



ACADEMIA DE
LA MAGISTRATURA

**DIPLOMADO
PLURALISMO JURÍDICO Y PAUTAS DE COORDINACIÓN**

**UNIDAD 02. HITOS HISTÓRICOS EN EL RECONOCIMIENTO
DEL PLURALISMO JURÍDICO EN LAS AMÉRICAS**

Elaborado por: Raquel Z. Yrigoyen Fajardo

2015

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. Ramiro Eduardo de Valdivia Cano – Consejero

Dr. Javier Arévalo Vela – Consejero

Dr. Pablo Sánchez Velarde – Consejero

Dr. Jorge Luis Cáceres Arce – Consejero

Dr. Sergio Iván Noguera Ramos – Consejero

Dra. Frezia Sissi Villavicencio Ríos - Directora General

Abog. Bruno Novoa Campos - Director Académico

El presente diplomado “PLURALISMO JURÍDICO Y PAUTAS DE COORDINACIÓN”, ha sido 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. Este programa del Diplomado toma como base la experiencia exitosa de la Diplomatura de Estudio Internacional en Pluralismo Jurídico y Derechos Indígenas ejecutada por el IDS y la PUCP en el 2011.

PROHIBIDA SU REPRODUCCION TOTAL O PARCIAL SIN AUTORIZACION

LIMA – PERÚ

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. <p>a) La emergencia del multiculturalismo de los 80’s.</p> <p>b) El Estado pluricultural y el reconocimiento del pluralismo jurídico en los 90’s.</p> <p>c) El Estado plurinacional y el pluralismo jurídico paritario del s. XXI.</p>	<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>

Conceptuales	Procedimentales	Actitudinales
Lecturas obligatorias: <ul style="list-style-type: none">• Yrigoyen Fajardo, Raquel (2006): “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). Véase en: http://www.alertanet.org/ryf-hitos-2006.pdf• Yrigoyen Fajardo, Raquel (2010): “El Horizonte del Constitucionalismo Pluralista: Del Multiculturalismo a la Descolonización”. Lima: IIDS, VI Congreso de RELAJU.		
Lecturas complementarias: <ul style="list-style-type: none">• Yrigoyen Fajardo, Raquel (2010): Pueblos indígenas, constituciones y reformas políticas en América Latina. Lima: ILSA, INESC e IIDS. Capítulo 1. A los veinte años del Convenio 169 de la OIT. Balance y retos de implementación de los derechos de los pueblos indígenas en Latinoamérica.• Barié, Cletus (2003): Pueblos Indígenas y Derechos Constitucionales en América Latina. México: INI.• Bonilla, Daniel (2006): La Constitución Multicultural. Bogotá: Siglo del Hombre Editores, Universidad de los Andes-Facultad de Derecho, Pontificia Universidad Javeriana- Instituto Pensar. 300 p. [caso Colombia].• Beltran, Bolivar (2010): Desde la continuidad histórica, reconstruyendo la jurisprudencia indígena. Quito: Fundación Llanas.• Clavero, Bartolomé (1994): Derecho Indígena y Cultura Constitucional en América. México: Siglo XXI. Capítulo I: “Tiempo de Colonia, Tiempo de Constitución” (p. 1-44).		

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.¹

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.²

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

¹ 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).

² 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 mercatore*) 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: Antrhopos, 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.”³ 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.⁴

³ Marzal, Manuel (1986): *Historia de la Antropología indigenista: México y Perú*. Lima: PUCP, 1986, p. 43.

⁴ 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.⁵ 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.⁶ De mi parte, introduzco unas variantes al esquema de Marzal, y añado un par de modelos.⁷ 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

⁵ 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), Lincoqueo (2000), Lillo (2000) y Namuncurá (2001).

⁶ 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.

⁷ 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.⁸

(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.

⁸ 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.⁹ Así, fueron despojados de su territorio y reducidos en espacios segregados, como en la era colonial.¹⁰ 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 1994.¹¹

(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.¹²

(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

⁹ 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).

¹⁰ Estas políticas despojaron del 95% de sus tierras a los mapuche (Aylwin 2002).

¹¹ En Argentina la población indígena constituye apenas el 1% del total mientras que en Chile bordea el 8%, con aproximadamente un millón de personas.

¹² Namuncurá (2001) y Aylwin (2001).

derechos, aunque con limitaciones. Y en el 2000 hace el depósito internacional del 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”,¹³ 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,

¹³ García, Pilar (2001): *Cruz y arado, fusiles y discursos. La construcción de los Orientes en el Perú y Bolivia 1820-1940*. Lima: IEP.

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, 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)	-Ocupación militar y política. -Guerras de conquistas contra los pueblos originarios. -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). -Debate sobre las <i>Justas Causas</i> de las guerras contra los indios: <i>Teoría de la servidumbre Natural</i> .	-Pueblos no conquistados por los Incas ni españoles: Pueblos del Sur: mapuches, pehuenques, renqueles y otros (ahora Argentina y Chile).	Pueblos no colonizados: Pueblos de la Amazonía y el Orinoco
2. Colonia (S. XVI- Inicios S. XVIII):	-Segregación, gobierno indirecto y pluralismo subordinado -Instalación de gobierno colonial. Virreinato del Perú. -Subordinación política y explotación económica de los pueblos sometidos. -Sometimiento e incorporación al sistema colonial: indios <i>vasallos</i> de la Corona. -Dualismo legal Subordinado: dos regímenes jurídicos diferenciados. -Segregación física de <i>pueblos de indios</i> para facilitar tributo, mita y evangelización.	Tratados a) Sur: Conflicto en las fronteras de núcleos coloniales establecidos con pueblos no sometidos. -Firma de Tratados y Parlamentos entre Corona Española y pueblos no conquistados del	Misiones b) Amazonía Y selvas del Orinoco y la Guajira: Envío de misioneros (no se firmaron tratados ni parlamentos). -En algunos casos se hicieron

	<p>-Gobierno indirecto (autoridades indígenas) y pluralismo subordinado: fuero indígena para casos menores y “Usos y costumbres” limitados.</p> <p>-Justificación: “<i>ideología de la inferioridad natural de los indios</i>”</p>	<p>Sur.</p> <p>-Estos pueblos no fueron sometidos a servidumbre personal, tributo ni mita.</p>	<p>experimentos semi-autonómicos (como con los Guaraní).</p>
Independencia (Siglo XIX):	<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)</p> <p>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>
República : (Siglo XX)	<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</p>	<p>Asimilación.</p> <p>a)Pueblos del Sur:</p> <p>-Constitución Argentina de1853 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></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</p>

	derechos dentro de marco integracionista/ asimilacionista.	(proceso revertido por Pinochet).	menores (1974)
Ultima Década S. XX- Inicios S. XXI	Horizonte Pluralista -Convenio 169 OIT: superación de asimilacionismo e integracionismo. Propone que pueblos indígenas controlen sus propias instituciones dentro de los Estados en los que viven. -Reformas constitucionales: Colombia (1991), Perú (1993), Bolivia (1994), Ecuador (1998), Venezuela (1999), que incluyen: -Reconocimiento del carácter Pluricultural de la Nación/ Estado/ República. -Reconocimiento de Pueblos Indígenas. -Reconocimiento del pluralismo legal: Derecho Indígena y jurisdicción especial/ justicia. -Aún hay tensiones, contradicciones y deficiencias pero se abre perspectiva pluralista.	Reconocimientos limitados (línea integracionista) y demandas pluralistas -Argentina: Reconocimiento constitucional limitado (1994). -Ratificación del Convenio 169 (2000). -Chile: Reconocimiento infra-constitucional de derechos indígenas (ley de 1993). -No ratificación del Convenio 169. -Conflicto con Pueblo Mapuche	Se extiende el modelo pluralista a los pueblos a los que antes se aplicaba políticas especiales de corte segregacionista. Se da continuidad a la legislación especial. Se mantienen políticas extractivas y por ende de conflicto.

2. Modelos constitucionales

2.1. Constitucionalismo liberal y sometimiento indígena

De la revisión de las constituciones americanas¹⁴ 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.¹⁵ 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

¹⁴ Además de mi propia búsqueda, he aprovechado la selección de textos constitucionales de Clavero, Bartolomé: Clavero, (2004): *Pronunciamientos 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>.

¹⁵ 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.

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:

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-	Modelo Liberal-	Modelo Misionero-
---------	-------------------------	-----------------	-------------------

	colonial de Tutela Federal de <i>naciones domésticas</i>	Asimilacionista: conversión de <i>indios</i> en <i>ciudadanos</i>	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 control territorial	- Indígenas colonizados y reducidos en “ <i>pueblos de indios</i> ” -Sufrían cargas coloniales: tributo, trabajo forzado, azote -Gozaban de: autogobierno limitado, fuero propio y territorio	-Pueblos indígenas no colonizados por difícil acceso para el conquistador (selvas, desiertos). -Gozaban de soberanía
Objetivos	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	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	1. “Civilizar y evangelizar <i>salvajes</i> ” para someterlos a ley general 2. Colonizar: Incorporar nuevos territorios, y 3. Proteger fronteras
Medios	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	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	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	1. Guerra ante resistencia al sometimiento	1. Aplicación de leyes generales (Código	1. Régimen especial bajo tutela eclesial o

	2. Jurisdicción federal para crímenes mayores 3. Gobierno interno y fuero indígena para casos menores	Penal) y jueces ordinarios (formal) 2. En la práctica: control por otras vías (propias comunidades indígenas, Haciendas, Ejército)	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.¹⁶ 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

¹⁶ 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; Kurczyn Villalobos, Patricia (1998): “[El constitucionalismo social frente a la reforma en el derecho del trabajo en México](#)” 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](#)” 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.

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*.

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.¹⁷ 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

¹⁷ Marzal, 1986.

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.¹⁸ 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 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 proscribas 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

¹⁸ 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.

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.¹⁹ 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” forzada de los indígenas por parte de la regulación

¹⁹ 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*.

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 1833, 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 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”.²⁰ 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.²¹

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 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*.²² 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

²⁰ 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’.

²¹ 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.

²² 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).

multiculturalismo,²³ 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.²⁴

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.

²³ Barié, 2003.

²⁴ 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 *Desfatiendo Entuertos*. No 3-4, 1994. Lima: IPRECONM, y (1995b): *Constitución, jurisdicción Indígena y derecho consuetudinario* (Colombia, Perú, Bolivia). Lima: CEAS y Desfatiendo 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 Llunco, 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; 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.

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 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.²⁵

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

²⁵ 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.

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 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 1998.²⁶ Igualmente, las rondas campesinas del Perú según la última Ley de Rondas, al garantizarles la aplicación de los derechos reconocidos a pueblos indígenas.²⁷

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

²⁶ 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.”

²⁷ 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.”

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 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).²⁸

²⁸ 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*

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, 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.

medidas se justifican porque son necesarias para proteger intereses de superior jerarquía y son las menores restricciones imaginables a la luz del texto constitucional”.

El Horizonte del Constitucionalismo Pluralista: Del Multiculturalismo a la Descolonización²⁹

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.³⁰

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

²⁹ 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

³⁰ Para un mayor desarrollo, véase: Yrigoyen 1999, 2004 y 2006.

horizonte del constitucionalismo liberal del s. XIX en Latinoamérica. Un 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* intitutados 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 posibilitó que un gran número de corporaciones transnacionales se instalaran en los territorios indígenas para realizar actividades extractivas, dando lugar a nuevas formas de despojo territorial, como no se había dado desde el 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 noventa, 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.³¹ 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

³¹ Véase Sánchez y Jaramillo 2001.

vulneren bienes jurídicos indígenas. Este terreno sigue siendo el de una disputa de poder abierta.

Cómo resolver conflictos de interlegalidad y posibles vulneraciones de derechos humanos. Las constituciones hablan de una ley de coordinación (Colombia, Perú) o compatibilización (Ecuador), dando a entender una relación horizontal entre la jurisdicción ordinaria y la indígena (o especial). Y con relación a posibles conflictos o violaciones de derechos humanos por la jurisdicción especial, las constituciones no dicen que automáticamente tales casos deben pasar a jurisdicción ordinaria. Sin embargo, tal es la tendencia práctica. En el segundo ciclo no se desarrollaron procedimientos institucionales para encarar posibles conflictos de un modo plural, bajo el principio de la igual dignidad de las culturas y en diálogo intercultural, donde las autoridades indígenas tuvieran igual poder de definición que los jueces ordinarios. Algunos países, como Colombia, avanzaron en instalar el peritaje cultural como un medio para el entendimiento intercultural, a fin de que los jueces pudieran comprender las culturas indígenas y así resolver de mejor manera las tutelas que recibían (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 mayor 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 Pluralista³²

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	<p>Aún en vigencia:</p> <ul style="list-style-type: none"> -La Convención del Instituto Indigenista Interamericano. -El Convenio 107 de la OIT, que entra en revisión entre 1987-1989 	<ul style="list-style-type: none"> -Adopción del Convenio 169 de la OIT sobre pueblos indígenas en 1989. - México ratificó Convenio en 1991. Le siguieron los países andinos, entre otros. 	<p>Aprobación de la Declaración de Naciones Unidas sobre los Derechos de los Pueblos Indígenas.</p> <ul style="list-style-type: none"> -Por el Consejo de Derechos Humanos: 2006. -Por la Asamblea General: 2007.
Política internacional	-Crítica al integracionismo del Convenio 107 de la OIT.	Superación del integracionismo: -Convenio 169 reconoce <i>las aspiraciones de los pueblos a asumir el</i>	Libre determinación: - <i>Pueblos y personas indígenas son libres e iguales a todos los demás pueblos</i>

³² Adaptado de Yrigoyen 2010.

	-Constitución del Grupo de Trabajo de ONU sobre pueblos indígenas (1982) con participación indígena.	<i>control de sus propias instituciones y formas de vida</i> y desarrollo y a fortalecer sus identidades, lenguas y religiones, dentro del marco de los Estados.	-Los pueblos indígenas tienen derecho a la <i>libre determinación</i> , -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). -Multietnicidad (Nicaragua). - Régimen de autonomías	-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	-Estado plurinacional -Reconocimiento de existencia precolonial de naciones/ pueblos indígenas, y su libre determinación. -Responsabilidad social del Estado. -Nuevos derechos de individuos, grupos,

	<p>(Nicaragua)</p> <p>- Derechos indígenas (Brasil, Guatemala).</p>	<p>indígenas.</p> <p>-Derechos de consulta y participación.</p> <p>-Pluralismo jurídico.</p>	<p>comunidades, pueblos, naciones, nacionalidades indígenas.</p> <p>-Nuevos derechos sociales (al agua, “al buen vivir”, seguridad alimentaria).</p> <p>-Derechos de la Naturaleza (Ecuador).</p> <p>-Autonomías indígenas.</p> <p>-Instituciones mixtas plurinacionales interculturales.</p> <p>-Se reconoce jurisdicción indígena de modo explícito.</p>
Pluralismo jurídico	<p>La Constitución de Guatemala reconoce “costumbres”.</p> <p>Estas Constituciones no reconocen el pluralismo jurídico propiamente: el derecho ni la jurisdicción indígena.</p> <p>Los países que ratifican el Convenio 107 reconocen el derecho consuetudinario indígena sin afectar programas de integración.</p>	<p>-Introducción del pluralismo jurídico interno:</p> <p>- Autoridades</p> <p>- Derecho consuetudinario</p> <p>- Jurisdicción especial indígena o sistemas de justicia o mecanismos alternativos de justicia.</p>	<p>-Principios de pluralismo jurídico y representación paritaria de autoridades indígenas y ordinarias en el sistema judicial y el Tribunal Constitucional (Bolivia).</p> <p>-Reconocimiento de:</p> <p>-Derecho indígena o consuetudinario (transversal a la Constitución)</p> <p>-Autoridades indígenas dentro de régimen de autonomía o autodeterminación.</p> <p>-Jurisdicción indígena.</p>

<p>Límites/ problemas</p>	<p>-El reconocimiento de la diversidad no 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>-Nuevos derechos no suponen reforma 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>-Pactos políticos para viabilizar constituciones dan lugar a ciertas restricciones.</p> <p>-Bolivia: texto final reduce algunos avances de texto inicial: No cabe autonomías indígenas supra-departamentales. 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>
--------------------------------------	---	--	---

Bibliografía

- Ariza, José. 2009. Derecho, saber e identidad indígena. Bogotá: Siglo del Hombre Editores, Universidad de los Andes- Facultad de Derecho y Pontificia Universidad Javeriana-Instituto Pensar.
- Bonilla, Daniel. 2006. La Constitución multicultural. Bogotá: Siglo del Hombre Editores, Universidad de los Andes- Facultad de Derecho y Pontificia Universidad Javeriana-Instituto Pensar.
- Chivi, Idón. 2006. Justicia Indígena. Los Temas pendientes. La Paz: Azul Editores.
- Kymlicka, Will. 1995. Ciudadanía multicultural. Una teoría liberal de los derechos de las minorías. Barcelona: Paidós.
- Kymlicka, Will. 2001. Politics in the vernacular. Nationalism, multiculturalism, and citizenship. New York: Oxford University Press.
- Sánchez, Esther. 1998. Justicia y pueblos indígenas en Colombia. Bogotá: UNC y UNIJUS.
- Sánchez, Esther e Isabel Jaramillo. 2001. La Jurisdicción especial indígena. Bogotá: Procuraduría General de la Nación y Procuraduría Delegada para Minorías Étnicas.
- Stavenhagen, Rodolfo y Diego Iturralde. 1990. Entre la ley y la costumbre. México: III-IIDH.
- Taylor, Charles 1993. El multiculturalismo y la política del reconocimiento. México: FCE.
- Yrigoyen Fajardo, Raquel. 1999. Pautas de coordinación entre el Derecho indígena y el Derecho estatal. 1ra Edición. Guatemala: Fundación Myrna Mack.

- Yrigoyen Fajardo, Raquel. 2004. “Vislumbrando un *horizonte pluralista*: rupturas y retos epistemológicos y políticos” En: Castro, Milka. Los desafíos de la interculturalidad. Santiago de Chile: Universidad de Chile. (p. 191-228).
- Yrigoyen Fajardo, Raquel. 2006. “Hitos del reconocimiento del pluralismo jurídico y el derecho indígena en las políticas indigenistas y el constitucionalismo andino”. En: Berraondo, Mikel. 2006. Pueblos indígenas y Derechos humanos. Bilbao: Universidad de Deusto (p. 537-567).
- Yrigoyen Fajardo, Raquel (ed.). 2010. Pueblos indígenas. Constituciones y reformas políticas en Latinoamérica. Lima: IIDS, INESC, ILSA.
- Van Cott, Donna Lee 2000. The friendly liquidation of the past. The politics of Diversity in Latin America. Pittsburgh: University of Pittsburgh Press.