de “ámbito territorial” es importante utilizar el Convenio 169 de la OIT que define el territorio como “*la totalidad del habitat de las regiones que los pueblos ocupan o utilizan de alguna manera*” (Art. 13, 2) e incluye dentro de los derechos territoriales inclusive “*las tierras que no estén exclusivamente ocupadas por ellos, pero a las que hayan tenido tradicionalmente acceso para sus actividades tradicionales y de subsistencia*” (Art. 14, 1). El ámbito territorial no equivale entonces a tierras de *propiedad legal* del pueblo indígena, comunidad o ronda, sino al espacio geofísico que utilizan de alguna manera. Esto es importante porque en el Perú no todas las comunidades tienen tierras tituladas o perfectamente delimitadas, y actualmente la Constitución permite la venta de tierras comunales sin que por ello desaparezca la comunidad como ente colectivo sujeto de derechos. Las rondas campesinas de estancias y aldeas tampoco tienen tierras de propiedad común pero si tienen espacios delimitados de actuación de acuerdo al límite de la estancia, aldea o caserío (que es el espacio de las familias empadronadas y que participan en las asambleas). Lo importante es que se trate del espacio sobre el cual interactúan de alguna manera y por ende es ahí donde se aplica el derecho y la justicia indígena/comunal/rondera. En este sentido se ha pronunciado la Corte Constitucional de Colombia al establecer el precedente de que el término *territorio* no solamente se refiere a la tierra de propiedad legalmente reconocida, sino a la habitualmente ocupada por una comunidad indígena⁶⁹ o a “aquellas áreas poseídas por una parcialidad, comprendiendo en ellas no sólo las habitadas y explotadas sino también aquellas que constituyen el ámbito tradicional de sus actividades económicas y culturales” (Sentencia T-384 de 1994).⁷⁰

Competencia material.

⁶⁷ La Corte Constitucional de Colombia ha sustentado el mismo criterio: “En la sentencia ST-496 de 1996 (...) se afirma que uno de los elementos de este fuero es (...) de carácter geográfico, que permite que cada comunidad pueda juzgar las conductas que tengan ocurrencia dentro de su territorio (...)”. (Sánchez et al. 1999, p. 132).

⁶⁸ “Por otro ha indicado que la validez de las decisiones de la autoridades indígenas en todo el territorio nacional (por ejemplo) ordenando a la policía nacional llevar al territorio indígena respectivo a las personas que han escapado de las autoridades indígenas, para que la pena impuesta se cumpla en territorio indígena. Véase Sentencia ST-349 de 1996. (Sánchez et al., 2000, p. 133).

⁶⁹ “Así por ejemplo en la sentencia T-254 de 1994, a pesar de que la comunidad indígena no había legalizado aún la propiedad sobre la tierra ocupada, la Corte consideró procedente el ejercicio de las facultades jurisdiccionales dentro del territorio en el que estaba asentada la comunidad.” (Sánchez et al., 2000, p. 133).

⁷⁰ Sánchez et al. (2000, p. 133).

Dentro del ámbito territorial propio (del pueblo indígena, comunidad o ronda), la jurisdicción especial tiene competencia para conocer todas las materias que juzgue conveniente, de acuerdo a su propio derecho, *i.e.* a su potestad normativa. Ni la Constitución ni el Convenio establecen un límite en cuanto a las materias o la gravedad de hechos que puede conocer el derecho indígena. Y donde la ley no distingue, el intérprete no puede distinguir, recortar o reducir. Esta amplitud es coherente con el hecho de que la jurisdicción especial se aplica de conformidad con el *derecho consuetudinario*, que tiene su propio modo de clasificar y reconstruir los hechos sociales desde sus propios valores y categorías, que no necesariamente corresponden a las categorías del derecho oficial. Esta amplitud se condice con el Convenio 169, que ilustrativamente menciona en sus diversos artículos materias referidas a la propiedad y manejo de la tierra, los métodos de persecución de delitos, la forma de organización social, política y económica.

Antes del reconocimiento constitucional de la jurisdicción especial, formalmente, las faltas penales y los casos de menor cuantía civil eran de competencia de los jueces de paz, y los delitos y casos de mayor cuantía civil eran competencia de los jueces de instancia, de acuerdo a su especialidad. A partir de la Carta del 93 y la ratificación del Convenio 169, la jurisdicción especial es la competente para ver todo tipo de casos dentro del ámbito territorial comunal, estén o no tipificados por el derecho oficial, sean leves o graves, o sean calificados como penales o civiles por el derecho oficial, ya que dicha jurisdicción especial no se rige por la ley estatal, sino por su propio derecho. Si bien todavía algunos autores consideran que las materias que puede conocer la jurisdicción especial no pueden interferir con las que son de competencia de los jueces de paz y otras autoridades judiciales⁷¹, una lectura más comprensiva del Art. 149 ha ganado terreno en la doctrina nacional (Bernal, 1999, Rubio, 1999, San Martín 1999, Peña 1994, Yrigoyen 1994, 1995). Si la jurisdicción especial sólo pudiese conocer lo que no es de competencia de la jurisdicción ordinaria, entonces prácticamente no podría conocer ninguna materia ya que cualquier asunto puede caer en la competencia de los jueces de paz (faltas y casos no graves) o de los jueces de instancia (delitos y casos de mayor cuantía). Esta era la situación anterior a la de la reforma del 93 y la ratificación del Convenio 169, que ponía en la ilegalidad la justicia indígena y comunal. Justamente por ello es que se dio el reconocimiento constitucional de la jurisdicción especial, ya que de otro modo ésta no podría actuar sin violar la ley. El constitucionalista Marcial Rubio aclara este punto al analizar el alcance del Art. 149 de la Constitución de 1993, en concordancia

⁷¹ “[...] no compartimos la interpretación [...] respecto de las facultades amplias que tendrían las autoridades comunales para intervenir sobre cualquier materia, dado que ello sería desconocer las funciones y atribuciones del juez de paz y de otras autoridades judiciales que podrían ser competentes sobre los distintos conflictos que se presenten.” Lovatón, David et al. (1999, p. 169).

con la voluntad del legislador: *"La función jurisdiccional será ejercida de conformidad con el derecho consuetudinario. Quiere decir esto que aplicarán las costumbres del lugar (...). Podrán aplicar todo tipo de costumbre: las que llenan los vacíos de la ley y las que secundan la ley porque son llamadas por ella (...) pero también las que van contra la ley (tradicionalmente prohibidas en nuestro derecho), y que son precisamente aquéllas para las que sirve esta autorización."* (Rubio, 1999: 200).

El penalista César San Martín también coincide con este punto de vista al señalar que la jurisdicción especial (a la que también llama *tradicional*) constituye una excepción a la jurisdicción ordinaria, y en tal caso es la jurisdicción ordinaria la que no debe intervenir.⁷² En este sentido se ha pronunciado la jurisprudencia de la Corte Constitucional de Colombia, reconociendo competencia a la JE inclusive en casos de homicidios (Sánchez et. al., 2000, p. 132). Una reducción externa de las materias que pudiese conocer la jurisdicción especial iría en contra del reconocimiento constitucional y afectaría el cumplimiento del Convenio 169 de la OIT. En todo caso, es la propia jurisdicción especial la que podría, si así lo viese conveniente, delegar materias o casos para el conocimiento de la jurisdicción ordinaria, o pedir el apoyo de la fuerza pública. La carencia de argumentos jurídicos para fundamentar una posición limitativa de las competencias jurisdiccionales de los pueblos indígenas refleja la pervivencia de la concepción colonial de que los *indios* sólo son competentes para conocer casos pequeños o marginales, sin afectar la ley (estatal).

Competencia personal.

Para la definición del ámbito de competencia personal que está bajo la jurisdicción especial ha de tenerse en cuenta varios criterios. Los pueblos/comunidades indígenas tienen derecho a tener su propia JE debido a su identidad cultural diferenciada, y a su derecho a desarrollarse como colectivo, con control de sus instituciones, dentro de su territorio. Sobre este tema se hacen varias preguntas. En primer lugar, si todas las personas que están dentro del territorio de los pueblos/comunidades indígenas/campesinas están sometidas a la Jurisdicción Especial o sólo los indígenas. En segundo lugar, si la JE tiene competencia personal

⁷² *"Las infracciones penales son de conocimiento de la jurisdicción ordinaria, que es la básica o común. Esta jurisdicción conoce todos los procesos que no estén expresamente atribuidos a las otras, cuyos campos de actuación han de estar casuísticamente señalados y constituyen excepción. Desde este punto de vista se tiene, como ya se anotó, tres jurisdicciones especiales; en primer lugar, la jurisdicción tutelar [menores]. En segundo lugar, la jurisdicción militar [...]. En tercer lugar, la jurisdicción tradicional, dedicada a la aplicación del derecho penal consuetudinario para las conductas penales que determina la ley, cometidas por los integrantes de las Comunidades Campesinas y Nativas en su ámbito territorial"* (San Martín, p. 90-91). (negrita nuestra).

extra-territorial respecto de indígenas. En tercero, si la JE es voluntaria u obligatoria para los indígenas. En cuarto, si hay excepciones en el caso de no indígenas.

En primer lugar, los pueblos/comunidades tienen el derecho de ejercer la JE dentro de su territorio, comprendiendo a todas las personas que se encuentren dentro del mismo. Esto es claro en el texto constitucional que prioriza el criterio territorial como delimitador de la JE. Por ende todas las personas que se encuentran dentro del territorio del pueblo/comunidad indígena/campesina están sometidas a dicha JE. Es obvio que habrá materias en las que el titular de la JE no considere intervenir (ejem. cuando los hechos no afecten a una persona o un bien de protección pública del colectivo), aunque los hechos se realicen dentro de su territorio. Esta competencia del ente colectivo sobre los sujetos que se encuentran dentro de su territorio es coherente con la lógica de funcionamiento de cualquier sistema jurídico. Cabe tener en cuenta, además, que históricamente se ha mellado a los pueblos indígenas al restarles poder frente a colonos o extraños, quienes causando daños dentro de las comunidades han huido sin reparar los mismos. La Constitución no busca repetir, sino superar dicha situación. Al tratarse de una potestad de los pueblos/comunidades, compete a tal sujeto colectivo determinar en qué casos va a intervenir o no; *i.e.* No se trata de una atribución de los individuos el elegir la jurisdicción a la que quieren someterse en caso de materias de interés público de dicha JE. Ello no significa, sin embargo, que dicha jurisdicción pueda cometer arbitrariedades, pues siempre queda el recurso, para indígenas/comuneros como para no-indígenas, de cuestionar actos de la JE que pudiesen atentar contra sus derechos humanos, pero no la competencia jurisdiccional misma en tanto se encuentren dentro del territorio indígena/comunal y la JE considere de su competencia intervenir.

El segundo fundamento es cultural. Es decir, las personas tienen derecho a ser sometidas al sistema jurídico de cuyos supuestos culturales participan. Esto está expresado por el Convenio 169 de la OIT en el art. 9,2, que señala el derecho de los pueblos indígenas (PI) de aplicar sus propios métodos para la persecución de delitos cometidos por sus miembros (Art. 9,2). De una parte ello establece el derecho de los miembros de PI ante el Estado de ser juzgados por sus propios métodos y no por el derecho estatal. Este derecho podría significar que la JE tenga una aplicación extra-territorial para poder encargarse de los miembros de PI que tuviesen conflictos aún fuera de su territorio, siempre que sea de interés de la JE intervenir y no afecte intereses de terceros no indígenas (salvo que éstos acepten someter el caso a la JE).

Ahora, dado que el ejercicio de la JE es una atribución de los PI como colectivos y no de los individuos, no es facultativo para las personas en tanto individuos, y por lo tanto no están en condiciones de huir de su sistema cuando no les “conviene” reparar una falta, trabajar o cumplir una sanción. En todo caso, al ser la jurisdicción especial potestativa de los pueblos indígenas, tales –los pueblos- sí están en la facultad de considerar qué casos juzgan directamente o, incluso, en cuáles piden colaboración de la fuerza pública o la jurisdicción ordinaria. La jurisprudencia de la Corte Constitucional colombiana es consistente en este punto, al sostener que no son los individuos sino la comunidad o pueblo el que tiene la potestad de jurisdicción, fallando que sus miembros no pueden escaparse de ella cuando les conviene (para huir de una sanción). La JE incluso tiene el derecho de contar con el auxilio de la fuerza pública cuando algunas personas pretendan escaparse de la justicia indígena sin reparar daños causados dentro de la misma⁷³.

También con base en el criterio cultural, algunos no-indígenas podrían alegar no ser juzgados por el sistema indígena sino por el estatal, dado que no participan de dicha cultura. Como he mencionado líneas arriba, en principio, la competencia de la JE es sobre todas las personas que se encuentran en su territorio si afectan bienes de interés de la JE. Ello no impide que la JE desarrolle criterios para atender situaciones de personas extrañas que no conocen las normas de la comunidad así como formas de colaboración con la jurisdicción ordinaria. Pero es una atribución de la propia JE, no un motivo para el extrañamiento del sujeto de la JE.⁷⁴

Sistematicidad

La inclusión de la Jurisdicción Especial en la Constitución de 1993 (Art. 149) no ha sido tan sistemática como en su homóloga colombiana. En la Constitución colombiana de 1991, fuente de la peruana, claramente se establece dos tipos de jurisdicción: a) la jurisdicción ordinaria (a cargo de los órganos de justicia del Estado) y b) la jurisdicción especial (a cargo de los pueblos indígenas). En la Constitución peruana no se hace esa distinción expresa, sólo se denomina *jurisdicción especial a*

⁷³ En este sentido se ha pronunciado la Corte Constitucional de Colombia. Para garantizar la potestad coactiva de la jurisdicción especial indígena (*ius imperium*) ha ordenado a la policía colombiana colaborar con las autoridades indígenas para capturar a quienes salieron del territorio indígena tratando de evadir el cumplimiento de una sanción: Sentencia ST-349 de 1996. Ver: Sánchez Botero et al. (2000, p. 142).

⁷⁴ Este punto es materia de discusión en la jurisprudencia colombiana, así como en otros países y se busca tener en cuenta si los extraños conocían o no las costumbres indígenas. En términos prácticos, las comunidades aplican algunas reglas a extraños, especialmente en lo que se refiere a reparación de daños, pero no otras que dependen de la participación en la cultura de la comunidad. La pertenencia cultural es un criterio importante para el juzgamiento de cualquier persona, de un pueblo indígena o no, pero ello no debe utilizarse como pretexto para que los extraños busquen eximirse de su responsabilidad ante hechos o daños causados en pueblos/comunidades indígenas/campesinas como ha ocurrido históricamente.

la de las comunidades campesinas, nativas y rondas, debiendo asumirse por vía interpretativa que la jurisdicción ordinaria sería la ejercida por el Poder Judicial. Igualmente, como se ha dejado sin modificar el Art. 139 referido a las características de unidad y exclusividad de la función jurisdiccional, habrá que hacer una interpretación sistemática y teleológica. Cabe entender que dichas características (unidad y exclusividad) se aplican a la jurisdicción ordinaria, pero no obligan a la jurisdicción especial, la cual únicamente se rige por el principio de respeto de su propio derecho consuetudinario y los derechos humanos, como señala Art. 149 de la Constitución y el Convenio 169 de la OIT. Si la Constitución hubiera querido mantener la idea de una única jurisdicción centralizada en los tribunales, el Art. 149 no tendría sentido o devendría vacío.⁷⁵ Tampoco se ha concordado el reconocimiento de las funciones jurisdiccionales, normativas (por el reconocimiento del *derecho consuetudinario*) y ejecutivas (por el reconocimiento de la aplicación de su derecho y justicia por sus propias autoridades) con la redacción de otros apartados de la Constitución. Igualmente falta adecuar normativamente el conjunto de derechos reconocidos en el Convenio 169 de la OIT y que algunos sentidos amplían los márgenes de actuación del derecho indígena y la JE.

Límite/Marco: Los Derechos Humanos

El Art. 149 de la Constitución y el Art. 8,2 del Convenio sólo establecen como límite de la JE la no violación de derechos fundamentales ni humanos. De este modo, quienes pretenden decir que la jurisdicción especial debe estar subordinada a la jurisdicción ordinaria, o que no puede interferir con ella, o que debe estar controlada o reducida, están haciendo una interpretación que no se condice con el texto ni el espíritu del Convenio 169, la Constitución, ni los principios de interpretación sistemática, teleológica y progresiva.

Incluso en los casos de Colombia y Bolivia, en los que la fórmula constitucional limita el reconocimiento de la jurisdicción especial (Colombia) o justicia indígena (Bolivia) al respeto de la Constitución y las leyes, no se espera que la misma no interfiera con la justicia ordinaria o la ley, tal como literalmente dice su Carta. La Corte Constitucional colombiana ha dejado sentado que si la jurisdicción especial tuviera que respetar toda la Constitución y las leyes, devendría vacía, de tal modo que sólo debe respetar lo que ella llama los *mínimos fundamentales*: el derecho a la vida (no matar), integridad física (no torturar), libertad (no esclavizar) y ciertos principios del

⁷⁵ Los Constitucionalistas Rubio (1999) y Bernal (1999) dan cuenta de la falta de técnica legislativa y coherencia en la redacción del art. 139, y la necesidad de una interpretación sistemática.

debido proceso (previsibilidad), adecuados a su cultura.⁷⁶ Líneas arriba he argumentado que el ejercicio de funciones jurisdiccionales, con las restricciones de derechos que pueda implicar (detenciones, investigaciones, sanciones, algunas formas de coerción personal, etc.), al ser legítimas y legales, no implican la comisión de delitos o violación de derechos humanos *per se*. Si una medida es violatoria de derechos humanos debe ser analizada en sí misma, pero no lo es el mero hecho del ejercicio de la jurisdicción especial por las autoridades indígenas/comunitarias.

Interpretación Intercultural de los derechos humanos.

Teniendo en cuenta que el Estado reconoce constitucionalmente el carácter pluricultural de la Nación con el correspondiente derecho a la diversidad cultural (Art. 2,19) y, además, el pluralismo legal (Art. 149) con el correspondiente derecho a la jurisdicción especial, la definición e interpretación de los derechos humanos no puede quedar en manos de una sola orientación cultural ni un solo aparato institucional, sin peligro de violentar el derecho a la diversidad y el reconocimiento del pluralismo. Los derechos humanos deben ser definidos e interpretados con base en el diálogo intercultural. En primera instancia cualquier presunta vulneración de los mismos debe ser tratada al interior de la JE. Y en ningún caso puede considerarse que el mero ejercicio de la jurisdicción especial, cuando ella corresponda, constituye una violación de DH -dado que su ejercicio constituye un derecho constitucional-.

En casos de presunto conflicto entre la JE y los derechos humanos no existe ninguna disposición legal que obligue que todo caso deba pasar a la jurisdicción ordinaria. El Convenio 169 de la OIT señala que deberán establecerse **procedimientos adecuados** para resolver posibles conflictos entre derecho consuetudinario y derechos humanos (Art. 8,2). Estos procedimientos aún no existen, deben crearse en consulta con los pueblos indígenas (Art. 6 del Convenio), y garantizar la interpretación intercultural de los hechos y el derecho mismo, para honrar el reconocimiento constitucional del derecho a la diversidad (Art. 2,19 de la Carta). Una propuesta podría ser la conformación de tribunales mixtos o escabinados compuestos por jueces estatales y autoridades comunitarias/indígenas/ronderas que resuelvan mediante reglas de equidad los presuntos conflictos entre JE y derechos humanos (y no con base en un solo derecho: el estatal o el *derecho consuetudinario*), tratando de entender las diferentes posiciones (desde su propio marco cultural) y promover arreglos para prevenir la

⁷⁶ Ver: Sánchez Botero (1998), y Sánchez et al. (2000).

violencia (atendiendo las demandas y necesidades de todas las partes).⁷⁷ El objetivo es que los pueblos y las autoridades indígenas/comunitarias no queden como simples espectadoras de un ejercicio siempre ajeno del poder jurisdiccional y sometidas pasivamente a la interpretación de los jueces ordinarios, sino que se constituyan verdaderamente en autoridades jurisdiccionales con todas las potestades que la Constitución les ha reconocido. La construcción de un Estado Pluricultural debe partir del respeto a la igual dignidad de los diferentes y basarse en el diálogo, la negociación. En este sentido se pronuncia Will Kymlicka, uno de los máximos exponentes de la teoría de la ciudadanía multicultural, al sostener que en situaciones de multiculturalidad con presencia de pueblos indígenas, minorías nacionales o culturas societales con un nivel de autogobierno, el sometimiento de los mismos a un marco de derechos humanos no significa necesariamente que deban responder a una ley nacional ni a sus tribunales, sino que podrían crearse tribunales con participación equitativa tanto de la jurisdicción federal (nacional estatal) como de dichos pueblos indígenas.⁷⁸

La Coordinación

La Constitución del 93 establece que debe haber una ley de *coordinación* entre la JE y los juzgados de paz y el sistema de justicia nacional.⁷⁹ Esta fórmula se inspira en la Constitución de Colombia de 1991. Las demás Constituciones que reconocen el derecho indígena/comunal también incorporan fórmulas semejantes (Bolivia 1994, Ecuador 1998, Venezuela 1999). En primer lugar, se trata de una ley de “coordinación” y no de “reglamentación” como algunos han entendido erróneamente. Y la vigencia de la jurisdicción especial no está supeditada a esta ley, como lo sostienen varios juristas (Rubio 1999, Bernales 1999, Yrigoyen 1994, 1995), y ha esclarecido reiterada jurisprudencia de la Corte Constitucional de Colombia, cuya Constitución es fuente de la peruana.⁸⁰ En segundo lugar, cabe subrayar que la palabra que usa la Constitución es coordinar, lo cual establece una relación horizontal y no de control, revisión o alguna forma de subordinación. Actualmente hay un *modus operandi* que pasa en algunos casos por la subordinación, la confrontación y la violencia, y en otros por una suerte de “convivencia pactada” de dejar hacer y pasar. Lo que se busca es establecer un sistema de coordinación para

⁷⁷ En otros trabajos he planteado esta propuesta (Yrigoyen 1994, 1995 y 1999). La conformación de estos tribunales mixtos no excluye el apoyo de peritos antropológicos o comunitarios. Una propuesta semejante ha sido planteada por las Rondas Campesinas en su Encuentro Regional (2000) y Nacional (2001).

⁷⁸ Kymlicka cuestiona el supuesto que los pueblos indios tengan que someterse a la Constitución o a tribunales federales, compuestos exclusivamente por jueces no indios. Sugiere que se podría “acordar la creación de un tribunal bilateral de derechos humanos (...), en el cual ambas partes [estuviesen] equitativamente representadas”. (Kymlicka, 1996: 232-3)

⁷⁹ Planteo algunos contenidos posibles de una ley de Coordinación en Yrigoyen (1994) y (1999).

⁸⁰ “El derecho a administrar justicia dentro de su territorio y a regirse por sus propias normas y procedimientos (...) se trata de un derecho de aplicación inmediata y que por tanto no requiere una reglamentación del Estado colombiano para ser reconocido”. Sentencias de la Corte Constitucional de Colombia: T-254 de 1994, C-139 de 1996, C-349 de 1996, T-496 de 1996 y T-23 de 1997. (Sánchez et al., p.118).

la relación armónica y pacífica entre la JE y la jurisdicción ordinaria en condiciones democráticas y no de subordinación. Entre las necesidades de coordinación se encuentran el establecimiento de reglas que permitan resolver conflictos de competencia, mecanismos de cooperación y auxilio mutuo, entre otros. En tercer lugar, y dentro de una lógica democrática de diálogo intercultural, la ley también debería establecer los procedimientos para resolver presuntos conflictos entre derechos humanos y JE. Pero esta función de coordinación no otorga por anticipado una potestad a las autoridades de la jurisdicción ordinaria de controlar o supervisar a las autoridades de la jurisdicción especial, ni aún bajo el argumento de supervisar que la JE respete los derechos humanos, pues constituiría una interferencia ilegal y una presunción de culpabilidad.⁸¹ En cuarto lugar, si bien la Constitución señala que la ley de coordinación es entre la jurisdicción especial y la ordinaria (los juzgados de paz y las demás instancias del sistema nacional de justicia) ello no necesariamente agota las relaciones de la JE. En este sentido, la ley también tendría que regular mecanismos adecuados de coordinación directa con otros entes públicos como la Policía, el Ministerio Público, los gobiernos locales, los Registros Públicos (por ejemplo para registrar decisiones de la jurisdicción especial que modifican registros de la propiedad o el estado civil). En quinto lugar, la ley debe hacer una adecuación normativa entre la Constitución, el Convenio 169 de la OIT (suscrito con posterioridad) y el resto de la normativa nacional, así como desarrollar aspectos que son deficientes o no claros en la Constitución. Lo que de ninguna manera puede hacer la ley es recortar o restringir derechos; sí puede ampliarlos o desarrollarlos. Por ejemplo, en la ley debería ampliarse los sujetos titulares de ejercer la JE teniendo en Cuenta el Convenio 169, que en este caso es más amplio que la Constitución.

⁸¹ Lovatón et al. (1999:169) interpretan la necesidad de coordinación como una obligación de intervención: *“Desde el punto de vista constitucional, entonces, el juez de paz está en la obligación, también de coordinar con las demás autoridades para la aplicación de los usos y costumbres de la comunidad en concordancia con los derechos humanos.”* La “coordinación” no otorga un derecho a la jurisdicción ordinaria (jueces de paz o de instancia) para *controlar* la jurisdicción especial, ya que ésta no está sometida a aquella. En todo caso, según el Convenio 169, deberían establecerse procedimientos especiales para solucionar presuntos conflictos entre las decisiones de la JE y los derechos humanos, pero sin que constituyan una forma de subordinación colonial.