

Pluralismo y nuevos ordenamientos jurídicos

Un análisis del pluralismo jurídico en Colombia

Liliana Burbano Gelpud

Universidad Santo Tomás de Aquino

Facultad de Derecho

Tunja, Colombia

2015

Pluralismo y nuevos ordenamientos jurídicos

Un análisis del pluralismo jurídico en Colombia

Liliana Burbano Gelpud

Trabajo de investigación presentado como requisito parcial para optar al título de:
Magister en Derecho Administrativo

Director: Ph D., Diego Mauricio Higuera Jiménez

Universidad Santo Tomás de Aquino

Facultad de Derecho

Tunja, Colombia

2015

Resumen

El trabajo trata acerca del concepto de “pluralismo” aplicado al ámbito étnico y jurídico, el cual ha venido siendo implementado en algunos de los nuevos ordenamientos jurídicos y constitucionales de América Latina. En consecuencia, se tratará de explicitar, en un primer momento, el sentido del concepto de “pluralismo”, haciendo énfasis tanto en sus orígenes históricos como en su significado epistemológico (siguiendo principalmente a Boaventura de Sousa Santos). Posterior a ello, se hará un breve análisis de las constituciones boliviana y ecuatoriana, por ser estas las más avanzadas y representativas en el tema de la diversidad étnica, con el fin de evidenciar cuáles son los aportes y características de dicho pluralismo, sus limitaciones y alcances respecto al caso colombiano. Por último, y con base en las conclusiones obtenidas en dicho análisis, el documento incluirá una reflexión acerca de las características y contradicciones surgidas en la aplicación del principio constitucional de pluralismo en Colombia.

Palabras clave: Pluralismo jurídico, neoconstitucionalismo, multiculturalidad, pluriculturalidad

Abstract

The paper discusses the concept of “pluralism” applied to the legal field, which has been implemented in some of the new legal and constitutional systems in Latin America, particularly in Bolivia and Ecuador. Consequently, it will try to explain, at first, the meaning of the concept “pluralism”, emphasizing both its historical origins and its epistemological significance (following Boaventura de Sousa Santos mainly). Following this, there will be a brief analysis of the Bolivian and Ecuadorian constitutions in order to demonstrate which are the contributions and characteristics of that pluralism and its similarities and differences with the Colombian case. Finally, and based on the conclusions of this analysis, the document will include a reflection on the contradictions arising in the implementation of the constitutional principle of pluralism in Colombia.

Keywords: Legal Pluralism, neoconstitutionalism, multiculturalism, pluriculturalism

Contenido

Resumen

Abstract

Introducción

Objetivos

Problema

Capítulo 1: *Pluralismo jurídico, multiculturalismo, plurinacionalidad: Antecedentes, definiciones y delimitaciones*

1.1. Antecedentes

1.2. Monismo

1.3. Pluralismo

1.4. Multiculturalismo, pluriculturalismo, plurinacionalidad

1.5. A modo de conclusión: la crítica de Boaventura de Sousa Santos (2010a) a los Derechos Humanos

Capítulo 2: *Estado Plurinacional: paradigmáticos casos de Bolivia y Ecuador*

2.1. Los ciclos del pluralismo

2.2. El caso de Bolivia. Revisión histórica

2.2.1. De las minas de Potosí

2.2.2. La era de las revoluciones

2.2.3. El Estado plurinacional y la Nueva Constitución Política del Estado

2.3. *Ecuador, Estado Constitucional de derechos*

2.4. Los textos constitucionales

2.5. Comparación esquemática de las disposiciones más importantes

Capítulo 3: *Pluralismo jurídico en Colombia: dificultades y retos*

3.1. Críticas al pluralismo

3.2. Contradicciones y conflictos

3.3. Las sentencias de la Corte Constitucional

3.4. Conclusiones y recomendación

Referencias

Introducción

La presente investigación pretende, en un primer momento hacer un análisis del Pluralismo jurídico a través del análisis de su origen histórico y significado epistemológico y del estudio de algunas de las reformas constitucionales más sobresalientes en América Latina (principalmente las de Ecuador y Bolivia) con el fin de determinar y comprender sus características, antecedentes y consecuencias. Para ello, el análisis se centrará, en un segundo momento, en las Constituciones de Ecuador y Bolivia, toda vez que son éstas las que mayores cambios y reformas han planteado con respecto al constitucionalismo anterior y modelo de Estado, de raigambre mayormente europea. Estos análisis conducirán a una reflexión acerca del pluralismo en Colombia, para evidenciar su bajo nivel de adecuación y las contradicciones que han surgido en su aplicación, básicamente como principio invocado a favor de la inclusión y reconocimiento de los sectores sociales históricamente excluidos de la construcción del Estado.

El trabajo empieza con un análisis del concepto de *pluralismo* como categoría jurídica propia de la realidad concreta y localizada de América Latina. Los cambios políticos que vive la región hacen urgente una revisión de sus principios fundamentales con el fin de determinar su pertinencia y su incidencia real. Para nadie es un secreto el viraje político que ha tenido la región con relación al modelo liberal o neoliberal; las revoluciones “populistas”¹ de Hugo Chávez, Néstor Kirchner y Cristina Fernández de Kirchner, Evo Morales o Rafael Correa han sido apenas la punta de un movimiento a nivel continental (e incluso planetario como lo muestra el surgimiento de “revoluciones” en todo el mundo: la “primavera árabe”, el movimiento de los “indignados” en España, el giro a la izquierda del partido laborista británico, etc.) tendiente a contravenir el modelo neoliberal y, en general, el sistema capitalista.

¹ Aquí se entenderá el término “populista” en una acepción meramente semántica, es decir, con relación a lo popular o a la categoría política de “pueblo”. Para una mejor comprensión del término, cf. Laclau 2009.

En este contexto, el pluralismo jurídico, así como los conceptos sociológicos y antropológicos que lo sustentan (multiculturalismo, pluriculturalismo, plurinacionalidad, etc.) ha sido el concepto clave para comprender cómo este re-direccionamiento político ha generado también nuevos órdenes constitucionales más atinentes e incluyentes que los anteriores (al menos en teoría). Esto bajo la perspectiva de que no es posible deducir y comprender las estructuras fundamentales de la realidad y de la sociedad a partir de principios puramente abstractos sino ante el interés de pensar las condiciones concretas de tiempo, espacio y de geografía de un pensamiento y de un derecho latinoamericano que se re-significan en el ámbito descolonial.

En general, estos cambios han intentado incorporar los avances de los aportes de la liberación epistemológica de décadas pasadas al campo del derecho y la construcción de un Estado nuevo para los países latinoamericanos en la búsqueda de reconocimiento de los valores propios de las comunidades o “pueblos originarios” (nacionales), que han propiciado procesos sociales tendientes a superar el colonialismo en su forma neocolonial y poscolonial, ya que la labor independentista del s. XIX fue netamente producto de las exigencias y necesidades de la población criolla que, en las primeras repúblicas, se limitaron a seguir los principios europeos, principalmente los de la República Francesa (libertad e igualdad principalmente).

Es así como se conforma el Latinoamérica un movimiento descolonial tendiente a una “refundación del Estado” en uno no sólo incluyente, es decir, que le dé estatus jurídico, social y político a los “pueblos originarios” y grupos étnicos excluidos, sino que esté fundado en el reconocimiento de la “autonomía y la autodeterminación” de estos pueblos². De ese modo en los últimos 30 años se ha visto el surgimiento de constituciones nacionales basadas en el multiculturalismo, en el pluriculturalismo y la plurinacionalidad (según la división histórica de Raquel Yrigoyen), todo lo cual plantea retos importantes pero también alternativas a la decadencia de los modelos liberales

² Raúl Zibechi cita al respecto de la autodeterminación los ejemplos del zapatismo en México y los movimientos sociales en El Alto, Bolivia. Cf., *infra*, cap. 2.

que, incluso en Europa, han empezado a hacer fracasar economías del “primer mundo” como Portugal, Irlanda, Grecia o España³.

Roberto Gargarella hace énfasis en la necesidad de un análisis como el propuesto, al decir que

las nuevas Constituciones son instrumentos más complejos de lo que parecen. Ellas merecen ser estudiadas con atención, antes que ser simplemente rechazadas o ridiculizadas. Contra lo que muchos piensan, ellas han representado una condición importante para el mejoramiento de la vida de muchos individuos y grupos, aunque todavía encierran fuertes tensiones y defectos sobre los cuales es necesario seguir trabajando y reflexionando. (Gargarella 2010: 187).

El “pluralismo” como categoría jurídica surge en Latinoamérica a raíz de las luchas y conquistas reivindicatorias de comunidades históricamente excluidas del modelo liberal de Estado–nación (principalmente indígenas, campesinos y afrodescendientes). Dicho modelo, epistemológicamente monista y colonial, está basado en la idea de que *Estado* y *nación* son dos conceptos coincidentes y equiparables, y que existe uno y solamente un Estado por nación y viceversa. Este modelo surge en algunos países de Europa (Francia, Alemania, Holanda y España principalmente) que pretendían ser racialmente homogéneos y que definieron de ese modo el rol histórico del “hombre blanco”.

Sin embargo, es obvio que dicho modelo no podría aplicarse en países que, como los nuestros, se caracterizan precisamente por la existencia de innumerables grupos étnicos, cada uno con sus propias creencias, tradiciones y modos de vida. Así pues, la imposición de un modelo jurídico unívoco y monista, contribuía al desconocimiento y desaparición de estos grupos étnicos, ya que su existencia como etnia se debe precisamente a la preservación de su *cultura*. Así, pues, el modelo jurídico de tradición

³ Es sintomático que estos cuatro países sean conocidos en Europa como “PIGS”, acrónimo formado por las iniciales de sus nombres según la pronunciación en inglés (Portugal, Ireland, Greece, Spain; a veces también se les llama PIIGS, incluyendo en este último caso a Italia) pero que al mismo tiempo se escribe igual que la palabra inglesa para “cerdo”. La mordacidad del sobrenombre no hace sino corroborar ese New World Order que parece haberse asentado en el continente después de la crisis financiera de 2007-2008 y bajo los dictámenes de la Alemania de Merkel.

europea sigue constituyéndose en una perpetuación del colonialismo y en un modo de legitimación de la exclusión y la violencia contra los denominados “pueblos originarios”.

Este trabajo plantea entonces un cuestionamiento al tipo de sociedad que se refleja en el ordenamiento constitucional, pues si éste permite la secularización de prácticas excluyentes y de violencia, se debe concluir que no se está ante un Estado Social de Derecho sino aún en un Estado de Naturaleza hobbesiano en donde el derecho no es expresión de la justicia sino de la fuerza. Así mismo, esto determinaría el carácter vinculante o no de la legislación nacional con los convenios y tratados internacionales, especialmente el Convenio 169 de la OIT y la Declaración de la ONU sobre derechos de los Pueblos indígenas que representa el desarrollo normativo a nivel internacional. El hecho de que sólo en Colombia alrededor 34 etnias estén en peligro de extinción es prueba suficiente de que el debate acerca del modelo jurídico consagrado en la Constitución es de acuciante actualidad.

La hipótesis de esta investigación es que los avances que en materia de pluralismo y reconocimiento de la multiculturalidad se incluyeron en la Constitución Política de Colombia de 1991 se enfrentan a varias dificultades y no cuentan con la suficiente institucionalidad, por tanto corren el peligro de quedarse en formulaciones literarias y bienintencionadas de escasa aplicación real a favor de las diversas y numerosas comunidades étnicas del país. Esto es cierto si tiene en cuenta que el despojo y el desplazamiento (cuando no la aniquilación por medio de la violencia o el abandono estatal) de las comunidades indígenas siguen siendo algunas de las prácticas más frecuentes. Así pues, se tiene que en Colombia, a diferencia de lo que ha venido sucediendo en Ecuador o Bolivia (para mencionar los casos más paradigmáticos, aunque no los únicos), el reconocimiento de los derechos de las comunidades étnicas ha sido lento y el país se ha visto abocado a presenciar la desaparición de muchas de ellas, lo cual no deja de ser un signo alarmante del subdesarrollo de la sociedad.

Sin embargo, vale decir que no se trata de un sistema que no funciona, sino que no se ha dado una lectura o en enfoque adecuado del pluralismo; se puede afirmar incluso

que más que tensiones o contradicciones, el sistema pluralista constitucional actual, les plantea, tanto a grupos minoritarios como al propio Estado, posibilidades de encuentro y reflexión que enriquecen la perspectiva de cada uno.

Por último, acerca de la metodología, esta investigación tendrá como directriz el paradigma o enfoque cualitativo, el cual se fundamenta mayormente en hacer una descripción fenomenológica tanto de las personas como de los acontecimientos. El enfoque cualitativo intenta además comprender la realidad social, “como fruto de un proceso histórico de construcción visto a partir de la lógica y el sentir de sus protagonistas” (Sandoval 1996: 11) basado en los siguientes principios:

- a) Es interactivo y reflexivo.
- b) No impone creencias previas.
- c) Es abierto, y así no margina la recolección de datos y puntos de vista divergentes.
- d) Es humanista.
- e) Es riguroso, al utilizar las vías de la exhaustividad (análisis detallado y profundo) y del consenso intersubjetivo (interpretación y sentidos compartidos) (Sandoval 1996: 41,42).

Todas estas características podrán ser aprovechadas en el tema propuesto con el fin de ofrecer un estudio exento de integrismos.

Una vez definido el enfoque o paradigma a seguir, se ha escogido el método de investigación a utilizar. Así, se ha optado por un método perteneciente al enfoque cualitativo, en este caso, el método histórico hermenéutico, ya que la investigación es de naturaleza histórica a la par que hermenéutica (hermenéutica jurídica más exactamente). Por otro lado, el método histórico hermenéutico privilegia el uso de materiales bibliográficos más que los denominados de campo o participativos. Al ser el tema a tratar uno de carácter teórico (aunque con incidencias sociales), parece que es éste el mejor método para abordarlo.

Para ello, se procederá primero a tratar de comprender el sentido y significado de los conceptos clave (“pluralismo”, “monismo”, “multiculturalismo”, “plurinacionalidad”, etc.) para así entender las implicaciones, logros y dificultades de los procesos históricos referenciados. El objetivo es encaminar la investigación para la obtención de un soporte que pueda arrojar información suficiente para sustentar las propuestas planteadas.

En resumen, se tiene entonces que el enfoque utilizado en la investigación será un enfoque cualitativo. Por otra parte, el método será cualitativo, más específicamente el denominado Histórico–hermenéutico, lo cual justifica el afán de revisión bibliográfica que permitirá reconocer las condiciones socio–históricas y los conceptos que rigen el surgimiento de los nuevos ordenamientos jurídicos en Latinoamérica.

Objetivos

En cuanto a los objetivos del presente trabajo, se ha definido uno general que es evidenciar el bajo nivel de aplicación que ha tenido el pluralismo jurídico en Colombia, con una intensión propositiva de resolución. Los objetivos específicos son, además: Definir el concepto de “pluralismo” como categoría jurídica; analizar y contrastar los diversos modelos de pluralismo que han surgido en Latinoamérica (especialmente en Ecuador y Bolivia) y hacer una crítica del pluralismo constitucional colombiano a través de análisis de sentencias de la Corte Constitucional, que es donde mayor desarrollo ha encontrado dicho principio; lo anterior para proponer finalmente, elementos teóricos y de análisis para superar los bajos niveles de materialización del pluralismo jurídico.

Problema jurídico

Todo esto estará encaminado a resolver la pregunta problema, la cual se ha propuesto así: “*¿Cómo superar el bajo nivel de aplicación del pluralismo jurídico en Colombia?*”

Capítulo 1

Pluralismo jurídico: Antecedentes, definiciones y delimitaciones

“En tiempos inmemoriales se erigieron montañas, se desplazaron ríos, se formaron lagos. Nuestra amazonia, nuestro chaco, nuestro altiplano y nuestros llanos y valles se cubrieron de verdores y flores. Poblamos esta sagrada Madre Tierra con rostros diferentes, y comprendimos desde entonces la pluralidad vigente de todas las cosas y nuestra diversidad como seres y culturas. Así conformamos nuestros pueblos, y jamás comprendimos el racismo hasta que lo sufrimos desde los funestos tiempos de la colonia.

(...)

Dejamos en el pasado el Estado colonial, republicano y neoliberal. Asumimos el reto histórico de construir colectivamente el Estado Unitario Social de Derecho Plurinacional Comunitario, que integra y articula los propósitos de avanzar hacia una Bolivia democrática, productiva, portadora e inspiradora de la paz, comprometida con el desarrollo integral y con la libre determinación de los pueblos.

Nosotros, mujeres y hombres, a través de la Asamblea Constituyente y con el poder originario del pueblo, manifestamos nuestro compromiso con la unidad e integridad del país.

Cumpliendo el mandato de nuestros pueblos, con la fortaleza de nuestra Pachamama y gracias a Dios, refundamos Bolivia”.

Constitución del Estado Plurinacional de Bolivia, Preámbulo.
(2009)

Sin duda, es extraño que un texto jurídico empiece con palabras como las citadas; el mito, tal como está descrito en sus primeras líneas, parece pertenecer a un universo semántico ajeno al jurídico. Y sin embargo, así empieza el texto constitucional (vale

decir, el texto fundacional y fundamental) del denominado Estado Plurinacional de Bolivia⁴. Pero su caso no es el único: también la Constitución de la República del Ecuador empieza celebrando “a la Naturaleza, la Pacha Mama”⁵ incluso antes de la habitual y tradicional invocación a Dios, tal como aparecía en la anterior de 1998. Otra diferencia sustancial con respecto a ésta última es que ahí donde ésta caracterizaba a Ecuador como un “Estado social de derecho”, la nueva dice “Estado constitucional *de derechos y justicia*” (art. 1; cursivas añadidas). El plural aplicado al concepto de “derecho” no es casual: indica ya el camino del pluralismo a través del reconocimiento de diversos ordenamientos jurídicos en contra de la tradicional acepción de un Derecho (siempre en mayúscula) unívoco y universal (monismo).

Todo ello parecerá, entonces, extraño; pero es así como se está creando el nuevo constitucionalismo en América Latina (el término “neoconstitucionalismo” ya es de uso común entre los estudiosos del tema). Ahora, este “nuevo derecho” ha surgido como respuesta a diversas circunstancias históricas, sociales, políticas e incluso económicas, por lo que, antes de definir y delimitar el sentido o sentidos de ese nuevo derecho, es necesario hacer un breve recuento de las condiciones que permitieron o propulsaron las reformas jurídicas de que tratará este trabajo.

1.1. Antecedentes

Desde la promulgación de las primeras cartas constitucionales en los albores de la independencia, los países latinoamericanos han seguido fielmente modelos jurídicos europeos (principalmente franceses y alemanes). Las Constituciones de los países americanos, en efecto, se inscribieron siempre en la tradición liberal del Estado de derecho heredado de la Revolución Francesa y el parlamentarismo inglés (Schönbohm2012: 48; Gargarella 2010: 184) y, más adelante, del Estado social de

⁴ Denominación convencional apocopada, pues el texto constitucional lo define como “Estado Unitario Social de Derecho Plurinacional Comunitario” (art. 1).

⁵ Según la lectura que hace Uprimny del art. 71 de la Constitución ecuatoriana, en él la Pacha Mama viene a ser “al menos formalmente sujeto jurídico” (Uprimny 2011: 113).

derecho (formulado por vez primera en la *Ley fundamental* de Bonn, el año de 1949). Se trataba, en suma, de un derecho liberal burgués cuyos principios estaban encaminados a legitimar el sistema capitalista (Cabo Martín 2000: 27; Santos 2007: 21; Wolkmer 2003: 247)⁶ y el colonialismo. Sin embargo, es evidente que las circunstancias sociales, históricas y culturales de la región no eran similares a las de los países europeos por lo que había necesidad de crear un ordenamiento jurídico que fuese, por un lado, más pertinente a nivel social –pues, como dicen Mauricio García Villegas y José Rafael Espinosa, “una cosa es la ideología del Estado de derecho en Europa (o en Estados Unidos) y otra muy diferente es lo que esta ideología terminó siendo en América Latina” en donde “esas ideas adquirieron un sentido y una realidad particular” (García Villegas y Espinosa R. 2013: 26; cf. Santos 2007: 12)– y, por otro lado, que supiese responder a las exigencias de los procesos de liberación y descolonización que surgieron en el continente en la segunda mitad del s. XX⁷.

Estos procesos surgieron como respuesta a la crisis de las ideologías a nivel global y las luchas populares a nivel regional⁸ (es el caso de Bolivia, el cual se analizará más adelante). En efecto, las dos Guerras Mundiales y el fracaso del llamado “socialismo real” en los países del Este pusieron en evidencia las fallas del pensamiento hegemónico occidental (el cual, al decir de Michel Foucault, se caracteriza por “la voluntad de verdad, como prodigiosa maquinaria destinada a excluir”; Foucault 2005: 24) dando origen a una etapa histórica caracterizada por la crítica a la tradición de Occidente (etapa para la cual se han propuesto diversas denominaciones: *posmodernidad* –la más socorrida–, *segunda modernidad* o *modernidad líquida* como la llama Zygmunt Bauman).

⁶ Como dice Boaventura de Sousa Santos: “el desarrollo de la burguesía ascendente (...) está por detrás del proyecto del constitucionalismo moderno” (2007: 21).

⁷ Contamos entre ellos la *Teología de la liberación* (movimiento impulsado por el teólogo peruano Gustavo Gutiérrez Merino y continuado por Leonardo Boff o Enrique Dussel), la *Pedagogía de la liberación* de Paulo Freire, la *Filosofía de la liberación* de Dussel, la epistemología diferencial de Boaventura de Sousa Santos, el grupo de pensamiento modernidad/colonialidad, etc. El término “liberación” se haya incluso en el orden de las luchas populares, dando origen a las diversas guerrillas (en principio, expresión netamente popular de grupos marginados: indígenas, campesinos, etc.) las cuales incorporan el sustantivo en sus denominaciones –así, el Ejército Zapatista de Liberación Nacional (México), el Ejército de Liberación Nacional (Colombia) o el Frente Sandinista de Liberación Nacional (Nicaragua), etc.

⁸ “Los movimientos sociales son en la actualidad los sujetos de una nueva ciudadanía, y se revelan como auténticas fuentes de una nueva legitimidad” (Wolkmer 2003: 255).

Así mismo, en América Latina surgirían diversas propuestas reformistas y progresistas en los campos de la política o la economía⁹ que reinciden en un distanciamiento del modelo colonial cuyas aplicaciones prácticas, ajenas por completo a la realidad del pueblo latinoamericano, sirvieron para mantener el statu quo del sistema Capitalista¹⁰, cuya verdad se pretendía teóricamente irrefutable (y el fracaso del comunismo de facción rusa sería la prueba).

Así, las reformas constitucionales de los países latinoamericanos (especialmente los de la zona andina) se han sumado a este devenir histórico de liberación y descolonización destinado a superar el paradigma del Estado-nación y la universalidad del Estado social de Derecho (Yrigoyen Fajardo 2011: 139; Wolkmer 2003: 247)¹¹. El paradigma del “pluralismo” ha sido, pues, fundamento de una política de inclusión y reconocimiento de los pueblos (o “naciones originarias”) y grupos poblaciones excluidos por la tradición colonial –la cual “estaba sustentada en una férrea estructura de privilegios, poderes y distribución de bienes que las nuevas clases dirigentes no pudieron, o simplemente no quisieron, afectar” (García Villegas y Espinosa R. 2013: 26)¹²– y la ideología liberal (o liberal-conservadora según la caracterización de Gargarella¹³). La apuesta era, pues, “cuestionar el hecho colonial”, el cual había sumido a los pueblos originarios en una posición subordinada. Sus territorios y recursos fueron objeto de expolio y expropiación por terceros; su mano de obra fue explotada, y hasta su destino como pueblos fue 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

⁹ En este último campo se pueden mencionar, por ejemplo, las denominadas escuelas “alternativas” de pensamiento económico: el *Estructuralismo* asociado a la Cepal o la *Teoría de la dependencia*.

¹⁰ “En su punto más álgido, la constitución política es la constitución de la propiedad privada” (Marx, *Crítica de la filosofía del Derecho de Hegel*; citado en Hardt y Negri 2009: 3).

¹¹ Carlos de Cabo Martín (2000:11) atribuye a una crisis del constitucionalismo occidental el hecho de que el paradigma del Estado social esté “en trance de desaparecer o transformarse”.

¹² Raúl Llasag cita al respecto el art. 68 de la Constitución Política de la República del Ecuador de 1830, la cual nombraba “a los venerables curas párrocos por tutores y padres naturales de los indígenas, excitando su ministerio de caridad a favor de esta *clase inocente, abyecta y miserable*” (2008: 318; énfasis añadido).

¹³ Pese a las aparentes contradicciones, este autor afirma que el bipartidismo ha sido lo suficientemente coincidente como para haber generado modelos de gobierno como Punto Fijo en Venezuela o el Frente Nacional en Colombia (Gargarella 210: 185; 2011: 90–91, 94).

indígena. La independencia política de las colonias americanas respecto de las metrópolis no significó el fin de esa subordinación. Los nuevos estados latinoamericanos se organizaron bajo flamantes Constituciones liberales, pero con proyectos neocoloniales de sujeción indígena. (Yrigoyen Fajardo 2011: 139; cf. así mismo 2012: 172–173).

En definitiva, la región se ha visto abocada hacia el reconocimiento de ordenes jurídicos consuetudinarios (principalmente el indígena) “como práctica alternativa, a veces a la par del derecho occidental” (Hammergren 2012: 90)¹⁴. Se evidencia que las reformas constitucionales respondían a la necesidad de superar la exclusión cultural y social a fin de reconciliar el estado con la sociedad, para Kymlica el reconocimiento de autonomía a las minorías y el compartir con ellas las estructuras de reconocimiento social y poder político, favorece la cohesión y la estabilidad de los Estados.

En este proceso histórico se han identificado dos grandes “oleadas” (Gargarella 2010: 185–186): una primera que surge en el marco de la crisis de los años 30 y una segunda en la cual se presentaron reformas en diversas constituciones políticas (entre ellas Ecuador en 1978, Colombia en 1991 y Bolivia en 1993) y que se caracterizó por la introducción de cláusulas participativas y derechos sociales, económicos, ambientales y culturales. No obstante, la mayoría de autores coinciden en afirmar que es sobre todo en las tres últimas décadas (a partir de 1982) que estas reformas empiezan a reconfigurar no sólo el ordenamiento jurídico sino además el Estado mismo¹⁵.

Estas reformas se fueron dando en tres ciclos (uno por cada década), correspondientes a las reformas constitucionales basadas en el *multiculturalismo* (1982–1988), el *pluriculturalismo* (1989–2005) y la *plurinacionalidad* (2006–2009), según la división histórica de Yrigoyen Fajardo (2011: 140). De este modo, de Constituciones que ya reconocen la “identidad cultural” de los pueblos indígenas (Canadá, 1982; Guatemala,

¹⁴ La misma idea en Schubert (2012: 195): “La jurisdicción indígena y la jurisdicción ordinaria son declaradas de la misma jerarquía”.

¹⁵ “Por medio de las Constituciones (nuevas o enmendadas) y la ley secundaria, la estructura del sector justicia, los poderes y responsabilidades de las organizaciones que lo constituyen, y hasta cierto punto el balance entre los Poderes del Estado, también han sido modificados” (Hammergren 2012: 88).

1985; Nicaragua, 1987), se pasa, en los años 90, al reconocimiento del derecho consuetudinario de estos pueblos con valor positivo dentro del ordenamiento jurídico del Estado, lo que también implica su participación activa en la construcción del mismo. En Colombia, por ejemplo, la Constitución de 1991 creó circunscripciones especiales indígenas y afros, con el objeto de garantizar participación en los organismos legislativos de la nación y lo propio sucede en Bolivia en donde la nueva Constitución

establece cuotas de parlamentarios indígenas; la justicia indígena originaria campesina, a la que coloca en el mismo nivel que a la justicia ordinaria; un Tribunal Constitucional plurinacional, parte de cuyos miembros son escogidos conforme al sistema indígena; un órgano electoral plurinacional, con representación indígena; un modelo económico social comunitario basado en la cosmovisión indígena; derechos especiales de los indígenas sobre el agua y sobre los recursos forestales de su comunidad; derechos a la tierra comunitaria e indígena; etcétera. (Gargarella 2010: 174; nota)

La última etapa de este proceso corresponde ya a la formulación de la *plurinacionalidad* como fundamento del Estado, es decir, que ya éste se encuentra por fuera del modelo liberal europeo (en su forma más común de Estado social de Derecho), así como también por fuera del positivismo jurídico kelseniano, consolidando con ello el proceso de descolonización surgido décadas atrás. El matemático, sociólogo y actual vicepresidente de Bolivia, Álvaro García Linera, lo ha resumido así:

América Latina es un continente en movimiento, a diferencia de lo que sucede en otras latitudes de nuestro planeta, donde las certezas del orden neoliberal establecido, del orden planetario heredado, están mucho más sólidas (...) En América Latina no sucede eso, pues en los últimos diez años este es un continente que se ha puesto en movimiento, que es protagonista de un conjunto de grandes transformaciones, tanto de carácter económico como político, que buscan ir más allá del neoliberalismo y, germinalmente, del capitalismo. (García Linera 2010: 295)¹⁶.

¹⁶ Opinión que se ve confirmada por la de una declarada “crítica” de las reformas jurídicas como Linn Hamnergren, ex funcionaria del Banco Mundial, quien admite que “aun en los países más atrasados en este sentido [es decir, en el sentido de implementar reformas], las instituciones y el sector entero están en mejores condiciones hoy en día que 25 años atrás” (Hamnergren 2012: 85).

En definitiva las reformas constitucionales siempre evidencian la existencia de un problema residente en la sociedad, o una crisis, una causa motivadora, por ello se construyen en pos de un cambio, de mejorar las condiciones, por ejemplo los cambios constitucionales que involucran el pluralismo fueron gobernadas por el propósito de solucionar la situación de marginalidad, desconocimiento y exclusión de comunidades minoritarias.

1.2. Monismo

El concepto de *monismo* jurídico expresa la unicidad del derecho en una dinámica histórica de exclusión¹⁷. Esta exclusión está basada en diversos principios, intersectados en varios puntos: por un lado la idea de que el Derecho es uno y universal¹⁸, excluyente de todos los demás (ontológicamente hablando, “lo uno” excluye a “lo otro”), a los cuales puede someter a la persecución, la deslegitimación y la dispersión¹⁹; por otro lado, el concepto de Estado–nación basado igualmente en la idea de unicidad y correspondencia entre los dos conceptos del constructo: a una nación le corresponde un solo Estado y viceversa. (No sobra decir que bajo este principio de la “unidad nacional” está basado todo el sistema constitucional occidental). Finalmente, el principio de la “supremacía jurídica de la ley” o de la ley como acto jurídico superior (Cabo Martín 2000: 29)²⁰ que es la base del *contrato social* (“la gran metáfora fundadora de las sociedades modernas” según lo califica Santos; cf. 1997: 74) y del Estado de derecho. Como se dijo, estas ideas se solapan e intersectan en varios puntos.

¹⁷ Como dice Boaventura de Sousa Santos, “el contrato social se basa, como todo contrato, en unos criterios de inclusión a los que, por lógica, se corresponden unos criterios de exclusión” (Santos 2005: 8).

¹⁸ “Se dice universal aquello que es válido con independencia del contexto; idealmente, es válido en todo tiempo y lugar”; sin embargo, hay que notar que “lo que hoy consideramos universal es lo fundacional de Occidente transformado en universal. En otras palabras es un localismo globalizado” (Santos 2014: 37). Sánchez–Castañeda (2006: 475) cita al respecto la famosa expresión de Kelsen en su *Teoría pura del Derecho* según la cual “nadie puede servir a dos señores”, refiriéndose a la inviabilidad de un sistema que no sea único y universal.

¹⁹ Ahrens habla así mismo de “subordinación, integración o indiferencia” (2012: 143).

²⁰ “En las sociedades modernas, regidas por un Estado de derecho, la ley es el elemento predominante, en relación con la moral y con la costumbre” (García Villegas y Espinosa 2013: 28).

Estos elementos configuran pues el paradigma del Estado de derecho el cual se *realiza* a través de un derecho de Estado, es decir, de un derecho que es emanado única y exclusivamente por el Estado (estatalismo) y que se caracteriza por la exclusión, la dominación y la verticalidad. Con respecto al primero, hay que recordar que, como ya se ha mencionado antes, el contrato social fue creado por una sociedad burguesa que excluía a la población no urbana y no ilustrada (excluía incluso a las mujeres y los extranjeros)²¹; más importante aún, el derecho liberal burgués se impone y desplaza al derecho consuetudinario feudal. La democracia misma, como forma de representación, se torna excluyente al someter a las minorías a la “voluntad general”, lo que ha dado lugar a un cierto tipo de contradicción, pues en última instancia es el partido mayoritario quien determina y define los términos de la legalidad “en general” (De Cabo Martín 2000: 30–34).

El concepto de dominación, por su parte, es un concepto casi inmanente a la teoría política y jurídica moderna: desde Hobbes hasta Weber o incluso Schmitt, se ha sostenido la tesis de que “el Estado tiene el monopolio para hacer uso de la fuerza y solamente él decide cuáles son las normas y reglas que regulan su actuación” (Schönbohm 2012: 48)²². Este centralismo legal, como lo llama Juana Dávila Sáenz, es una “fantasía positivista del monopolio normativo del Estado” (2004: 5), ya que omite (excluye) una “porción del mundo vivo” que escapa al ordenamiento jurídico; lo que Ehrlich denominaba “derecho viviente”.

Por último, la verticalidad de este derecho se expresa en la jerarquía de las leyes y la supremacía de la ley sobre otras fuentes formales del derecho (especialmente sobre la moral y la costumbre)²³. Esto último también podría catalogarse como una mera

²¹ Irigoyen Fajardo habla de una “ciudadanía censitaria” que privilegiaba a los “hombres blancos, propietarios e ilustrados” (2012: 172). Del mismo modo, Raúl Llasag ha indicado que la Constitución ecuatoriana de 1830 establecía que eran ciudadanos sólo aquellos “que poseyeran un bien raíz, rentas y educación” sin contar con que sólo hasta la Constitución de 1929 se otorgó la calidad de ciudadanas a las mujeres (2008: 317–18).

²² La misma idea en Ahrens 2012: 144: “El derecho es la base y el límite tanto de la violencia estatal como de la actuación estatal”.

²³ Al respecto, dice Ahrens que “la jerarquía se expresa por una situación de superioridad o subordinación, tanto de sus [del Estado] órganos como de sus normas” (2012: 142–143).

fantasía formal, pues la ley fundamental (y en principio toda Constitución lo es²⁴) riñe a veces con las interpretaciones de las Cortes (la jurisprudencia, otra de las fuentes formales del derecho), dando origen a aquello que se ha denominado el “derecho de los jueces”. Así pues, la tensión entre el derecho de Estado y el derecho de los jueces se presenta como una forma de pluralismo primigenio que rompe con la idea de unicidad, univocidad y universalidad de las normas o, más exactamente, la norma fundamental.

Nótese la importancia de detenerse en el análisis de los presupuestos filosóficos y sociológicos de una constitución o de sus reformas, ya que los mismos se reflejan sobre la institucionalidad que rigen; es evidente que el carácter monista tradicional del régimen constitucional arraigado en sus instituciones, frente a la adopción de principios pluralistas, pronostica el surgimiento de posibles tensiones susceptibles de manifestarse a la hora de concretarlos o institucionalizarlos, pues simplemente resultan ajenas o diferentes al ordenamiento ya establecido.

1.3. *Pluralismo*

Se denomina pluralismo jurídico a la coincidencia o coexistencia de dos o más ordenamientos jurídicos en un mismo territorio geográfico (o “espacio geopolítico” como lo llaman Santos e Irigoyen Fajardo). Esta coincidencia puede darse en dos niveles: supra o infraestatal (Santos 1997; Ahrens 2012: 137), a los cuales se pueden sumar los sistemas jurídicos transnacionales o desterritorializados (orden perteneciente a sociedades comerciales, orden eclesiástico, etcétera) (Sánchez 2006: 476).

El primero de estos niveles surge como consecuencia de la globalización e internacionalización del derecho (por ejemplo, la *lex mercatoria*) y de la vinculación, cada vez más prominente de las leyes nacionales a las internacionales; es un pluralismo *desde afuera*. En este escenario, los conflictos que no puedan ser resueltos

²⁴ “No cabe la distinción entre Constitución y ley” (De Cabo Martín 2000: 31).

o los derechos que no sean efectivamente tutelados por las leyes nacionales (especialmente los Derechos Humanos) pueden serlo por virtud de acuerdos internacionales:

La protección de las libertades, el otorgamiento de igualdad ante la ley y el aseguramiento de la paz social ya no pueden ser garantizados o comprendidos solo como resultado del accionar de los sistemas jurídicos nacionales. Menos aún, cuando en muchos casos parte sustantiva de estos derechos no ha sido materializada en el propio ámbito nacional. (Ahrens 2012: 147).

El segundo nivel, que es el que más interesa en este trabajo, define el pluralismo *desde abajo*²⁵; hace referencia ya a la coexistencia de ordenamientos jurídicos consuetudinarios en el seno del derecho de Estado. El ideal aquí es la horizontalidad, es decir, ya no la dependencia de un orden a otro, sino la existencia simultánea de uno y otro. Se trata del “derecho viviente” de que habla Ehrlich y el cual expresa el “orden interno de las relaciones sociales” (Sánchez–Castañeda 2006: 477). Mauricio García Villegas y Rafael Espinosa recuerdan que

en las sociedades tradicionales la moral y la costumbre son más importantes que la ley. Así por ejemplo, muchas culturas indígenas no diferencian entre lo legal, lo moral y lo que se acostumbra. En la Edad Media la ley era la costumbre: las cosas se hacían como siempre se habían hecho. Por eso el derecho no se promulgaba, ni se creaba, sino que se descubría en los hechos sociales. (García Villegas y Espinosa R. 2013: 27).

Como es apenas obvio este pluralismo jurídico se define sobre todo en relación con el monismo, por lo que se caracteriza por ser incluyente y horizontal, no obstante en materia de derechos humanos o fundamentales, por ejemplo, el sistema jurídico secular sigue primando sobre el “nuevo” (Schubert 2012) una de las más visibles y registradas tensiones en la aplicación del pluralismo jurídico.

²⁵ Se habla de pluralismo *desde arriba* o *desde abajo* según la relación del derecho estatal con los demás ordenamientos jurídicos “alternativos”. Del mismo modo, se habla de un pluralismo *desde adentro* o *desde afuera* en una perspectiva territorial, es decir, según el derecho estatal esté definido por las relaciones supra o infraestatales (Schubert 2012: 199).

Ahora bien, este pluralismo jurídico ha surgido como respuesta a las luchas populares por un lado pero también a la legislación internacional sobre derecho de los indígenas y a la “expansión del discurso del multiculturalismo” (Irigoyen Fajardo 2011: 144). De hecho, siguiendo a esta última autora, fue el Convenio 169 de la OIT sobre Pueblos indígenas y tribales en países independientes de 1989 la que propulsó el reconocimiento de la pluriculturalidad así como la Declaración de la Naciones Unidas sobre los Derechos de los pueblos indígenas de 2007 promovió el reconocimiento de la plurinacionalidad, dentro del cual se inscriben las renombradas Constituciones de Ecuador (2008) y Bolivia (2009).

De otra parte, una de las características más notables de este “nuevo derecho” es su orientación no sólo anticolonialista sino además anticapitalista (Uprimny 2011; Santos 2014), lo cual ha dado lugar a denominaciones como “derecho de los oprimidos” (Santos 1997: 65), derecho “insurgente”, “popular” o “hallado en la calle” como lo denomina Wolkmer, haciendo referencia quizá al famoso estudio de Santos en la comunidad Pasargada (experiencia que se conoce con el nombre de “derecho de Pasargada”). Roberto Gargarella habla incluso de un proyecto “progresista” o “de izquierda” (Gargarella 2011). Así, mientras Constituciones como la peruana estaban inscritas dentro de un modelo económico neoliberal favorable a los mecanismos de mercado según las consignas del Consenso de Washington (Uprimny 2011: 116 y 127), las de Ecuador y Bolivia estaban inscritas dentro de una “ética de lo solidario” con referencias a las prácticas de la economía solidaria y el buen vivir.

De este último aspecto se desprende así mismo el surgimiento o reconocimiento de “nuevos sujetos jurídicos” que son los movimientos sociales (Wolkmer 2003: 255). De ese modo, el derecho no está fundado (o no sólo está fundado) en el “individuo”²⁶ como sujeto de derecho sino también en la comunidad, en lo colectivo. Ello gracias a que la mayor parte de las tradiciones de las comunidades o naciones originarias están basadas en el actuar colectivo y comunal; de hecho, para muchas de estas

²⁶ Hay que recordar que el “individualismo” como doctrina filosófica fue la base del modelo mercantil. Al respecto, cf. Santos 2014: Introducción.

comunidades el individuo nunca está solo sino que está siempre relacionado con los otros y la naturaleza, con todos los cuales tiene responsabilidad, según se establece en la práctica del “Buen Vivir” (o *Sumak Kawsay*²⁷, como se le conoce en lengua kichwa).

Como afirma Raúl Zibechi refiriéndose a la experiencia de las “juntas vecinales” de El Alto, Bolivia,

no estamos dispuestos a considerar que en la vida cotidiana las relaciones de vecindad, de amistad, de compañerismo, de compadrazgo, de familia, son organizaciones de la misma importancia que el sindicato, el partido, y hasta el propio Estado. En el imaginario dominante se entiende por organización lo instituido, y esto suelen ser aquellas relaciones de carácter jerárquico, visibles y claramente identificables. Las relaciones pactadas, codificadas a través de acuerdos formales, suelen ser más importantes en la cultura occidental que las fidelidades tejidas por vínculos afectivos. (Zibechi 2007: 47-48).

Estas prácticas posibilitan que los movimientos se autorregulen además de estabilizar lo que se ha logrado gracias a unas luchas específicas por los derechos y de negociaciones con el entorno político-social. Esto también se constituye en un sistema de regulación propio para unas relaciones específicas que coexisten con las normas de la ley estatal. Se destaca también que el pluralismo jurídico posibilita la explicación de dinámicas de crisis y violencia continuas en sociedades latinoamericanas, donde un orden jurídico proveniente de los grupos dominantes y que se materializa en actos administrativos conduce a percibir la lucha por los derechos humanos y otras cuestiones como una oposición frente al sistema político dominante²⁸.

Finalmente, hay que tener en cuenta que existen así mismo lo que se podrían denominar niveles de adecuación del pluralismo. Juana Dávila Sáenz refiere en este

²⁷ Raúl Llasag se refiere a esta misma “filosofía andina [...] que permite la armonía del ser humano con la familia, la comunidad y la naturaleza” con el nombre alternativo de *AlliKausay* (2008: 314).

²⁸ Debido a esta heterogeneidad de dinámicas, Arnaud y Fariñas delimitan cuatro elementos que coadyuvan a una definición del derecho que goza de mayor comprensividad: “1. legitimidad de la autoridad que produce el derecho; 2. carácter superior, cierto y válido de las normas establecidas; 3. obligatoriedad; 4. sanción legítima” (Ardila 2002: 55). Esta propuesta posibilita entender sistemas jurídicos diversos de aquellos relacionados con el Estado en países de modelos occidentales y aún relaciona el derecho con unas formas específicas.

aspecto las distinciones de John Griffiths entre “pluralismo jurídico fuerte” y “pluralismo jurídico débil” (Dávila Sáenz 2004: 6). Estas denominaciones están referidas, pues, al grado de incidencia y reconocimiento que los órdenes alternativos tienen con respecto al “centralismo legal”. Así, en los pluralismos débiles, los ordenamientos alternativos suelen ser generalmente cooptados o asimilados por el Estado mientras que en los “fuertes” suelen tener mayor incidencia real.

Wolkmer menciona, por su parte, que no existe un consenso al respecto pues en el nivel de las sociedades de capitalismo periférico (América Latina entre ellas) se desarrolla una dualidad entre dos tipos de pluralismos: el primero es el “pluralismo jurídico estatal”, el cual es un modelo avalado por el Estado que permite a diversos “campos sociales semiautónomos” que se relacionen a un poder político centralizador y posibilita también la existencia de diversos sistemas jurídicos que se han establecido de manera vertical y jerárquica por medio de grados de eficiencia –frente al cual el orden jurídico estatal posee una positividad mayor. Aquí, los derechos no estatales desempeñan un papel residual y complementario pero el Estado puede disminuir o anexas su competencia. En este contexto se cuentan las disposiciones de las Cortes (la jurisprudencia) y los estatutos de ciertas instituciones (como las universidades).

Por su parte, el “pluralismo jurídico comunitario” se desarrolla en un espacio en el cual diversas fuerzas sociales y sujetos colectivos que gozan de identidad y autonomía propia viven de manera independiente frente al control estatal. En consecuencia, Bobbio señala que el pluralismo entraña dificultades en su definición: puede abarcar desde una ideología revolucionaria que hace parte de un orden estatal hasta una ideología reaccionaria, un síntoma de una cercana anarquía.

En lo relativo a los orígenes del pluralismo, varios autores (Wolkmer, Sánchez–Castañeda y Dávila Sáenz, entre ellos) coinciden en señalar a tratadistas como Ehrlich, Romano, Gurvitch y Griffiths como los pioneros en la formulación del concepto. Sin embargo, antes de llegar a ellos se ha de considerar lo que señala Wolkmer al respecto de los orígenes *colonial* y *no colonial* de este pluralismo.

Con respecto a lo primero, este autor señala que el pluralismo jurídico emerge en países que fueron dominados a nivel político y económico, lo cual les condujo a aceptar, de manera obligatoria, aquellas normas jurídicas impuestas por las metrópolis –como en los casos del colonialismo inglés y el portugués–. Bajo esta dinámica, la unificación y la administración de la colonia se impuso permitiendo, según lo explica Santos, que el derecho del Estado que colonizaba y los derechos tradicionales autóctonos coexistiesen en un mismo espacio. Empero, esta coexistencia no estuvo marginada de problemáticas, pues generó diversos conflictos (Wolkmer 2003: 250).

En el segundo, se resaltan tres situaciones divergentes, según Santos (citado por Wolkmer):

- Los países que poseen una cultura y normatividad propias y que adoptan posteriormente el derecho europeo como un medio de modernización y de consolidación del régimen político, caso que se presenta en países como Turquía y Etiopía.
- Los países que luego de atravesar una revolución política preservan por un periodo de tiempo su derecho anterior pese a que haya sido abolido por el derecho revolucionario, panorama que se presentó en las repúblicas islámicas que fueron anexadas por la Unión Soviética.
- Casos en los que poblaciones indígenas o nativas no sufrieron el exterminio ni el dominio de las leyes de carácter coercitivo de los pueblos invasores y que han obtenido autorización en vías de preservar su derecho tradicional, situación donde resaltan las comunidades autóctonas de América del Norte y del continente de Oceanía.

Por su parte, Falcao sostiene un origen diferente del pluralismo jurídico según el cual su causa radica en la crisis que sufre la legalidad política; así entonces, fenómenos como la emergencia de reglas de tipo paralegal, paralelo o extralegal (las cuales pueden ser propulsadas, aceptadas o rechazadas por parte del derecho oficial) se encuentran relacionadas con la legitimidad que posee el régimen político. En suma, el

pluralismo no abarca exclusivamente prácticas independientes y prácticas semiautónomas frente al poder actual, sino también

prácticas normativas oficiales/formales y prácticas no oficiales/informales. El pluralismo puede tener como meta prácticas normativas autónomas y auténticas generadas por diferentes fuerzas sociales o manifestaciones legales plurales y complementarias reconocidas, incorporadas o controladas por el Estado (Wolkmer 2003: 251).

Por último, se mencionarán, de manera breve, los aportes más importantes de los principales “pioneros” del discurso pluralista.

Se suele citar a Eugen Erlich como el pionero en hablar acerca de un derecho viviente, derecho que se puede conocer gracias a la observación directa de la vida social, es decir, de las transformaciones, hábitos y usos de los grupos en general, tanto de aquellos que gozan de reconocimiento jurídico como de los que son marginados y condenados por el derecho. Recalca el origen social del derecho más que como un producto del Estado (Sánchez 2006: 477).

Por su parte, Bronislaw Malinowski elaboró una definición del derecho en la que este se relaciona estrechamente con el control social. Para él, el derecho tiene por función mantener el orden social, el cual se encuentra en unas “pautas regularizadas de comportamiento concreto”. En suma, las obligaciones sociales fungen como mecanismo de carácter coercitivo que preservan el orden social. En su postura, el derecho se erige como algo plural, tal como la vida.

Santi Romano sostiene así mismo que la crisis que atraviesa la hegemonía del Estado moderno provoca la pluralidad de sistemas jurídicos, una dinámica en la que bastantes grupos sociales se construyen una «esfera jurídica independiente». El Estado moderno se construyó con base en la supresión y “la absorción de los órdenes jurídicos superiores e inferiores y de la monopolización de la producción jurídica” (Sánchez 2006: 478). Empero, la vida social, que detenta una mayor fuerza que el derecho estatal ha construido órdenes parciales en los que las relaciones se desenvuelven en

unas condiciones de mayor conveniencia. En suma, su teoría se enfocaba en contemplar el derecho como un fenómeno social, una postura de carácter, en parte, sociológico. En la misma línea argumental se ubica Georges Gurvitch, quien sostiene que el poder jurídico no se encuentra únicamente en el Estado, se halla así mismo en diversas entidades de carácter independiente: así entonces, no puede considerarse la ley del Estado como la única ni tampoco el origen principal del derecho. El pluralismo jurídico se funda en la teoría de los hechos normativos, la cual ubica el poder jurídico “en todas las comunidades que en un solo y mismo acto generan el derecho y fundan su existencia sobre el derecho, en las comunidades que, en otros términos, crean su ser generando el derecho que les sirve de fundamento” (Sánchez 2006: 480).

Jean Carbonnier reconoce la existencia de fenómenos de pluralismo jurídico, no de un pluralismo jurídico, fenómenos que son múltiples, de carácter individual o colectivo, recurrentes o no, delimitados o no; Bajo esta perspectiva, el pluralismo podría trascender los hechos puesto que se confrontan diversas formas de aplicar una regla, no las reglas entre sí (Ibíd.). André-Jean Arnaud cree que el pluralismo jurídico únicamente tiene sentido en tanto el sistema jurídico no considera ni integra un conjunto de reglas contrarias. Coincide con Carbonnier en que en el pluralismo se oponen maneras de aplicar una misma regla (Ibíd.).

En cuanto a Boaventura de Sousa Santos, hay que decir que la noción de pluralismo jurídico cultural entraña un discurso jurídico que es muestra de una cultura determinada, el cual no debería imponerse a otras culturas. Santos es quizá el autor que más ha desarrollado y debatido la idea del pluralismo jurídico. Su estudio de las normas reguladoras en la comunidad Pasargada (una favela) ha sido fundamental y ha abierto la posibilidad de estudios similares en Brasil, país en donde la brecha entre el Estado y las comunidades pobres y minoritarias era bastante grande, situación que los gobiernos progresistas de Luis Inazio Lula da Silva o el actual de Dilma Rousseff, intentaron cambiar²⁹.

²⁹ Santos afirma que es a partir del 2004, durante el gobierno del primero, que se da la “introducción de políticas de acción afirmativa y de cuotas” entre las que se tienen leyes y decretos tendientes a aumentar la cuota de participación de negros e indígenas en el congreso y en el acceso a las universidades (2014: 58–59).

Por su parte Norberto Bobbio explica que el pluralismo jurídico ha experimentado dos fases: origen y desarrollo del historicismo jurídico y la etapa institucional. En la primera fase, se destaca el papel de la Escuela Histórica del Derecho, la cual sostiene que el origen de los derechos radica en la conciencia popular. Así entonces, hay varios ordenamientos nacionales. En la segunda fase, se parte de la base de considerar que donde existe una institución hay un sistema jurídico, lo cual conduce a un panorama donde se parte de las relaciones entre sistemas diferentes a los estatales, es decir, “sistemas supra-estatales, infra-estatales, colaterales al Estado y anti-estatales” (Sánchez, 2006, p. 482). John Griffith, uno de los mayores exponentes de la teoría ha dicho que el centralismo jurídico es una ideología, un ideal, una ilusión en tanto que el pluralismo jurídico son los hechos (Dupret, 2007, p. 3).

Todo lo dicho, se debe tener en cuenta que, como lo ha expresado Inti Schubert el pluralismo jurídico no es un fenómeno limitado a la existencia de una jurisdicción indígena reconocida estatalmente. Existe también entre el nivel nacional y el nivel supranacional o global. Esto se debe a la existencia de múltiples tratados internacionales. En el pluralismo jurídico, normas de diferentes orígenes pueden producir colisiones. El desafío consiste en ordenar el pluralismo y asegurar derechos iguales para todos. (Schubert 2012: 201).

Se puede concluir que la relación entre cláusulas pluralistas y cláusulas de unidad no pueden ser pacíficas, una ideología democrática participativa requiere descentralizar el poder en una institucionalidad establecida en la unidad y centralidad del mismo, lo que puede derivar en la subordinación de un modelo sobre el otro, de las nacientes instituciones frente a las autoridades ya establecidas, bajo su poder y su control; se constituye este tema en una de las iniciales tensiones del pluralismo

1.4. Multiculturalismo, pluriculturalismo, plurinacionalidad

El pluralismo jurídico, en sus aspectos más sociológicos, está ligado directamente con los conceptos de multi y pluriculturalismo. Como se ha dicho, el reconocimiento de las

tradiciones (religiosas, jurídicas) de las comunidades minoritarias³⁰ ha llevado a romper con el monismo jurídico pero también con el monoculturalismo y la “unidad nacional”. El rechazo al modelo de Estado–nación conlleva no sólo a una confrontación con los principios liberales a nivel jurídico sino también a nivel sociológico, pues cuestiona la idea de que el Estado es propiedad de un “grupo nacional dominante” y, en consecuencia, excluyente (Kymlicka 2007: 12), pues como dice Santos

toda la teoría política es monocultural, tiene como marco histórico la cultura eurocéntrica que se adapta mal a contextos donde esta cultura eurocéntrica tiene que convivir, de una manera o de otra, con culturas y religiones de otro tipo, no occidentales como son, por ejemplo, las culturas indígenas. (Santos 2007: 13)

El filósofo Will Kymlicka suele citar el hecho de que apenas unos pocos Estados son mononacionales (Islandia, Portugal y las dos Coreas), es decir, cuya nación posee la misma identidad, historia, cultura, lengua, etc. En contraste con esto, países como Canadá, Suiza o Bélgica están fundados sobre “un concepto comunitario no liberal de nación, que no conlleva consigo necesariamente el Estado” (Santos 2007: 18).

Giovanni Sartori, por su parte, hace una importante distinción entre este multiculturalismo y el concepto más amplio de pluralidad retomando la idea de Popper acerca de una sociedad abierta y cerrada (2001: 7). Sartori dice que “lo que reivindicamos para nosotros mismos se niega a los otros” (Sartori 2001: 20), idea que incide en la de “alteridad” (u “otredad”, como la llaman otros autores), es decir, en la posibilidad de reconocimiento del otro³¹.

³⁰ El carácter minoritario, en términos demográficos, aunque suele ser la generalidad, no expresa una situación constante. Se suele citar el caso de la población negra en Sudáfrica, la cual, pese a ser mayoritaria era la población excluida y dominada (*Apartheid*).

³¹ Esta alteridad ha sido bellamente expresada en un famoso poema de Octavio Paz (*Piedra de sol*): “nunca la vida es nuestra, es de los otros, / la vida no es de nadie, todos somos / la vida —pan de sol para los otros, / los otros todos que nosotros somos—, / (...) para que pueda ser he de ser otro, / salir de mí, buscarme entre los otros, / los otros que no son si yo no existo, / los otros que me dan plena existencia, /no soy, no hay yo, siempre somos nosotros”.

Inti Schubert hace incluso referencia a la “interculturalidad”, concepto gestado al interior de los grupos de estudio latinoamericanos (especialmente en Ecuador) que pretende superar las limitaciones de origen de la multiculturalidad³². Al decir de Schubert:

En términos jurídicos, la plurinacionalidad significa el respeto a la identidad cultural del otro. En cambio, la interculturalidad requiere el desarrollo y la creación de lo común. Por tanto, la plurinacionalidad es lo que hay que reconocer y la interculturalidad es lo que hay que construir. (Schubert 2012:197).

El reconocimiento de esta multi o pluriculturalidad se ha dado, como se mencionó en numeral anterior, gracias a declaraciones como la relativa al derecho de los Pueblos indígenas de la Organización de las Naciones Unidas o el Convenio 169 de la OIT sobre Pueblos indígenas y tribales, las cuales, empero, no sólo abrieron el camino del reconocimiento sino también la posibilidad de saldar deudas históricas. Así, por ejemplo, según lo relata Santos, “Australia (...) en 1992 pidió oficialmente disculpas a los indígenas por los robos, por las destrucciones hechas” (Santos 2005: 20). Estas deudas han sido evidentes sobre todo en materia de la expropiación y la imposición de costumbres y normas culturales a las comunidades indígenas; así, por ejemplo, Raúl Llasag ha señalado las variadas formas de discriminación contenidas en las Constituciones ecuatorianas anteriores a la actual de 2008, sobre todo en lo relativo a la imposición del dogma cristiano.

Santos ha resumido estas tendencias, estos cambios en la tradición del Estado:

El Estado moderno ha pasado por distintos órdenes constitucionales: Estado liberal, Estado social de derecho, Estado colonial o de ocupación, Estado soviético, estado nazi-fascista, Estado burocrático-autoritario, Estado desarrollista, Estado de Apartheid, Estado secular, estado religioso y, el más reciente (quizá también el más viejo), Estado de mercado. Lo que es común a todos ellos es una concepción monolítica y centralizadora del poder del Estado; la creación y control de fronteras; la distinción entre nacionales y extranjeros y, a veces, entre diferentes categorías de nacionales; la universalidad de las leyes a pesar de las exclusiones,

³² A propósito de la “interculturalidad”, cf. Walsh 2012.

discriminaciones y excepciones que ellas mismas sancionan; una cultura, una etnia, una religión o una región privilegiadas. (2010: 69).

1.5. A modo de conclusión: la crítica de Boaventura de Sousa Santos (2010a) a los Derechos Humanos

Como se adelantó en la Introducción de este trabajo, uno de los autores clave dentro del contexto teórico del pluralismo es el sociólogo portugués Boaventura de Sousa Santos, por lo que habrá necesidad de detenerse un poco en sus análisis y críticas, éstas últimas centradas sobre todo en los denominados Derechos Humanos, que el autor identifica como un claro ejemplo del “universalismo” monista al que se ha hecho referencia anteriormente y que pueden sintetizar mucho de lo dicho a lo largo de este capítulo.

Para De Sousa Santos (2010a) el enfoque acerca de los *derechos humanos* es determinante al momento de hablar de su funcionamiento, y es aquí donde aparecen términos como *globalización desde arriba* y *globalización desde abajo*. El autor sostiene que los derechos humanos funcionan como una manera de *globalización desde arriba* en tanto son considerados como *derechos humanos universales*. Entra en juego así la postura que acerca del mundo posee Occidente y su dinámica frente a otros tipos de pensamiento que no se acoplan a ella en otros lugares del mundo. Citando a Samuel Huntington, De Sousa Santos alude al *choque de civilizaciones*, la discordia frente al concepto de dignidad humana en la que se termina enfrentando Occidente (en su óptica imperialista) con aquellas posturas diferentes que gocen de aceptación en otros lugares (2010a: 67).

En este panorama prepondera una concepción *universal, global* de estos derechos que termina afectando la *legitimidad local* de los derechos humanos. En este complejo escenario aparece el multiculturalismo progresista como una alternativa que posibilita un equilibrio entre dos temas importantes aquí: la *legitimidad local* y la *competencia global*. Estos se constituyen en características esenciales “de una política

contrahegemónica de derechos humanos en nuestro tiempo” (Ibíd.). Pese a la concepción universalista de los derechos humanos que se ha nombrado con anterioridad, la aplicación no se da de esa forma generalizada, ya que existen en la actualidad cuatro regímenes internacionales diferentes en lo referente a estos derechos:

- (a) el régimen africano
- (b) el régimen asiático
- (c) el régimen europeo
- (d) el régimen interamericano

Frente a esto el autor sostiene que considerar a los derechos humanos como *universales* es una presunción meramente occidental: en efecto, la cuestión acerca de la universalidad es

una pregunta cultural occidental. El grado en el que este punto de vista se pueda compartir, rechazar, ser apropiado o modificado por otras culturas depende de los diálogos interculturales facilitados por las concretas relaciones de poder políticas y sociológicas entre los diferentes países involucrados. (2010a: 68).

Si bien en las culturas es un hecho innegable la existencia de la relatividad (y lo que esta trae consigo, la incompletud y la diversidad), ello no quiere decir que las culturas no puedan calificar como universales ciertos valores, aquellos que son esenciales para las mismas. Eso que se considera lo más elevado, explica el autor, se considera también lo más generalizado. Se aspira así entonces, en cada cultura, a la totalidad; y en tal camino la cuestión de la universalidad funge como respuesta. Cada cultura, además, aúna tal aspiración a aquellos valores que, como se mencionó, considera esenciales o *valores fundamentales* como también a la validez universal que puedan tener estos. Tal diversidad en aspiraciones, valores y culturas originan algo que se denomina *preocupaciones isomorfas*, las cuales pueden llegar a ser *mutuamente interpretables* gracias a unos *procedimientos hermenéuticos* idóneos. De tal forma que “es aún posible conseguir una mezcla o interpretación de preocupaciones y conceptos.

Cuando más iguales sean las relaciones de poder entre las culturas, más probable será que tal mestizaje suceda.” (2010a: 69).

De Sousa Santos señala que con el objetivo de lograr la universalidad de los derechos humanos se han implementado otros recursos, siendo uno de estos el de reconocer a los derechos humanos como universales en tanto se consideran como propios de la naturaleza humana (iusnaturalismo). No obstante, tal argumentación falla en tanto que no confronta el problema, pues acude a la naturaleza humana y la considera universal para así sostener la universalidad de los derechos humanos, sin despejar, sin responder, en qué consiste tal universalidad de la naturaleza humana.

Citando a Falk, Santos expresa que la economía y la geopolítica han incidido en las políticas de derechos humanos en la posguerra, siendo esta tan solo una de las problemáticas que se encuentran al hablar de estos derechos. A la ambivalencia frente a hechos atroces se suma, según expresa el autor, la baja inclusión que tuvo la elaboración del borrador de la Declaración Universal de 1948, en el que no se otorgó la misma preponderancia a los derechos sociales, económicos y culturales que a los derechos políticos y civiles y, en la actualidad, la lucha constante de diversos tipos de organizaciones de carácter no gubernamental que defienden los derechos humanos y contra las cuales han actuado diversos Estados de tendencia autoritaria y capitalista. A juicio del autor, lo que se ha de hacer frente a este panorama recae en la *política emancipatoria actual*. Los derechos humanos han de pasar en su concepto y práctica de un *localismo globalizado* a lo que él especifica como un *proyecto cosmopolita insurgente* (2010a: 69-70).

Tal dinámica de transformación involucra cinco premisas que son esenciales para construir un enfoque *mestizo* de los derechos humanos, para desarrollar un diálogo transcultural que verse acerca de la dignidad humana y mediante el cual se pueda llegar a enfoque en el que los significados locales y la inteligibilidad primen.

1. Se ha de superar el debate que se presenta entre el relativismo cultural y el universalismo. A juicio de Santos, se trata de una discusión falsa que maneja conceptos radicales que pueden, a su vez, afectar un enfoque emancipatorio de los derechos humanos. De manera tajante plantea que tanto el relativismo cultural como el universalismo cultural son posturas equivocadas. Esto sin desconocer que existe la relatividad de las culturas así como la aspiración de estas en poseer unos valores absolutos. Dada esta problemática, la propuesta que esboza el autor pasa por fomentar diálogos y criterios:

contra el universalismo, debemos proponer diálogos transculturales sobre preocupaciones isomórficas. Contra el relativismo, debemos desarrollar criterios procedimentales transculturales para distinguir la política progresista de la conservadora, el apoderamiento del desapoderamiento, la emancipación de la regulación. En la medida en que el debate suscitado por los derechos humanos pueda evolucionar hasta un diálogo competitivo entre las diferentes culturas acerca de los principios de la dignidad humana, es indispensable que tal competencia genere coaliciones transnacionales para llegar mejor a máximos que a mínimos (¿Cuáles son los estándares absolutos mínimos? ¿Los derechos humanos más básicos? ¿El mínimo común denominador?). (2010a: 70-71).

A esta cuestión se une la existencia de los denominados *derechos de baja intensidad*, los cuales aparecen como fruto de una concepción emancipatoria reducida que responde a directrices del capitalismo a nivel global.

2. Existen ideas divergentes frente a la dignidad y los derechos humanos, y puntualmente, frente a una equiparación de la primera con los segundos: es algo en lo que no concuerdan todas las culturas. La alternativa frente a este panorama aparece en forma de las ya nombradas *preocupaciones isomórficas*, las cuales deben buscarse en las culturas: diversos conceptos pueden hacer referencia a, por ejemplo, aspiraciones y preocupaciones parecidas o bien inteligibles entre sí (2010a: 71).

3. Según expresa el autor, “la tercera premisa es que todas las culturas son incompletas y problemáticas en sus concepciones de la dignidad humana. Tal incompletud deriva precisamente del hecho de que existe una pluralidad de culturas” (Ibíd.). Una mayor consciencia frente a esta incompletud cultural será esencial al momento de construir una “concepción multicultural emancipadora de los derechos humanos” (Ibíd.).
4. No es posible catalogar a cierta cultura como *monolítica*: las concepciones que poseen acerca de la dignidad humana varían entre sí y también en su nivel de apertura.
5. Existen dos *principios competitivos de pertenencia jerárquica* en los cuales las culturas distribuyen tanto a las personas como a los grupos sociales. Estos principios “no necesariamente se yuxtaponen y por eso no todas las desigualdades son idénticas y no todas las diferencias son desiguales” (2010a: 72).

Al darse entre diferentes culturas, el diálogo transcultural refiere a un intercambio de diversos *universos de significados*, que se componen de *topoi*, de constelaciones de ellos. Pueden entenderse como “lugares comunes retóricos ampliamente extendidos de una determinada cultura, autoevidentes, y por lo tanto, no son objeto de debate. Funcionan como premisas para la argumentación, posibilitando de esta manera la producción e intercambio de argumentos” (Ibíd.).

Frente a los problemas que pueda generar la utilización de unos *topoi* en otra cultura, el autor propone la *hermenéutica diatópica*. Este enfoque contempla los *topoi* como incompletos, lo cual no puede ser visto por la cultura que los posee. Reconociendo esto, esta *hermenéutica diatópica* busca “elevar la conciencia de la recíproca incompletud a su máximo posible, entablando un diálogo, por así decirlo, con un pie en cada cultura” (2010a: 73).

Capítulo 2

Estado plurinacional: paradigmáticos casos de Bolivia y Ecuador

La comprensión del estado plurinacional requiere una contextualización histórica acerca de los procesos que han atravesado las comunidades indígenas y los regímenes políticos de los países donde se ha promulgado (Bolivia y, en menor medida, Ecuador), la legislación nacional e internacional, además de la resignificación de ciertos términos y nociones. En este capítulo se tratará, en un primer momento, de mostrar cuál o cuáles fueron las características de los tres ciclos históricos del pluralismo jurídico global identificados por Yrigoyen Fajardo (el último de los cuales ya implementa el concepto de “plurinacionalidad”). Después se hará una revisión de las circunstancias sociales e históricas que condujeron a la promulgación del Estado plurinacional en Bolivia (que se tomará como caso paradigmático). Finalmente, se intentará hacer una suerte de inventario sumario de las disposiciones contenidas en los textos constitucionales que parecen sustentar este nuevo tipo de Estado.

2.1. Los ciclos del pluralismo

Como ya se mencionó en el capítulo anterior, investigadores como Roberto Gargarella y Raquel Yrigoyen Fajardo han identificado tres ciclos históricos en el desarrollo del pluralismo. En este aparte se seguirá la exposición de ésta última, quien caracteriza dichos ciclos de la siguiente manera: un *primer ciclo* se presenta cuando emerge el multiculturalismo en la década de los ochenta (aunque esto aún no se materializa en el reconocimiento del pluralismo jurídico); un *segundo ciclo* se da en los años noventa posterior a la adopción del Convenio 169 de la OIT (1989), en el cual ya se reconoce el modelo de Estado pluricultural y el pluralismo jurídico; finalmente, un *tercer ciclo* se da posterior a la adopción de la Declaración de Naciones Unidas sobre los Derechos de los Pueblos Indígenas (2007) (Yrigoyen Fajardo 2012: 171–172).

Aparte de las características coloniales y excluyentes descritas en el capítulo precedente, en el primer ciclo dominaba la ideología que sostenía la inferioridad natural de los indígenas, sumándose a esta la tutela indígena, las cuales posibilitaron la estabilidad del modelo de subordinación a la población indígena. En sí, la independencia que obtuvieron las colonias americanas no se tradujo en una liberación de los subordinados: los nuevos Estados, ahora estructurados en torno a una Constitución, mantenían unos proyectos de sujeción a la población indígena.

En este constitucionalismo liberal, el proyecto de sujeción indígena liderado por los criollos se materializó en tres técnicas de carácter institucional:

- La asimilación o la conversión de 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” (Yrigoyen, 2012, p. 173).
- Reducir, cristianizar y civilizar a los indígenas que no habían sido colonizados, en pro de aumentar los terrenos agrícolas.
- Enfrentarse mediante una guerra ofensiva y defensiva a las naciones indias que mantenían tratados con la Corona, a aquellos denominados bárbaros en procura de lograr la anexión de esos territorios al estado.

Posterior a ello, en el constitucionalismo social integracionista del siglo XX, el cual se inauguró en la Constitución de México (1917), constituyó una crítica al constitucionalismo de tipo asimilacionista e individualista que se presentó en el siglo XIX gracias al reconocimiento, entre otros, de los derechos sociales y los sujetos colectivos, las comunidades indígenas y los derechos colectivos de la tierra, siendo el objetivo de este tipo de constitucionalismo la integración de los indígenas al Estado y al mercado, sin que por ello se fragmentara la identidad del Estado-nación como tampoco el monismo jurídico. A esto se sumó la ausencia de cuestionamientos al Estado frente a la definición del modelo de desarrollo indígena en un marco tutelar³³.

³³ Coincide en esto Roberto Gargarella, quien afirma que el constitucionalismo americano ya había “hecho una gran innovación al constitucionalismo mundial, sobre todo desde la Revolución mexicana de 1917 con la introducción del constitucionalismo social” (Gargarella 2013: 1). Según este mismo autor, el caso de Bolivia es interesante porque

Finalmente, el constitucionalismo pluralista sí cuestionó estos y otros renglones. Dentro del mismo, a juicio de Yrigoyen, se pueden identificar los tres ciclos mencionados: el del constitucionalismo multiculturalista (de 1982 a 1988), el ciclo del constitucionalismo pluricultural (que cubre de 1989 a 2005) y finalmente, el ciclo del constitucionalismo plurinacional (2006–2009). En el primero de estos ciclos incidieron la aparición del multiculturalismo y las nuevas demandas indígenas. Se produce en este periodo (1982–1988) la inclusión de la noción de diversidad cultural, así como “el reconocimiento de la configuración multicultural y multilingüe de sociedad, el derecho – individual y colectivo– a la identidad cultural y algunos derechos indígenas específicos” (Yrigoyen Fajardo 2012: 174). Se destacan dentro de este ciclo los avances e intentos de las Constituciones de Canadá, Guatemala, Brasil y Nicaragua. Empero, en estas Constituciones no hay un reconocimiento pleno del pluralismo jurídico, aunque algunos países poseían normas de carácter secundario o político que le brindaban reconocimiento a la justicia indígena pero con un alcance limitado.

Es durante el segundo ciclo, en el *constitucionalismo pluricultural*, en el cual las Constituciones reconocen el derecho –a nivel individual y colectivo– a la identidad y la diversidad cultural, construyendo también los conceptos de *nación multiétnica/multicultural* y de *Estado pluricultural*. Se tornan en principios constitucionales tanto el pluralismo como la diversidad cultural, sirviendo a su vez como base de los derechos indígenas, los derechos afrodescendientes y de los derechos de otras comunidades. Dentro de los derechos adoptados se pueden mencionar: la oficialización de los idiomas indígenas, la educación de carácter bilingüe e intercultural, las diversas formas de participación, etc. En suma, es en los años noventa cuando se realiza un reconocimiento integral de las autoridades indígenas, de las normas que poseen, de su derecho consuetudinario así como de su soberanía. Sin embargo, estos nuevos derechos que se oficializaron no contaban con unos mecanismos institucionales suficientes que los materializaran. Además, a su aprobación se sumaron normativas que iban en contravía de los mismos: se presentó una simultaneidad entre

identifica la marginación indígena como el problema a resolver aunque reconoce al mismo tiempo que Ecuador no ha logrado hacer esta “traducción” tan satisfactoriamente como su hermano andino (*Ibíd.*).

las posturas neoliberales y los derechos indígenas en las Constituciones, lo cual deterioró el alcance de estos últimos, panorama al cual se sumaron conflictos de carácter armado y otras situaciones desfavorables.

Por último, el *constitucionalismo plurinacional*, ciclo en el cual se enmarcan las nuevas constituciones de Bolivia (desarrollada en el periodo 2006–2009) y Ecuador (2008), desarrolladas ambas teniendo como trasfondo la ya mencionada Declaración de Naciones Unidas sobre los Derechos de los Pueblos Indígenas (2006–2007). Estas Constituciones plantean una “*refundación del Estado*”, el cual se basa en un reconocimiento de la historia de los pueblos indígenas que fueron marginados en la fundación republicana. Además, tiene como reto propio finalizar el colonialismo. Este reconocimiento se manifiesta en la definición de los pueblos indígenas como *naciones originarias*, como *nacionalidades* que poseen autodeterminación o libre determinación, como sujetos políticos colectivos, con derecho a participar en los nuevos acuerdos del Estado: del Estado plurinacional. En este los pueblos indígenas son protagonistas, son los sujetos constituyentes y junto a otros pueblos o naciones pueden determinar tanto el nuevo modelo de Estado como las relaciones entre los pueblos que hacen parte del mismo (Yrigoyen Fajardo 2012: 182), como se verá más adelante en el caso de Bolivia: en un contexto atravesado por las políticas neoliberales y las transnacionales, la población exige que el Estado desempeñe un papel activo, lo cual conduce a unos nuevos derechos sociales que involucran la perspectiva de los pueblos indígenas, destacándose entre ellos el derecho al agua y al *buen vivir*.

2.2. El caso de Bolivia. Revisión histórica

En el contexto de este trabajo, el caso de Bolivia es paradigmático, pues aparte de las innovaciones en materia constitucional incluidas en su propia Constitución Política, las movilizaciones sociales e indígenas a lo largo de toda su historia han recabado en dotar a dichas innovaciones de un sustento social y conceptual que ha facilitado su adaptación en el contexto moderno. La elección, ya por tercera vez consecutiva, de

Evo Morales Ayma ha confirmado que la política incluyente y volcada hacia el tema indígena u originario no ha sido un simple capricho sino la culminación de una lucha histórica³⁴.

Una de las principales razones de ello es el hecho de que Bolivia es “*el único país de nuestro continente con población mayoritariamente indígena*” (Almeyra 2011: 204); de hecho, según el censo de 2001, la población indígena constituía el 62% de la población total del Estado (Svampa et al 2010; Hylton y Thomson 2005: 73)³⁵. Ya en 1993, Víctor Hugo Cárdenas, fórmula vicepresidencial de Gonzalo Sánchez de Lozada, se había convertido en el primer vicepresidente de origen aymara de Bolivia y, aunque su participación en el gobierno no fue trascendental para el movimiento indígena, su ascenso propulsó o coincidió con el ascenso del naciente Movimiento al Socialismo (MAS)³⁶, partido que en 1997 lograría un escaño en el congreso con Morales como “diputado uninominal” (Svampa et al 2010: 10).

Sin embargo, las luchas reivindicativas son tan antiguas como la República misma: desde la resistencia indígena de Túpac Katari hasta las guerras del agua y del gas ya en el s. XXI, los *ayllus*³⁷ y, posteriormente, sindicatos indígenas bolivianos habían logrado transformaciones al interior del Estado, aunque sólo últimamente intentaron y consiguieron la toma del mismo. Este largo proceso de descolonización y liberación ha

³⁴ Una anécdota quizá resuma el sentido de esta lucha. En el discurso de posesión de su tercer mandato, Morales pronunció una frase que fue muy publicitada por la prensa: “*Aquí no mandan los gringos, mandan los indios*”. Sin embargo, dicha expresión era una paráfrasis de un ingenioso juego de palabras que antes había hecho el vicepresidente Álvaro García Linera: “*Ahora en Bolivia no mandan los ‘Chicago boys’ sino los ‘Chuquiagoboyes’*”, haciendo referencia, por un lado, al famoso grupo de economistas liderados por Milton Friedman que fue el encargado de formular e implementar (como en el caso de Chile) las políticas neoliberales, y por otro, al nombre original aymara de la ciudad de La Paz, antigua capital del Estado. Esta frase, entonces, resume un poco la lucha contra el modelo neoliberal extractivista y de libre cambio que afectó profundamente a Bolivia a mediados de los años 80, como se verá más adelante.

³⁵ “A escala nacional, el 25 por 100 se identificaba como aimara, el 31 por 100 como quechua y el 6 por 100 como parte de alguno de los treinta y un grupos indígenas restantes (uru-chipaya, tupi-guaraní, etc.)” (Hylton y Thomson 2005: 73).

³⁶ Este movimiento se había originado en los movimientos cocaleros y se caracterizó por una relación estrecha con los movimientos campesinos e indígenas.

³⁷ “El ayllu fue la base y el núcleo de la organización social del Imperio incaico. La palabra «ayllu», de origen quechua y aimara, significa comunidad, linaje, casta, parentesco. Puede definirse como el conjunto de descendientes de un antepasado común, real o supuesto, que trabajan la tierra de forma colectiva y con un espíritu solidario. El ayllu viene a ser así una asociación cuyos miembros están unidos por un vínculo consanguíneo (real o ficticio), religioso, territorial y económico” (García 2006: 68; nota del traductor).

sido dividido en tres estadios históricos que se han denominado como la “memoria larga”, la cual se remonta hasta la conquista y la colonización, la “memoria mediana” que se remonta a los años 50 del s. XX (época de la revolución y la creación de guerrillas) y la “memoria corta” que ya hace referencia a las luchas del nuevo siglo que condujeron al cambio del paradigma estatal (Svampa et al 2010: 7). No en vano, los investigadores Forrest Hylton y Sinclair Thomson han dicho que “si América Latina ha sido el lugar de la oposición más radical a la reestructuración neoliberal durante los últimos cinco años, Bolivia ha sido su primera línea insurreccional” (Hylton & Thomson 2005: 69).

Tal como lo señala Huascar Salazar Lohman, la comprensión de la “lucha indígena campesina” en Bolivia exige, pues, del conocimiento de varios sucesos históricos del país, en detalle, tres:

los levantamientos indígenas que se suscitaron en el seno de la Guerra Federal de 1899, las rebeliones que precedieron a la Revolución Nacional de 1952, y la configuración de un nuevo campo de disputa social y el surgimiento de nuevos actores que, en conjunto, derivarían en lo que en este trabajo hemos denominado como la Bolivia Rebelde de principios del siglo XX. (Salazar Lohman 2013: 20).

2.2.1. La colonia y las minas de Potosí

La época colonial en Bolivia estuvo signada por la explotación minera (plata y estaño principalmente) en lugares como Potosí, de donde se saquearon toneladas de metales preciosos que, según Enrique Dussel, sirvieron para cimentar el Imperio de España y convertirlo en una potencia económica. Este modelo extractivista daría origen así mismo a un sistema de dominación justificado en una categorización jerárquica que tenía como directriz la idea de raza y la utilización de fuerza de trabajo andina en las minas (Garcés 2013: 13). Del mismo modo, la *Recopilación de Leyes de Indias* (1680), expuso una división entre el mundo indígena y el español estableciendo, por un lado, la denominada República de Españoles y, por otro, la República de Indios. Todo esto estaba basado en el derecho medieval el cual reconocía diversos fueros así como

jurisdicciones especiales. De este modo se reconoció el derecho a la conservación del gobierno de las autoridades étnicas y, a su vez, “a acogerse al fuero especial de la legislación indiana como súbditos directos del rey de España” (Garcés, 2013, p. 14)³⁸.

En el siglo XVIII, el auge de las haciendas –las cuales empezaban a tener un papel cada vez más importante en la economía– y la aparición de nuevas formas de sujeción a nivel económico, como el reparto de mercancías, condujo a un aumento en los abusos por parte de los funcionarios coloniales locales y las subsiguientes rebeliones indígenas iniciadas en agosto de 1780 en Potosí; en éstas se destacaría en rol del caudillo aymara Túpac Katari (1750–1781). Según el relato de Hylton y Thomson

la revuelta prendió en el altiplano meridional de Oruro y La Paz a principios de 1781, y tropas aimaras y quechuas dejaron el campo libre de control colonial español. El comandante campesino aimara en La Paz, Túpak Katari, asfixió a las fuerzas españolas que resistían en la ciudad en el transcurso de un asedio que duró cinco meses”. (Hylton y Thomson 2005: 69-70)³⁹.

La política anti-indígena colonial se mantuvo pese a la independencia de Bolivia en 1825, fecha a la cual le precedieron disputas y acciones estatales en contra de las comunidades indígenas en temas como la propiedad de la tierra. De esta manera, surgieron iniciativas legales como la *Ley de Exvinculación de tierras* (1874), la cual se oponía a las tierras comunitarias. Esto, sumado a un proceso de organización del catastro posterior impactó negativamente en las comunidades. Un gran número de las mismas quedaron a merced del régimen de hacienda (Salazar Lohman 2013: 20-23).

La resistencia y oposición a este proceso de desvinculación fue generando las condiciones para las sublevaciones indígenas, las cuales habrían de tomar más fuerza en los últimos cinco años del siglo XIX y que finalmente derivarían en el levantamiento de 1899 en el marco de la Guerra Federal. No obstante la expropiación de tierras

³⁸ “Es interesante notar que la misma situación de continuidad colonial se puede observar tanto para el Ecuador como para el Perú. Más allá de sus particularidades, las nacientes repúblicas andinas, supuestamente forjadas bajo los principios de libertad, igualdad y fraternidad, reproducían el mecanismo de jerarquización racial y clasista impuesto en la Colonia” (Garcés 2013: 16).

³⁹ La figura de Katari ha sido tan influyente que daría inicio a un modo de pensamiento que posteriormente se denominará “katarismo” y que será central en las luchas venideras (Fornillo 2010: 61).

continuó en años posteriores y en un intento por evitar la sublevación indígena los liberales plantearon el disciplinamiento de la raza indígena, lo que se materializó mediante políticas como el servicio militar obligatorio y la “implementación de escuelas rurales ambulantes” (Salazar Lohman 2013: 33).

Luego comienza el período liberal oligárquico, en el cual se le impedía votar a las personas analfabetas y a quienes no poseían una determinada cantidad de ingresos; esto se mantuvo vigente desde 1839 hasta 1952. En palabras de Garcés: “en términos económicos, el período liberal oligárquico es el momento de emergencia de dos enclaves mineros. El primero, heredado de la Colonia alrededor del ciclo de la plata y, el moderno, en torno a la explotación del estaño”; el autor afirma que estos dos enclaves han configurado lo que denomina “la rosca minero-feudal” (2013: 19). Esta “rosca”, sumada a las crisis del latifundio (1946-1952) y la derrota en la Guerra del Chaco (1935) originarían un sentimiento de insatisfacción que detonaría pronto en huelgas y la conformación de poderosos sindicatos de mineros, indígenas y campesinos.

En síntesis, el estado boliviano marginó históricamente a los pueblos indígenas, lo cual fue altamente notorio en el primer periodo republicano –que abarcó desde el año 1825 hasta el año 1870– en donde predominaban la exclusión y los mecanismos coloniales de dominación. A esto se sumó, posteriormente, un discurso de carácter cientificista que brindaba supuestas razones para justificar tanto la inferiorización del indígena así como la imposibilidad de ser propositivos en cuestiones políticas. Esta situación cambiaría apenas en los tiempos de la Revolución Nacional del año 1952, la cual propendía por el desarrollo de un proyecto de nación de carácter homogéneo y moderno, que se tradujo en la categorización de la clase señorial en burguesía y de los indígenas en ciudadanos, “por ello la pretensión de universalizar el término campesino para todo habitante rural y hablante de la lengua no hispana. En la práctica lo que se hizo fue crear ciudadanos de segunda” (Garcés 2013: 10).

2.2.2. La era de las revoluciones

Después de las amargas experiencias durante la época colonial y republicana y tras la decepción del Chaco y una agresiva Reforma Agraria que impulsaría la toma de las haciendas, el país se convertiría en un auténtico

caldo de cultivo para la gestación de un ‘segmento nacionalista’ que confluyó en el Movimiento Nacionalista Revolucionario (MNR), cuyos principios ideológicos (...) dividieron a Bolivia entre la oligárquica anti-nación de la ‘rosca minera’ enlazada a los intereses foráneos, y el sentir autóctono, mestizo y popular. (Fornillo 2010: 62).

En este clima de polarización y desencanto se crearía, en 1952, la Central Obrera Boliviana (COB), la agrupación sindical más grande y poderosa del país, que congregó a miles de mineros asociados y no asociados que buscaban “reivindicaciones populares con respecto a la administración del excedente social, mediante estructuras como la afiliación sindical y la cogestión obrera” (García 2006: 67). Estos eventos configurarían lo que se ha llamado la Revolución de 1952, la cual, al decir de Hylton y Thomson fue “la primera revolución popular-nacional de la América Latina de posguerra”, pues a los sindicatos se unieron estudiantes y hasta “la fuerza armada de las milicias trotskistas de los mineros del estaño”. Esta revuelta tuvo como resultado, finalmente

la ruina temporal de la clase propietaria, la nacionalización de las minas, la extensión universal del sufragio y el fin del dominio oligárquico. Empresas de propiedad estatal pasaron a gestionar la extracción y exportación de los recursos naturales, en especial minerales y petróleo⁴⁰, e inauguraron un modelo que duró, con la alternancia entre el dominio de la esfera política por parte del MNR y regímenes militares autoritarios de facto, hasta el hundimiento del mercado del estaño y la reestructuración neoliberal de 1985. (Hylton y Thomson 2005: 71).

Posteriormente, los movimientos “kataristas” fundarían la CSUTCB (Confederación Sindical Única de Trabajadores Campesinos de Bolivia) y, con apoyo de otros

⁴⁰ El mismo modelo se aplicaría en Brasil durante el mandato de Getulio Vargas en el cual los hidrocarburos empezaron a ser explotados por la nueva Industria Petrolera Nacional, conocida como Petrobras.

sindicatos y sectores sociales derrocarían, entre 1977 y 1984, tres dictaduras militares, con lo que se consolidó un modelo de “democracia representativa” (Hylton y Thomson 2005: 75). Sin embargo, agotada ya la época del “nacionalismo revolucionario”, en los ochentas Bolivia implementaría políticas económicas de marcado acento neoliberal (como en Chile después del golpe de Estado a Allende) caracterizado por la privatización, la reducción del gasto público y el libre mercado (García 2006: 71) que llevó al país a una crisis económica sin precedentes: “el PIB se había reducido y la hiperinflación era una de las más altas del mundo. La única actividad económica rentable era el comercio de la cocaína” (Garcés 2013: 26). Como era de esperarse, el modelo fracasó:

Tras diecisiete años de ortodoxia financiera, el proyecto neoliberal se percibía de manera cada vez más generalizada como un puro saqueo (...) El 20 por 100 mejor situado de la población poseía 30 veces más que el 20 por 100 que se encontraba en peores condiciones y un 60 por 100 de la misma vivía en la pobreza; en las áreas rurales, el porcentaje llegaba al 90 por 100. La tasa de desempleo oficial se había triplicado (...) La mortalidad infantil era de 60 por cada 1.000 nacimientos y la esperanza de vida estaba en los 63 años, frente a las medias continentales de un 28 por cada 1.000 y de 70 años respectivamente. Las infraestructuras seguían en un estado rudimentario en gran parte del país: más del 70 por 100 de las carreteras estaban sin asfaltar y, en las zonas rurales, sólo un 25 por 100 de los hogares contaba con electricidad. (Hylton y Thomson 2005: 79).

2.2.3. El Estado plurinacional y la Nueva Constitución Política del Estado

Dos eventos marcarían el surgimiento de un nuevo modelo estatal en Bolivia: las denominadas guerras del agua (2000) y del gas (2003). En síntesis, estas dos “guerras” surgieron tras la demanda de desprivatización de la primera y nacionalización del segundo. Más importante aún, estas movilizaciones plantearon la necesidad de una nueva Asamblea Constituyente que plasmará en una nueva Constitución las demandas de los indígenas. Con ello se buscaba que los logros de la movilización no fueran,

como antes, traicionados o dejados como letra muerta en las disposiciones del Gobierno central.

La “guerra del agua” surgió a raíz de la privatización del líquido por parte de la empresa privada (Aguas del Tunari, fachada de la transnacional Bechtel). El incremento en el precio del vital elemento provocó protestas, huelgas y bloqueos que coincidieron con las de los campesinos cocaleros que protestaban contra la erradicación de la planta. Estas protestas dieron resultado, pues el Gobierno se vio obligado a terminar el contrato con Aguas del Tunari y expulsar a las empresas de erradicación americanas. Pero lo más importante era que los grupos indígenas empezaron a participar de manera efectiva en los cambios económicos y políticos controvirtiendo el estado de marginación y la “mono-etnicidad” (García 2006: 67–68; Garcés 2013: 31).

En términos políticos, todo esto sería capitalizado por el Movimiento al Socialismo (MAS) liderado por Evo Morales y el Movimiento Indígena Pachakuti (MIP) fundado y liderado por el dirigente aymara Felipe Quispe, ambos inspirados en Túpac Katari y el pensamiento “katarista” de los años 50 (Svampa et al 2010: 11). Finalmente, la denominada “agenda de octubre”, que pugnaba por “la nacionalización de las empresas públicas privatizadas y (...) la convocatoria a una asamblea constituyente” (Svampa et al 2010: 12) daría sus frutos cuando en septiembre de 2004 el Pacto de Unidad Programático construyó una propuesta de Ley de Convocatoria para la Asamblea Constituyente, bajo el lema: “los excluidos de siempre no vamos a excluir a los excluidores de siempre” (Garcés 2013: 32).

La formulación de Estado Plurinacional surge, pues de la Asamblea, la cual se llevó a cabo durante el 2006–2007. Este nuevo Estado no pretendía ser una reforma del anterior, sino un Estado nuevo completamente, es decir, *otro* Estado pues como dice Schavelzon “la experiencia indígena en la Constituyente mostraba que había algo que no cabía en la forma estatal, una diferencia indígena irreductible al Estado” (Schavelzon 2012: 7). Así mismo, “se encontraban participando también en la construcción nacional pero en la ruta de una nación plural en consonancia con el

carácter polisémico del término. Ésta es la forma de Estado que naciones y pueblos indígenas llamaron plurinacional” (Garcés 2013: 10-11).

No obstante, la formulación del Estado Plurinacional se había presentado por primera vez en un Congreso realizado por la CSUTCB en 1983. Los pueblos indígenas deseaban construir un Estado que trascendiera la discriminación histórica además de la marginación que habían sufrido desde la época colonial–republicana; buscaban una nación plural. Este propósito se fortaleció gracias a la llegada a la presidencia de Evo Morales (2006), quien después de perder por poco margen en las elecciones nacionales del año 2002 se había convertido en el líder indiscutible y carismático de la revolución⁴¹. Se asiste así a un escenario en donde, gracias a la presencia del MAS dentro del Parlamento boliviano, se fragmenta el poder político que concentraba el bloque dominante a nivel político y económico (Suárez 2013: 226). A su vez, la figura de Morales –un presidente de orígenes indígenas– simbolizó un empoderamiento por parte de los grupos marginados por la sociedad y el consecuente aislamiento de los grupos dominantes desde el tiempo de la independencia.

La concepción del estado como *plurinacional* fue una propuesta realizada por los indígenas, pero esta noción entrañaba unos sentidos políticos sumamente divergentes –y que se encontraban, en ocasiones, en conflicto– (Schavelzon 2012: 14–15). Así entonces, se pasó de un Estado–nación Republicano a un Estado Plurinacional, lo cual condujo a unos grandes retos frente al desarrollo de una institucionalidad estatal nueva, que cumpla con la tarea de reemplazar aquella institucionalidad fruto del pasado colonial del país (Suárez 2013: 222). La Nueva Constitución Política del Estado (NCPE) así como la compleja agenda política que involucra, se enfrenta entonces a un panorama conflictivo entre los indígenas (que son los nuevos actores políticos) y la élite privilegiadas (los viejos actores políticos) ya que esta nueva constitución propende por “un nuevo modelo de desarrollo económico social que establece derechos sociales, políticos, económicos y culturales” (Suárez 2013: 234). Contiene además temas como

⁴¹ Morales no sólo ganaría protagonismo sino que, además, lo haría por encima de Quispe, consolidando de una vez por todas la unidad que, debido a la disputa de los dos, no había sido posible antes.

la inclusión de pueblos indígenas en el estado, la protección de los recursos naturales y la autonomía regional. Así, por ejemplo, dentro de las disposiciones más importantes contenidas en el texto, se menciona “la especial atención a la protección de los derechos sociales, la democratización del Estado y la sociedad a través de los derechos políticos, la plurinacionalidad y los derechos de los pueblos y naciones indígenas” (Ibíd.).

Gracias a la Constitución, han sido creadas instituciones como la Asamblea Legislativa Plurinacional además del Tribunal Constitucional Plurinacional al tiempo que se han reconocido las decisiones de la jurisdicción indígena, considerándolas además irrevocables –excepto por el Tribunal Constitucional Plurinacional, que puede dar su dictamen acerca de éstas. A su vez, dentro de esa jurisdicción se implementaron otras formas de castigo, destacándose además la inmediatez, gratuidad y carácter restaurativo del mismo. (Schubert 2013: 196).

Siguiendo a Raúl Zibechi se puede citar el ejemplo de la ciudad de El Alto, en Bolivia, como uno de los referentes más importantes dentro de este marco de descolonización y, en palabras del intelectual uruguayo, “dispersión” del poder político.

La ciudad de El Alto es probablemente la más amplia y abarcativa creación urbana de los de abajo en nuestro continente. Es la única ciudad india de un millón de habitantes, construida enteramente por los sectores populares y habitada por ellos, de la cual está (auto)excluida la burguesía. Tal vez sea uno de los legados de la lucha aymara de las últimas décadas. Los aymaras son un pueblo en movimiento. Desde hace un siglo vienen rechazando el lugar físico y simbólico que ocupaban como oprimidos y se han puesto en movimiento buscando algo mejor. Lucharon por la tierra y la escuela; por el territorio y la dignidad como pueblo; se están construyendo en los últimos años como *nación sin Estado*. Desde esta mirada de larga duración, constituyen un vasto movimiento social y político de autoafirmación sin haberse institucionalizado como movimiento. (Zibechi 2007: 12; cursivas añadidas).

En la misma línea, el empoderamiento por parte de las comunidades indígenas y en general, por los oprimidos (“los de abajo”, como reza la famosa novela de Mariano Azuela), se evidencia no sólo en la elección de Morales como presidente sino también en el rol desempeñado por García Linera (anteriormente encarcelado bajo cargos de rebelión y terrorismo) como Vicepresidente, a lo que se suma el caso de Casimira Rodríguez, “mujer quechua de pollera, empleada doméstica” (Zibechi) como Ministra de Justicia o el de Sacha Llorenti, defensor de derechos humanos, como Embajador ante Estados Unidos. De todo esto concluye Zibechi:

La dinámica interna de las luchas sociales va tejiendo relaciones sociales entre los oprimidos, que les permiten en una primera instancia asegurar la sobrevivencia, tanto material como espiritual. Con el tiempo y el declive del sistema dominante, sobre la base de esas relaciones, crece un modo nuevo, o sea diferente al hegemónico. A tal punto que, llegado el momento, la sociedad presenta la forma de un mar de relaciones sociales “nuevas” y algunas islas de relaciones sociales “viejas”, que son básicamente las relaciones estatales. (Zibechi 2007: 33).

2.3. Ecuador, Estado Constitucional de derechos

El caso de Ecuador, aunque similar en muchos aspectos al de Bolivia, reviste ciertas características particulares, primordialmente las que se derivan del hecho de que su población indígena, aunque muy numerosa, no es tan mayoritaria como la de su vecino.

Raúl Llasag ha manifestado que la intolerancia de parte del Estado–nación frente al pluralismo jurídico ha sido tradicional, lo cual se evidenciaba en la no aceptación de una convivencia del Derecho Indígena en la República del Ecuador (Llasag 2008: 327). Esto se traduce en el hecho de que el texto constitucional, desde 1830 hasta 1978, estuvo basado en la idea de que el único órgano que podía crear e interpretar las leyes era la Función Legislativa, además de contemplar la Función Judicial como el único organismo que puede administrar justicia en el estado–nación. Aquí, el Derecho

Indígena no tenía cabida y tanto la administración de justicia como la producción de derecho se encontraban monopolizadas por el Estado: un claro ejemplo de monismo jurídico. Como no podía ser de otro modo, las comunidades indígenas habían sido marginadas en la construcción de la Nación, subsumidas también bajo los principios del liberalismo burgués y sus premisas de igualdad y libertad. Se visualizaba una nación en singular lo cual se tradujo en el “desconocimiento de la existencia de naciones indígenas, y por el otro, la preeminencia del sujeto de derecho individual, que estará limitado por el concepto de ciudadanía” (Llasag 2008: 316). De esta manera, se marginó a los pueblos indígenas como se evidencia en su ausencia en el texto constitucional en el periodo 1830–1978.

A nivel cultural era latente un carácter monocultural de la nación, manifiesto en renglones como el reconocimiento constitucional de un solo idioma oficial –el idioma castellano– desde la Constitución de 1929. En el campo de la educación se mantenía un enfoque religioso y monolingüístico que se transformó, en la Constitución del año 1897, en libre, laica y estatal aunque continuaba teniendo un enfoque educativo monolingüe además de homogenizante. Esto se prolongó en las siguientes constituciones, hasta que en el año 1988 se reconoce la educación intercultural bilingüe. Así mismo, la religión era única hasta la constitución de 1897; esto fue modificado en las Constituciones de 1945 y de 1978, y la institucionalidad del estado era centralizada, estando así monopolizada la administración de justicia y penalizadas otras formas de solucionar los conflictos, entre otras cuestiones.

En el campo económico, si bien la Constitución del año 1978 dictaminaba como directrices de la economía tanto la eficiencia como la justicia social, las cifras correspondientes a las décadas del ochenta y noventa eran preocupantes: “el sistema económico del estado nación [era] capitalista liberal, neoliberal y excluyente, en donde el derecho fundamental es la propiedad, libertad de empresa e igualdad formal ante la ley” (Llasag, 2008, p.p. 326–327). Es éste un escenario donde únicamente las personas que poseían las condiciones requeridas para ser ciudadanos eran efectivamente sujetos de derecho, y donde, además, la naturaleza se volvió un objeto

de apropiación y de comercialización por parte de las empresas (modelo extractivista). Habría que sumar a todo esto una limitada y excluyente democracia liberal en la cual la representatividad era hegemónica y se marginaron otras formas de democracia –por ejemplo, la democracia comunitaria y la participativa–, sin contar con un sistema electoral dominado por los caudillos de los distintos partidos políticos (*Ibíd.*). Finalmente, la política de territorialidad homogénea consideraba el territorio de los *estados nacionales* como un territorio que gozaba de ser único y, además, indivisible, sobre el cual el Estado ejercía la soberanía. Esto excluía la presencia de naciones indígenas y condujo a la fragmentación de la estructura territorial y administrativa que poseían, dividiendo las naciones según las fronteras del estado nación y entorpeciendo las relaciones de carácter cultural y económico.

Este estado de cosas, sumado a las cifras alarmantes en el terreno económico y social (consecuencia, nuevamente, del llamado “paquetazo neoliberal”), condujeron a un primer levantamiento indígena, ocurrido en el año 1990, en el que emerge la propuesta del estado plurinacional, que es rechazada. De ese modo y debido a la presión del movimiento indígena, la Constitución promulgada en el año 1998 finalmente reconoció tanto a las comunidades indígenas como a los afroecuatorianos como sujetos de derecho.

En el año 2008, durante la administración de Rafael Correa, se aprueba la nueva Constitución, definiendo al Estado como plurinacional. La base de esta pluralidad radica en la diversidad explícita de este país. Se contempla un modelo de Estado que abarca, entre otros renglones, el aspecto institucional, el económico, el cultural; un modelo que incluye a todos los ecuatorianos y que propende por el “bienestar equitativo de los seres humanos, regiones, culturas y naturaleza” (Llasag 2008: 314).

El Estado plurinacional, en tanto que es una sociedad descentralizada, necesita de un Estado que sea fuerte a nivel democrático. Al reconocer la diversidad del país, reconoce también la diversidad cultural y con ello, los múltiples idiomas, dialectos, las formas de educación, las normas religiosas, los rituales, costumbres y creencias

(Llasag 2008: 340). Incluye también el reconocimiento de otras formas de democracia, así como un modelo económico no extractivista que se base en el principio *sumakkawsay* –principio del “buen vivir”– el cual propende por recuperar la armonía entre las personas y comunidades con la *Pacha mama* o el cosmos. Ratifica así mismo el pluralismo jurídico, en el cual se permite la “retroalimentación de las varias formas de administración de justicia” (Llasag: 344). Por último, se reconoce un territorio descentralizado y la autonomía de los territorios de las comunidades indígenas, destacándose su autonomía frente al control y el acceso de los recursos naturales desde la perspectiva de satisfacer las necesidades vitales y la solidaridad nacional, y no con propósitos extractivistas y de tipo comercial.

Se destacan en la caracterización de Ecuador como un estado multiétnico y pluricultural los principios que posee, es decir, la pluriculturalidad y la multiétnicidad, los cuales reconocen como sujetos de derecho a los pueblos indígenas. Acoger este principio implicó, entre otras cuestiones, que se desarrollaran “nuevos métodos de interpretación constitucional y legal y adecuar a estos principios las normas legales y reglamentarias existentes” (Llasag 2008: 335). Así mismo, hubo que aplicar estos principios en las políticas públicas y redefinir nociones jurídicas, políticas, económicas, sociales y religiosas desde el ámbito educativo, desde la academia.

Tal como expresa la CONAIE (citada en Molina 2013: 56), el derecho indígena se entiende “como el conjunto de principios, reglas y normas, de carácter ancestral, no escrito, vivo y dinámico, que regula las conductas de los miembros de la comunidad y que tiene como finalidad el restablecimiento de la armonía comunitaria”. La justicia indígena en Ecuador posee límites, y esto se especifica en el artículo 171 de la Constitución. En efecto la justicia indígena se encuentra subordinada a los derechos tipificados en los Instrumentos Internacionales de Derechos Humanos y en la Constitución. De esta forma, como explica Sisa,

primarán los derechos fundamentales consagrados en la Constitución, siendo el límite de estos el núcleo tanto de los derechos individuales como de los de grupo,

que serán traducidos en el derecho a la vida, a la prohibición de esclavitud, de tratos inhumanos, crueles y degradantes. (2014: 65).

Con el objetivo de revisar el cumplimiento de derechos consagrados en la Constitución y en los instrumentos internacionales, existe el denominado control de constitucionalidad, el cual ha de desarrollarse teniendo en cuenta la interculturalidad. Este control se detalla en el artículo 65 de la Ley Orgánica de Garantías Jurisdiccionales y Control Constitucional (Molina 2013: 53). Así mismo, atendiendo al artículo 171 de la Constitución ecuatoriana, aquellos procedimientos y normas de los que dispongan las autoridades indígenas, aparte de dirigirse a la solución de aquellos problemas internos, no han de ser oponerse a lo que estipulan en cuanto a derechos humanos la Constitución y los instrumentos internacionales (Anchatuña 2011: 55). Esta limitación es inequívoca respecto a los alcances de la justicia indígena; pero esto explicita una perspectiva universalista de los derechos humanos que es impuesta a las comunidades indígenas, las cuales se ven afectadas por este enfoque, en tanto que se limita su posibilidad de imponer sanciones y pasan a la justicia ordinaria en casos de “homicidio, violaciones u otras formas de violencia contra las mujeres y los niños indígenas, al tiempo que se proscriben sanciones físicas y rituales que desde una mirada occidental etnocéntrica pueden ser vistas como contrarias a la dignidad de las personas” (Sisa 2014: 88-89).

Por otra parte, los derechos humanos son primordiales dentro de la Constitución ecuatoriana, y su enfoque ha de tener en cuenta la diversidad cultural. Esto implica a su vez reconocer las múltiples diferencias existentes en una sociedad pluricultural, las cuales involucran ópticas diversas en lo que respecta al entendimiento de los derechos. Sisa brinda el ejemplo del trato que pueden recibir las mujeres en una sociedad indígena, el cual no es acorde a los derechos humanos. Con referencia a este hecho, se pueden hallar dos posturas opuestas entre sí: la relativista y la absolutista. En su respectivo orden, desde una aceptaría esa forma de tratar a las mujeres y desde la otra se apoyaría la obligatoriedad de aceptar esos derechos. La situación se complejiza al hablar acerca del tipo de sanciones que pueden fijar las autoridades indígenas y que

cuestionan los derechos humanos desde la óptica occidental: se catalogan inclusive como una barbarie (2014: 86). Dentro de los procedimientos que implementan las comunidades indígenas se encuentran los siguientes:

1. Los jalones de oreja. Se destina a delitos menores.
2. “La Ortigada”. Se le propinan “ortigazos” a la persona que haya provocado el conflicto. La ortiga es sagrada para las comunidades indígenas.
3. “El Castigo con el Acial o Boyero”. Esta sanción se aplica con el acial, el cual es un “instrumento elaborado de cuero resecado de vaca.” (Anchatuña 2011: 57).
4. Baño de agua fría. Puede llevarse a cabo en ríos o cascadas y se realiza usualmente a la medianoche. La comunidad considera al agua como purificadora, y sostiene que “la persona que comete un delito se debe a que esta apoderado de un espíritu negativo o maligno” (Ibíd.: 58).
5. Expulsión de la comunidad. Se usa en aquellos casos de mayor gravedad.

Sisa explica que desde la perspectiva de los pueblos indígenas las penas que se consideran aceptables en occidente no son adecuadas, ya que tales mecanismos de tipo correctivo y sancionador no se constituyen en el objetivo final de una “efectiva administración de la justicia” (2014: 87). Teniendo esto en cuenta, ha de comprenderse a las comunidades indígenas como comunidades que implementan prácticas acordes a una concepción propia “de la sanción de su cosmovisión ancestral en donde se ve garantizado desde su óptica un verdadero acceso a la justicia que ha mostrado una apatía indolente con su realidad cultural” (Ibíd.).

La tensión entre el sistema de justicia indígena y el sistema estatal en Ecuador ha sido explícita al presentarse eventos de impacto mediático como condenas por parte de comunidades indígenas que han implicado flagelos públicos. Según manifiesta González (2011), en el 2010 se presentaron varios hechos que afectaron las relaciones entre el gobierno y las comunidades indígenas involucradas. Dentro de estos hechos se encuentran la condena a un joven a ser desollado en Mayo de ese año, lo cual fue fuertemente criticado por el presidente del país, Rafael Correa. A ello se sumó la

condena de otro indígena por asesinato: recibir azotes y agua helada mientras caminaba desnudo por una plaza, además de latigazos. Una condena parecida fue impuesta a las personas que habían sido sus cómplices. No mucho tiempo después, resultaron quemaron vivos dos indígenas en Orellana.

Dado tal panorama, señala González que el presidente optó por amenazar con militarizar aquellas zonas en las cuales las comunidades busquen implementar su sistema de justicia. Esto ha impactado de manera negativa las relaciones entre el presidente y las comunidades indígenas, y se ha dado teniendo como fondo el hecho que la constitución no es suficientemente clara respecto a cómo los dos sistemas de justicia se relacionan. También sobresale el hecho que no existe una ley que fije unos mecanismos con el propósito que se dé un mayor acoplamiento entre los sistemas de justicia mencionados y que además, especifique respecto a la justicia indígena los alcances que tiene esta. Si bien a nivel constitucional se ordena legislar acerca de los mecanismos que posibilitarían tal acoplamiento entre los sistemas, tal ley no ha sido tramitada en la Asamblea Nacional. El motivo son las posibles protestas de parte de los indígenas que esto podría generar.

Más allá de las limitaciones que son impuestas a las autoridades indígenas, según expresa Sisa, estos sistemas de justicia han logrado darle solución a casos de homicidio. Además, se ha incluido “la reparación a los familiares de las víctimas. Desde su propia visión cultural las sanciones/curaciones impuestas en los pueblos indígenas se orientan a la rehabilitación y reincorporación social del infractor” (2014: 89). A ello se suman los avances en el tema de derechos de las mujeres, siendo el ejemplo más notorio el papel que tuvieron las mujeres indígenas en la introducción de normas relacionadas con su participación en las decisiones de las comunidades indígenas. Estas normas fueron introducidas en la Constitución del año 2008 (Ibíd.).

2.4. Los textos constitucionales

En este apartado se tratará de hacer un breve recuento de algunas de las disposiciones y características más notables de los textos constitucionales de los dos países andinos.

Como se mencionó también en el capítulo 1, una de las primeras cosas que llaman la atención de estos textos es su carácter literario, ajeno casi al universo semántico del Derecho. El largo epígrafe tomado del Preámbulo de la Constitución boliviana que encabeza el capítulo precedente, se equipara en su estilo al Preámbulo de la ecuatoriana: términos y frases como “raíces milenarias”, la “Pacha Mama, de la que somos parte”, “buen vivir”, “sumakkawsay” o la referencia al caudillo Eloy Alfaro (puesto a la altura de Bolívar en cuanto a su importancia histórica) dan una buena idea de su estilo y sus principios orientadores. Esto ha llevado a que, por ejemplo Raúl Llasag, afirmen que el texto debe ser interpretado

a la luz de los principios del derecho indígena, las lógicas de interpretación en la administración de justicia indígena, la real convivencia de varias lógicas de administración de justicia, el derecho de la naturaleza como parámetro para conseguir el equilibrio persona–comunidad–naturaleza; el principio del buen vivir como una lógica distinta al modelo desarrollista y capitalista... (Llasag 2008: 337).

Otra de las particularidades que identifican estos textos es la referencia directa a las comunidades originarias: en el caso boliviano, se los llama “originarios milenarios”⁴² mientras que en el caso ecuatoriano se dice “antepasados y pueblos ancestrales”. Así mismo, conceptos como “plurinacional”, “intercultural”, “social” o “unitario” son comunes en los artículos iniciales donde se define la naturaleza del Estado.

⁴² “Es nación y pueblo indígena originario campesino toda la colectividad humana que comparta identidad cultural, idioma, tradición histórica, instituciones, territorialidad y cosmovisión, cuya existencia es anterior a la invasión colonial española” (Constitución Política de Bolivia, art. 30. I).

Sin embargo, también hay diferencias, algunas importantes. Por ejemplo, mientras la Constitución del Ecuador establece que “el castellano es el idioma oficial” del país (art. 2), la de Bolivia establece que

son idiomas oficiales del Estado el castellano y todos los idiomas de las naciones y pueblos indígenas originarios campesinos, que son el aymara, araona, baure, bésiro, canichana, cavineño, cayubaba, chácobo, chimán, ese ejja, guaraní, guarasu'we, guarayu, itonama, leco, machajuyai-kallawaya, machineri, maropa, mojeño-trinitario, mojeño-ignaciano, moré, mosetén, movima, pacawara, puquina, quechua, sirionó, tacana, tapiete, toromona, uru-chipaya, weenhayek, yaminawa, yuki, yuracaré y zamuco. (art. 5, I).

En el mismo art., en su segundo párrafo, se establece además que “el Gobierno plurinacional y los gobiernos departamentales deben utilizar al menos dos idiomas oficiales”, en contraste con lo dispuesto en la Constitución de Ecuador que, en el caso del bilingüismo, establece que los “idiomas ancestrales son de uso oficial para los pueblos indígenas” pero solamente “en las zonas donde habitan y en los términos que fija la ley” (art. 2), lo que permite pensar que la inclusión y el pluralismo tienen mayor garantía y tutela en el primer caso.

De igual modo, el art. 8 de la Constitución boliviana contiene un listado de principios ético–morales rectores que sustentan la sociedad plural: “ama qhilla, ama llulla, ama suwa (no seas flojo, no seas mentiroso ni seas ladrón), suma qamaña (vivir bien), ñandereko (vida armoniosa), tekokavi (vida buena), ivimaraei (tierra sin mal) y qhapajñan (camino o vida noble)”. Nada parecido hay en la Constitución ecuatoriana, la cual se conforma con enunciar principios liberales como “cultura de paz”, “seguridad integral”, “sociedad democrática y libre de corrupción” (art. 3, 8), principios que ampliará en el art. 27. Otra diferencia notable, esta vez con respecto a los modos de participación política de los y las ciudadanas, se hace evidente al comparar el art. 95 del texto ecuatoriano con el 11, II del boliviano; así, mientras el primero define que “la participación de la ciudadanía (...) se ejercerá a través de los mecanismos de la democracia representativa, directa y comunitaria”, el segundo hace un énfasis importante: “la democracia es primero directa y participativa, después representativa”.

Con respecto al pluralismo jurídico, tema central de este trabajo, la diferencia es aún más notoria y sintomática pues el art. 13, II. del texto boliviano establece que “los derechos que proclama esta Constitución no serán entendidos como negación de otros derechos no enunciados” y que no existe “jerarquía alguna ni superioridad de unos derechos sobre otros”. En la misma línea, el art. 30, 5. del texto boliviano invoca como derecho de las naciones y pueblos originarios “que sus instituciones sean parte de la estructura general del Estado”. En el caso ecuatoriano, este pluralismo jurídico es meramente formal, se invoca en forma de respeto o tolerancia, pero no tiene el rasgo vinculante que se evidencia en el otro caso.

De todos modos, estas disposiciones relativas al pluralismo están mejor enumeradas en el cuadro siguiente, en el que se ha intentado esquematizarlas más importantes.

2.5. Comparación esquemática de las disposiciones más importantes

Contenidos de las constituciones de los Estados plurinacionales de Ecuador y Bolivia. (Irigoyen 2012: 187-189) ⁴³ .	
Las Constituciones de Ecuador y Bolivia reconocen a los pueblos indígenas:	a. La potestad de darse sus normas. La aplicación de sus principios, valores culturales, normas y procedimientos propios (Bolivia: artículo 190), tradiciones ancestrales y derecho propio, normas y procedimientos propios (Ecuador: artículo 171). b. Sus propias autoridades; autoridades de las comunidades, pueblos y nacionalidades indígenas (Ecuador: artículo 171). c. Funciones jurisdiccionales (Ecuador: sección sobre justicia indígena, artículo 171. Bolivia: capítulo IV, jurisdicción indígena originaria campesina).
a. <i>El derecho al propio derecho o el sistema jurídico indígena</i> , a sus normas y procedimientos propios, costumbres, usos, etcétera. Este derecho aparece:	– De modo específico en ciertos artículos, como el referido a los derechos colectivos. – De modo transversal a todo el texto constitucional. En el caso de Ecuador, de modo más puntual. Pero en el caso de Bolivia, las referencias al derecho propio aparecen en casi todos los capítulos y secciones de la Constitución: la definición de formas democráticas, las formas de elección de autoridades, la gestión del agua, los conocimientos, la tierra, la educación, la salud, etc. – El ejercicio del sistema jurídico es de acuerdo con su cosmovisión (Bolivia, artículo 30.II.14)
b. En cuanto a las <i>autoridades indígenas</i> :	– Ambas Constituciones reconocen la autonomía indígena. Bolivia con un desarrollo (y también límite) más expreso. Al interior de las autonomías, los pueblos eligen sus autoridades de acuerdo con sus mecanismos de elección propios. – En ambos casos, pero con más reiteraciones en el caso de Ecuador, las Constituciones garantizan la equidad de las mujeres en la representación y participación en sus propios sistemas de autoridad. – En cuanto a instituciones electivas, Bolivia busca garantizar que los y las representantes indígenas ante estas sean elegidos/as mediante sus formas de democracia comunitaria. – En lo que toca a nuevas instituciones plurinacionales, como el Tribunal Constitucional Plurinacional, la jurisdicción agroambiental, la Corte Suprema, previstas en la Constitución de Bolivia, tales deben tener una composición plural o estar integradas de modo paritario, y reflejar una visión intercultural o plural, incluyendo la visión indígena y ordinaria (esto le falta a la Constitución de Ecuador).
c. En cuanto a la <i>jurisdicción indígena</i> o la potestad de ejercer funciones jurisdiccionales, las Constituciones de	– Se adscriben al principio del pluralismo jurídico (Bolivia: artículo 1). – Reconocen la libre determinación (Bolivia) o autodeterminación (Ecuador) de los pueblos. – Reconocen autonomías indígenas (Bolivia) o circunscripciones territoriales indígenas y afroecuatorianas (Ecuador: artículo 257).

⁴³ Adaptación libre en gráfica de información proveniente de Yrigoyen Fajardo 2012.

Bolivia y Ecuador:	– Establecen el principio de la igual jerarquía entre la jurisdicción indígena y la ordinaria (Bolivia: artículo 179, II). – Instauran el control constitucional (Ecuador: artículo 171) o el control por una institución mixta como el Tribunal Constitucional Plurinacional de composición plural y paritaria (Bolivia). – Afirman los principios de justicia, solidaridad, diversidad (Ecuador: artículo 83). – Reconocen funciones jurisdiccionales a las autoridades indígenas de acuerdo con su propio derecho, a diferencia de las Constituciones previas de Bolivia de 1994 y de Ecuador de 1998, que eran vagas.
En cuanto a los efectos jurídicos del derecho y la jurisdicción indígenas, las Constituciones establecen que:	– Las decisiones deben ser respetadas por instituciones públicas y privadas (Ecuador: artículo 171). Toda autoridad pública o persona acatará las decisiones de la jurisdicción indígena originaria campesina (Bolivia: artículo 192.I). – Los casos resueltos por la jurisdicción indígena deberán ser considerados como cosa juzgada para el efecto del <i>non bis in ídem</i> (Ecuador: artículo 76, inc. 7.i).

Ambos países, Ecuador y Bolivia, establecieron límites a la jurisdicción indígena.

<i>Limitaciones introducidas al texto constitucional aprobado (Irigoyen 2012: 189)⁴⁴.</i>	
<i>Bolivia</i>	– La autonomía indígena fue reducida por debajo de los límites departamentales, de modo inconsistente con el principio de la libre determinación de los pueblos. – Se introdujo una cláusula para la restricción del ejercicio de la jurisdicción indígena desde una mentalidad colonial, con limitaciones a la competencia territorial (para que la jurisdicción indígena solo se aplique dentro del territorio del pueblo indígena), personal (solo entre miembros de un pueblo indígena) y material (asuntos indígenas), de modo inconsistente con el principio de la igualdad de jurisdicciones y el derecho a la libre determinación de los pueblos indígenas dentro de sus territorios que el mismo texto consagra.
<i>Ecuador</i>	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».

⁴⁴ Adaptación libre en gráfica de información proveniente de Yrigoyen Fajardo 2012.

Capítulo 3

Pluralismo en Colombia

En el presente capítulo se hará un breve análisis del caso colombiano en lo que respecta a la aplicación y promoción efectiva del pluralismo, teniendo en cuenta las tensiones generadas en la legislación nacional debido a, por un lado, el carácter multi y pluricultural del texto constitucional, y por otro, por la caracterización del Estado colombiano como un Estado Social de Derecho, lo cual parece, al menos en algunos aspectos, generar discrepancias y contradicciones.

De esta forma, configurado bajo la fórmula de Estado Social de derecho, el Estado colombiano se basa sobre un armónico conjunto de valores, cuya materialización debe encontrar lugar en la realidad social, razón por la cual se apoya en un sistema de deberes que se encuentran en cabeza tanto del Estado como de los asociados, a diferencia del Estado de derecho, axiológicamente neutro, donde la justicia se limita al cumplimiento de la ley y que pese a todo, busca restringir el ejercicio del poder para no terminar siendo una amenaza para los derechos y libertades de los asociados. Dentro del mismo riguroso marco legal, el Estado Social de Derecho implica, sin embargo, la imposición al Estado de un sistema de deberes alrededor del cumplimiento de unos fines sociales, que lo abocan a intervenirla sociedad y desarrollar acciones garantistas de condiciones de vida dignas.

El estado colombiano se define constitucionalmente además como estado democrático, lo que en términos políticos implica el ejercicio del poder público como voluntad de los ciudadanos, expresada a través de los diferentes niveles de democracia, la cual, bajo los parámetros de un modelo que supone la reformulación de dicho concepto, permite entender que la voluntad de las mayorías no puede implicar un desconocimiento de la voluntad ni los derechos de las minorías, ni los derechos fundamentales individuales.

La Constitución, apoyada sobre los principios de dignidad humana y pluralismo, da una protección especial garantizando derechos y prerrogativas a comunidades étnicas para

que hagan parte de la nación, con sus usos y costumbres, diversidad esta que se relaciona con las representaciones de vida y concepciones del mundo específicas y diferentes a las dominantes o mayoritarias, lo cual resalta la necesidad de reforzar su protección sobre la base de la protección a la multiculturalidad y a las minorías, consagradas en los art. 7, 8 y 246 constitucionales.

La sentencia C-139 de 1996 de la Corte Constitucional afirma que

Los grupos étnicos, calificados hace un siglo como "salvajes", son considerados por la Constitución actual como comunidades culturales diferentes y las personas que las constituyen, en consecuencia, tratadas como portadoras de otros valores, con otras metas y otras ilusiones que las tradicionalmente sacralizadas con el sello de occidente. No son ya candidatos a sufrir el proceso benévolo de reducción a la cultura y a la civilización, sino sujetos culturales plenos, en función de la humanidad que encarnan, con derecho a vivir a tono con sus creencias y a perseguir las metas que juzgan plausibles, dentro del marco ético mínimo que la propia Constitución señala.

En Colombia, como en latino América en general, la generalización del discurso y la defensa de la diversidad étnica y cultural, facilitada por los innumerables ductos de comunicación modernos y la globalización de las relaciones y como ya se vio, el declive de las concepciones epistemológicas y éticas de corte moderno, han resaltado la necesidad de reconocimiento y defensa de grupos o pueblos culturalmente distintos, en el mismo territorio.

La Corte en la misma sentencia ha establecido además que

De hecho, los problemas relacionados con el multiculturalismo y la tolerancia son una parte fundamental de las discusiones éticas, políticas y jurídicas de la actualidad, todas encaminadas a trazar la difícil línea entre la protección de la diversidad étnica y cultural, por una parte, y la unidad política y la defensa de un "mínimo ético" representado por los derechos fundamentales.

La jurisprudencia colombiana, ha desplegado un gran desarrollo respecto del pluralismo étnico y jurídico, reconociendo la tensión existente entre la consagración de los derechos fundamentales, a los cuales se ha calificado de transculturales y con pretensión de universalidad, y la defensa del pluralismo, por el cual se debe respetar la diversidad y aceptar cosmovisiones y estándares valorativos diversos y hasta contrarios a los valores de una ética universal, alcances expuestos por el Magistrado Eduardo Cifuentes Muñoz en la sentencia T-254/94.

La Corte ha manifestado que la Constitución no opta por universalismos ni relativismos culturales en forma extrema o incondicional, sino que parte del respeto a la diversidad étnica y cultural limitando su ejercicio al respeto de preceptos constitucionales o legales (artículos 246 y 330) con carácter de principio constitucional de valor superior a la diversidad.

Citando a Boaventura de Sousa Santos, la misma corporación ha dicho que “los derechos étnicos deben ser contruidos y contextualizados como derechos de los pueblos y de las colectividades antes de que puedan proteger, como derechos humanos, a los individuos que pertenecen a tales pueblos y colectividades”.

3.1. Críticas al pluralismo

De las varias críticas que se han hecho al modelo jurídico pluralista y multicultural en América Latina, dos han sido las más frecuentes. La primera tiene que ver con la excesiva cantidad de artículos y disposiciones contenidas en algunos de los textos constitucionales⁴⁵; la segunda, con la escasa aplicabilidad y garantía efectiva de los derechos consagrados en los mismos. En cuanto a la primera objeción, Alberto Pérez Calvo ha señalado que Constituciones como las de Ecuador, Bolivia y Venezuela son demasiado extensas (Pérez Calvo 2012: 32)⁴⁶ y más o menos lo mismo ha señalado Roberto Gargarella al advertir que las Constituciones latinoamericanas han llegado

⁴⁵ Roberto Gargarella ha hablado de una “inflación de derechos” (2010: 181).

⁴⁶ Señala este autor que, entre artículos y disposiciones varias, la Constitución de Venezuela tiene un total de 370 preceptos; la de Ecuador, 506 y la de Bolivia, 423 (Íbid.)

incluso a ser “mucho más extensas que las de los países más desarrollados” (2011: 96). En cuanto al segundo punto, varios de los tratadistas consultados en este trabajo coinciden en señalar “una tremenda brecha entre la Constitución, las normas y el derecho, por un lado, y la realidad de la aplicación del derecho, por otro” (Schönbohm 2012: 47), idea que es compartida también por Uprimny quien ha afirmado que el neoconstitucionalismo latinoamericano está lleno de “promesas incumplidas” (Uprimny 2011: 134)⁴⁷.

En el caso de la Constitución Colombiana, estas dos críticas son también pertinentes. De hecho, el texto constitucional colombiano contiene nada menos que 380 artículos sin contar las disposiciones transitorias y las adiciones y modificaciones posteriores⁴⁸. En lo que respecta a la escasa aplicabilidad y garantía de los derechos, especialmente los de las comunidades indígenas, según opinión de Daniel Bonilla Maldonado, “los jueces y funcionarios gubernamentales le han dado prioridad al principio de unidad cultural y, por lo tanto, han debilitado los principios del pluralismo y la diferencia” (Bonilla Maldonado 2006: 33; cfr. *ibíd.*: 28). El mismo autor señala, empero, que ha sido sobre todo la Corte Constitucional la que ha debido achicar la brecha entre las meras disposiciones formales y las garantías reales de las mismas.

Roberto Gargarella ha señalado, así mismo, una tercera crítica relativa a las urgencias reeleccionistas en la región. Efectivamente, gobiernos como los de Evo Morales en Bolivia, Rafael Correa en Ecuador o Hugo Chávez en Venezuela (para citar sólo los proyectos que más relación guardan con el tema tratado aquí) fueron reelegidos por dos o más períodos y para ello debieron reformar o, de plano, derogar la Constitución en aras de crear una nueva que contemple esta posibilidad. Esta urgencia se explicaría por el hecho de que los proyectos neoconstitucionales son de largo aliento y están vinculados a gobiernos “progresistas”. Garantizar la reelección de un presidente

⁴⁷ Bonilla Maldonado coincide con esta opinión al afirmar que “la promesa de respeto y promoción de la pluralidad cultural consagrada en la Constitución de 1991 no ha sido hasta ahora cumplida” (2006: 33).

⁴⁸ En contraste, la Constitución de 1886 contenía apenas 210 artículos y unas pocas disposiciones transitorias (Título XXI adicional).

significaba, pues, garantizar la continuidad del proyecto político⁴⁹ y la garantía de que, una vez reformadas las leyes y las instituciones, se fortalecería la participación ciudadana. Aunque no es materia de debate en el contexto de este trabajo, habría que señalar que esta circunstancia no dejó de ser un tanto contradictoria pues, como afirma Gargarella,

el ideal de la democracia participativa requiere descentralizar y desconcentrar el poder (...) Hacer ambas cosas al mismo tiempo (fortalecer al presidente / abrir espacios para más participación) suele resultar entonces una operación contradictoria, que conlleva el grave riesgo de que uno de los dos ideales u objetivos termine resultando opacado o directamente apagado. (2010: 178).

La labor interpretativa, propia del Estado Social de Derecho, ha favorecido el deslinde y la interpretación intercultural, ha alimentado la reflexión de los tribunales y es una forma innovadora y constructiva de asumir el derecho, en el cual se integran el derecho a la identidad y a no ser discriminado, lo que a su vez enriquece el derecho interno con las percepciones de ordenamientos diferentes como elemento importante y fundamental de un ordenamiento dinámico que supera la visión congelada de la sociedad.

El proceso constituyente Colombiano de 1991 fue participativo y pluralista, estuvo intervenido por la representación indígena a fin de lograr el reconocimiento positivo de la diversidad y la garantía de su protección efectiva a través del reconocimiento de su propia jurisdicción; de esa forma, el pluralismo se configuró como soporte axiológico del Estado Social de Derecho.

El artículo 246 de la Constitución Política, establece la jurisdicción indígena en los siguientes términos:

Las autoridades de los pueblos indígenas podrán ejercer funciones jurisdiccionales dentro de su ámbito territorial, de conformidad con sus propias normas y procedimientos, siempre que no sean contrarios a la Constitución y leyes de la república. La ley establecerá las formas de coordinación de esta jurisdicción especial con el sistema judicial nacional.

⁴⁹ Lo que Gargarella llama “el «proyecto moral» de la izquierda” (2011: 102).

Por su parte la Corte Constitucional ha interpretado dicha norma estableciendo sobre la jurisdicción indígena unos elementos que la integran al ordenamiento estatal, que son: la posibilidad de la existencia de autoridades judiciales propias de los pueblos, su potestad para establecer normas y procedimientos, los cuales, sin embargo, deben limitarse por la Constitución y la ley y a la coordinación legal con el sistema judicial nacional. Es así como la autonomía que se otorga a las comunidades indígenas se limita ante la integración en el contexto del ordenamiento nacional, originando el conflicto entre diversidad y unidad. (Corte Constitucional, Sentencia T-030 de 2000, M. P. Dr. Fabio Morón Díaz).

Ha dicho la Corte, además, que no se puede establecer un paradigma interpretativo o reglas generales para dirimir conflictos respecto a la diversidad, y ha establecido que se debe otorgar un amplio ámbito de autodeterminación a las comunidades que puede ser limitado por mecanismos de solución de conflictos específicos, conforme a lo establecido en el convenio 169 de la OIT, los cuales deben atender las circunstancias del caso concreto.

3.2. contradicciones y conflictos

Como se ha mencionado ya en los anteriores capítulos, los Estados latinoamericanos crearon sistemas jurídicos monistas o estatualistas acordes con la idea de Estado-Nación y que apenas en las últimas décadas del s. XX se empezaron a crear ordenamientos jurídicos pluralistas que le concedían validez jurídica a los sistemas y ordenamientos de las minorías étnicas y culturales de cada país; todo esto basado en la premisa de que “el Estado está lejos de ser el único foco de juridicidad de una sociedad” (Dávila Sáenz, 2004: 4). Esto se dio principalmente a raíz de la aprobación, en 1989, del Convenio 169 de la OIT, el cual evidenciaba “la particular contribución de los pueblos indígenas y tribales a la diversidad cultural, a la armonía social y ecológica de la humanidad y a la cooperación y comprensión internacionales” (Sánchez Botero, 2011: 133) y que estaba encaminado, sobre todo, a garantizar los derechos de los

pueblos indígenas y tribales y el reconocimiento de sus tradiciones culturales, jurídicas, etcétera⁵⁰. Sin embargo, dicho reconocimiento no ha estado exento de conflictos y contradicciones ni tampoco ha sido fácil aplicar los principios rectores en la realidad de las comunidades autóctonas.

En lo que respecta a Colombia, la actual Carta Política reconoce efectivamente que Colombia es una nación pluriétnica y pluricultural y que la protección de la diversidad étnica y cultural (arts. 7 y 10) hace parte de los derechos inalienables de la persona. Este reconocimiento de la diversidad se manifiesta a través de principios como la tolerancia, la preexistencia de un pluralismo cultural y jurídico y el multiculturalismo. En lo que se refiere al pluralismo jurídico, se trata de afirmar la existencia de derechos que no son estatales (como el derecho consuetudinario) y que nacen en contextos diferentes –en este caso el indígena– y que son aceptados en un encuentro que reafirma la categoría de alteridad (Gutiérrez 2011), como lo afirma también el Mg. Eduardo Cifuentes Muñoz en la sentencia SU–510 de 1998 al decir que éste pluralismo “obedece a «la aceptación de la alteridad ligada a la aceptación de la multiplicidad de formas de vida y sistemas de comprensión del mundo diferentes de los de la cultura occidental»” (citado en Barona Becerra 2007: 26).

Sin embargo, lo cierto es que de los 87 pueblos indígenas existentes en el territorio nacional⁵¹ 34 están en peligro de extinción, lo cual demuestra que Colombia está ante una realidad que desconoce la construcción multicultural en pie de igualdad, pese a los principios constitucionales y a los esfuerzos de las Cortes por establecer lineamientos que defiendan la diversidad y la sobrevivencia de las particularidades socio culturales y jurídicas de las comunidades indígenas. Y aunque existen algunos antecedentes que demuestran la preocupación por la defensa de los pueblos indígenas como es el caso de la explotación de los recursos naturales en las comunidades emberakatíos, en el

⁵⁰ En este mismo aspecto, hay que mencionar que también la ONU se ha pronunciado en defensa de los pueblos diversos y su derecho a escoger su sistema jurídico social.

⁵¹ Bonilla Maldonado enumera 82 comunidades diferentes que hablan 64 “idiomas” (aunque el término más apropiado es “lenguas”) distintos. Según datos oficiales del DANE recogidos por este autor, de los 45 millones de habitantes de Colombia, sólo un 20% son de raza blanca (o caucásica), un 66, 25% son mestizos, un 12% negros y un 1,75 indígenas (“aborígenes” es el término utilizado por Bonilla) (2006: 26).

que la Corte da preponderancia al concepto de la vida de estas comunidades y la importancia del respeto de su territorio y su entorno natural (Gutiérrez, 2011), como lo afirman Barona Becerra y Rojas Curieux la norma parece seguir siendo que los conceptos ontológicos y axiológicos de la tradición occidental, europea, judeo–cristiana, siguen prevaleciendo sobre los autóctonos⁵².

De otro lado, el desarrollo de otro elemento fundamental del pluralismo y la multiculturalidad, denominado consulta previa, el cual está consagrado principalmente en los artículos 6 y 7 del Convenio 169 de la OIT, y reconocido como derecho fundamental colectivo de las comunidades indígenas, para la preservación de su existencia, susceptible de protección por vía de tutela gracias a la interpretación y decisión de la Corte Constitucional (Corte Constitucional S.U. 383 de 2003), parece ser meramente formal, pues en la práctica el Estado colombiano ha fungido como mero mediador entre los conflictos entre las empresas multinacionales extractivistas (fundamentalmente explotadoras de minerales) y las comunidades indígenas, ello a pesar de que el Convenio mencionado posee “rango constitucional” para los países que lo han ratificado.

Este punto es bastante sensible puesto que la consulta previa es, al menos en teoría, quizá el mecanismo de participación y determinación más importante con que cuentan las comunidades indígenas en el mundo. Según ha dicho la tratadista peruana Raquel Yrigoyen Fajardo:

El Convenio 169 de la OIT sobre pueblos indígenas y tribales, en su artículo 1, dice que la conciencia de su identidad deberá considerarse un criterio fundamental para determinar a qué grupo se aplican las disposiciones de este Convenio. Para los pueblos indígenas define dos criterios objetivos: uno es el hecho de descender de poblaciones que estaban antes de la conquista, la colonización o el establecimiento de las fronteras actuales, y el otro es que conserven alguna parte o todas sus

⁵² Lo mismo afirman Bonilla y Gargarella, identificando con el término “liberal” a esta tradición.

instituciones sociales, culturales, económicas, políticas, cualquiera sea su situación jurídica. (Noticias aliadas 2011: 3)⁵³.

Sin embargo, la consulta previa ha sido también manipulada y distorsionada de variadas maneras por parte de las empresas multinacionales que se ven limitadas en sus intereses por causa de la oposición de las comunidades a sus proyectos de colonización, vasallaje, desplazamiento y/o explotación de los recursos naturales encontrados en suelo autóctono⁵⁴. Esta manipulación ha dado lugar a manejos de todo tipo, como que una empresa haya hecho pasar por “consulta” la simple lista de asistentes a una reunión informativa o incluso anécdotas tan grotescas como la que relata Luis Ángel Saavedra:

La Confederación de Nacionalidades Indígenas del Ecuador (CONAIE) demostró cómo una empresa engañó a una nacionalidad al hacer pasar un seudo acuerdo de compensación como consulta previa. AGIP logró que los waoranis permitan la explotación petrolera a cambio de tres quintales de arroz, tres quintales de azúcar, seis baldes de manteca, 3 fundas de sal, 2 balones de fútbol, un pito de árbitro y un cronómetro. (Noticias aliadas 2011: 7).

Por todo esto, varios estudiosos plantean la necesidad de que la consulta previa se convierta en “consentimiento previo informado” con carácter vinculante, como lo propone la líder ecuatoriana Mónica Chuji, quien afirma que “el consentimiento previo informado implica que la comunidad esté de acuerdo con la intervención en sus territorios, y esto a la vez exige que el resultado de la consulta previa sea de cumplimiento obligatorio” (Ibíd: 6). Esto es así puesto que en últimas se trata de resguardar la supervivencia de los pueblos originarios y salvarlos del brutal embate del “progreso” o el “desarrollo”. El interés nacional, el desarrollo económico basado en la

⁵³Con respecto al primer criterio, dice Yrigoyen Fajardo que “basta la ocupación ancestral para que se reconozcan derechos de propiedad” (Ibíd.: 4).

⁵⁴Yrigoyen enumera al menos cinco casos en los cuales se hace obligatoria la consulta previa: 1. En caso de traslado poblacional; es decir, que los proyectos hagan necesario el traslado geográfico de toda la comunidad; 2. Que el proyecto afecte las “condiciones de existencia” de la comunidad; 3. El almacenamiento de sustancias tóxicas que afecten la salud de la población o el suelo; 4. Las actividades militares y 5. Las medidas de salvaguarda, como por ejemplo, en los casos de riesgo por fenómenos naturales (terremotos, erupciones volcánicas, etc.) (Noticias aliadas 2011: 6).

explotación de los recursos naturales, no puede ser justificación para el desplazamiento o exterminio de las comunidades autóctonas. Como dice el Editorial de la revista Noticias aliadas, “ningún pueblo tiene la obligación de suicidarse por el ‘interés nacional’”, idea que Raquel Yrigoyen amplía al decir que “el Estado no tiene atribución para el genocidio (ibíd.: 5).

En el caso colombiano, la Ley 21 de 1991 ratificó el Convenio 169 OIT y la figura de la consulta previa se encuentra respaldada por los artículos 1, 2, 7, 70, 329 y 330 de la Constitución Política. Lo propio hace el Decreto 1320 del 13 de julio de 1998, por el cual se reglamenta la consulta previa con las comunidades indígenas y afrodescendientes. Por su parte ha sido el llamado “derecho de los jueces” en este caso La Corte Constitucional la que ha determinado

“no existe en el ordenamiento un mecanismo distinto a la acción de tutela para que los pueblos indígenas y tribales reclamen ante los jueces la protección inmediata de su derecho a ser consultados, a fin de asegurar su derecho a subsistir en la diferencia, por consiguiente compete al Juez de Tutela emitir las ordenes tendientes a asegurar su supervivencia, en los términos del artículo 86 de la Carta” (Corte Constitucional sentencia SU 383 de 2003)

Sin embargo, la situación real en el país parece no ser diferente de la de otros, pues, citando a Gloria Amparo Rodríguez, Directora de la Línea de Investigación en Derecho Ambiental de la Universidad del Rosario

en Colombia (desde 1993) hasta febrero de este año [2011], se han dado 2,142 licencias ambientales y sólo se han hecho 141 consultas previas. Es decir, un número muy reducido si se tiene en cuenta que el 28% del territorio nacional son territorios de comunidades étnicas. (Noticias aliadas 2011: 8).

Ha tenido, entonces, que ser la Corte Constitucional la que haga valer el derecho a la consulta previa, produciendo incluso sentencias que han reversado o declarado inexecutable leyes o acuerdos en cuya formulación no se tuvo en cuenta la participación y menos el “consentimiento informado” de las comunidades indígenas y

afrodescendientes. Tal fue el caso de la Ley Forestal de 2008 y el Estatuto Rural de 2009 (Noticias aliadas: 9).

Otro avance lo constituyó la llamada sentencia de Careperro del 2009 que suspende la explotación minera en las 16,000 Ha que le fueron otorgadas a la empresa estadounidense Muriel Mining Corporation a finales del 2004 en los departamentos noroccidentales de Antioquia y Chocó. “Aquí la Corte Constitucional ya deja de hablar sólo de consulta popular y empieza a hablar de consentimiento previo, libre e informado. Es decir que la decisión de los pueblos es vinculante y debe ser respetada y de esta manera incorpora el consentimiento al ordenamiento jurídico”, detalla la representante de la ONIC. (Ibíd.).

En conclusión, tanto en Colombia como en los demás países que han suscrito la Convención de la OIT, lo que hace falta es justamente que exista de verdad un “consentimiento” previo, que además sea informado, es decir, que no esté viciado por desinformación, manipulación o engaño y que sea expresión cabal de toda la comunidad, pues se trata también de evitar los múltiples casos en los cuales tres o cuatro “representantes” de las comunidades otorgan su aval sin contar con el respaldo efectivo de los demás miembros de sus comunidades.

Por otro lado, el Convenio 169, así como de todas las demás disposiciones de carácter internacional suscritas por el Estado colombiano, está refrendado por lo que se denomina el “bloque de constitucionalidad”, cuya definición proveyó la propia Corte Constitucional en la Sentencia C-067/03 al decir que el “bloque de constitucionalidad” está formado por normas y principios que

sin aparecer formalmente en el articulado del texto constitucional, son utilizados como parámetros del control de constitucionalidad de las leyes, por cuanto han sido normativamente integrados a la Constitución, por diversas vías y por mandato de la propia Constitución. Son pues verdaderos principios y reglas de valor constitucional, esto es, son normas situadas en el nivel constitucional, a pesar de que puedan a veces contener mecanismos de reforma diversos al de las normas del articulado constitucional strictu sensu.

Teniendo en cuenta esta definición, la Corte enfatiza en la obligatoriedad de los preceptos que constituyen el “bloque de constitucionalidad”, la cual es requerida por la “estructura de nuestro ordenamiento jurídico”. De esta forma, la Corte añade que

la aplicación de las normas del bloque de constitucionalidad, aunque en algunos casos es indirecta, se verifica de manera permanente en la legislación, pues es la presencia tutelar de estos principios, valores y garantías lo que ilustra el desenvolvimiento de la juridicidad nacional (Sentencia C-067/03).

Todo lo dicho, las causas u orígenes de estos conflictos y tensiones son variadas y van desde lo material (el territorio) hasta lo simbólico (los principios éticos y prácticas específicas de las comunidades) pasando, así mismo, por lo histórico. En primer lugar, hay que advertir que la naturaleza ambigua e irresoluble de la Constitución (a la que algunos tratadistas han calificado de “idealista” o “poética”⁵⁵), la cual se debate entre el neoliberalismo próximo al Consenso de Washington y un modelo social-demócrata (así lo identifica Uprimny) más cercano al progresismo ha creado un conflicto en el que los intereses de quienes abogan por una “economía de mercado” (depredadora, egoísta y extractivista) rivalizan y riñen con los de las comunidades autóctonas, más propensas a la solidaridad, el trabajo mancomunado y el respeto por la Naturaleza, todo lo cual se ha traducido en una franca oposición, por citar el ejemplo más paradigmático, a la explotación de los recursos naturales de las zonas habitadas por estos últimos.

Empero, estas contradicciones no son nuevas: ya desde la misma Colonia se habían generado, pues la Corona española, al tiempo que pregonaba un modelo “unitario” o República Unitaria, creó un Derecho Indiano que intentó regular las relaciones entre la élite dominante y las comunidades “históricas” (Arias 2012: 384-85). Sin embargo, lejos de estar resuelto, este conflicto sigue estando vigente en la ambigüedad de la Constitución con respecto al Ordenamiento territorial, ya que la creación de “entes territoriales autónomos” ha entrado en conflicto con el tradicional centralismo estatal (Arias 2012: 382). Así mismo, la ley 70 de 1991 y la ley 47 de 1993 establecieron las medidas para el acceso de las comunidades negras o afrodescendientes a la propiedad

⁵⁵ Cfr. Gargarella 2010:179.

colectiva de tierras ancestrales (la primera) y las normas de funcionamiento y administración de las islas San Andrés, Providencia y Santa Catalina, de población mayoritariamente negra (Bonilla Maldonado 2006: 30-31). Todas estas disposiciones han mostrado ser bastante contradictorias no sólo con el centralismo gubernamental sino con la tradición en la tenencia de las tierras, contradicción que ha sido señalada por algunos historiadores (Alfredo Molano o Renán Vega Cantor, entre otros) como uno de los más ciertos orígenes del conflicto armado⁵⁶. En este contexto tan complejo y problemático, la creación de las Zonas de Reserva Campesinas (ZRC) mediante la ley 60 de 1994 (reglamentadas a su vez por el Decreto 1777 de 1996 y el Acuerdo 024 de 1996; Ordoñez 2012: 17) parecen haber añadido más contradicciones y conflictos a este ya complejo tema.

Ahora, más allá de esta cuestión “territorial”, parece subsistir un conflicto casi filosófico entre unidad y diversidad o, ya en el campo de la política, entre liberalismo y pluralismo, entendiendo el primero como el modelo heredado de las revoluciones burguesas europeas (principalmente francesas e inglesas, como se ha señalado en otro lugar). Daniel Bonilla (2006: 21) ha señalado incluso que en el caso de algunas comunidades indígenas como los nukakmakús subsiste un conflicto entre individuo y comunidad⁵⁷. Por su parte, Barona y Rojas han identificado conflictos con la noción, mucho más abstracta, de “alteridad”, es decir, del reconocimiento y relación con el “Otro”.

Todos estos conflictos y dificultades no dejan de ser sorprendentes si se tiene en cuenta que la Constitución colombiana es muchos años anterior a las de Bolivia, Ecuador o Venezuela, lo que significa que fue pionera (al menos a nivel de América Latina) en el reconocimiento estatal del multiculturalismo y la diversidad. Incluso, según lo manifiesta Bonilla Maldonado, la legislación colombiana fue considerada ejemplo a seguir en materia de reconocimiento de derechos multiculturales, al punto de que este

⁵⁶La vigencia de este debate se ha corroborado, igualmente, en las recientes disputas y protestas en el departamento del Cauca.

⁵⁷Explica este autor que, siendo ésta una comunidad nómada cuya supervivencia depende de su actuar colectivo, el concepto de “individuo” o “individualidad”, si bien existe, es menos importante que el concepto de “comunidad”.

autor no duda en calificar nuestra legislación de “progresista” al tiempo que elogia la labor de la Corte Constitucional⁵⁸ en la resolución de los conflictos o tensiones mencionadas. Este último punto es de especial relevancia, pues han sido los jueces y magistrados quienes han tenido que interpretar el sentido de lo expuesto en la norma y en el caso de la Corte Constitucional ello se ha hecho a través de sentencias que han ayudado a establecer y esclarecer casos específicos⁵⁹, algunos de los cuales se analizarán más adelante.

Por su parte, los investigadores Guido Barona Becerra y Tulio Rojas Curieux han observado que la Carta Constitucional colombiana quedó como un memorial de buenas intenciones que difícilmente se han visto materializadas y las normas pluralistas incorporadas a ella no han pasado de ser una tibia concesión sin respaldo institucional suficiente y eficiente, dando lugar a lo que también estos autores llaman “tensiones” entre el Estado colombiano y el ejercicio efectivo del pluralismo (Barona Becerra 2007: 27 y ss.), hecho que se ha evidenciado en la escasa participación efectiva de las comunidades en el vida política nacional.

De hecho, en la propia Asamblea Nacional Constituyente la participación de las minorías fue excesivamente exigua: apenas dos de sus setenta miembros eran indígenas (Francisco Rojas Birry de la ONIC –Organización Nacional Indígena de Colombia– y Lorenzo Muelas Hurtado de las Autoridades Indígenas de Colombia) y no hubo representante de las negritudes. Del mismo modo, en la actualidad apenas dos de las 102 curules del Senado son para candidatos de la denominada “circunscripción especial”, mientras no hay ninguna para las comunidades negras (que sí tienen dos curules en la Cámara de Representantes). La participación de estas comunidades en el Poder Ejecutivo ha sido también menguante: si bien después de la promulgación de la Constitución del 91 hubo una discreta participación de líderes indígenas en cargos administrativos de elección popular, lo cierto es que ésta ha sido cada vez menor y ha

⁵⁸ Al menos las primeras. Hay que tener en cuenta que el libro de Bonilla Maldonado fue escrito originalmente en inglés y traducido en 2006.

⁵⁹ Hasta el año 2003, Daniel Bonilla había identificado 30 sentencias relacionadas “con cuestiones de diversidad cultural” (2006: 156).

sido o cooptada por las dinámicas electorales (muchos políticos disidentes o expulsados de los partidos tradicionales aprovechan las personerías jurídicas de los partidos indígenas para candidatizarse a las corporaciones públicas)⁶⁰ o diezmada por el conflicto armado.

3.3. Las sentencias de la Corte Constitucional

Según Bonilla Maldonado, la Corte Constitucional tuvo, al menos hasta cierto momento⁶¹, un rol decisivo en la consolidación y promoción efectiva de los derechos de carácter multicultural contenidos en la Carta⁶². Su postura se evidenció en varios pronunciamientos que tienen como fundamento maximizar la diversidad étnica y cultural y minimizar las restricciones a través de la defensa y conservación de usos y costumbres y de la autonomía y el establecimiento de un mínimo de convivencia entre los particulares a partir del núcleo esencial de los derechos fundamentales. El constructo del reconocimiento del pluralismo jurídico tiene su fundamento en el marco de la norma constitucional, que además reconoce la diversidad étnica y cultural, dándole preponderancia al territorio colectivo de los indígenas y la jurisdicción que les es propia y a la que tienen derecho, como expresión propia (Gutiérrez 2011).

Ahora, si bien la Corte Constitucional ha dictado sentencias hitos en las cuales reconoce un pluralismo verdadero a partir de los derechos humanos transculturales, reconocimiento que da valor a la autonomía, reivindica los derechos de indígenas y ratifica su particularidad social y jurídica, según Gutiérrez este pluralismo jurídico es sólo aparente y en principio existe de manera limitada. En esto parece coincidir De Sousa Santos, quien afirma que en la última década del s. XX, “el Estado colombiano (...) llevó a cabo una serie de reformas encaminadas a informalizar la justicia de las

⁶⁰ Como sucedió en la última elección legislativa en el caso de los representantes María del Socorro Bustamante y Moisés Orozco Vicuña quienes llegaron a la Corporación (Cámara de representantes) representando a las negritudes, pese a ser de raza blanca.

⁶¹ Ver. infra, Nota 7.

⁶² Según este autor, “la jurisprudencia de la Corte puede verse, en general, como un paso importante hacia el adecuado reconocimiento y acomodamiento de las minorías culturales. La Corte se ha tomado en serio los conflictos interculturales” (2006: 34).

cuales resultó alguna innovación institucional (*a veces realizada y a veces sólo proyectada*)” (2001: 147; énfasis añadido)⁶³. Sin embargo, en años más recientes, la promulgación de la Ley 1285 de 2008 dispuso que “la jurisdicción indígena ya no forma parte de la Rama Judicial” (Córdor, 2010: 17), con lo cual se limitó aún más la aplicabilidad de la ley indígena en general. Todo lo anterior ha llevado a que dichas comunidades sigan optando por las denominadas vías de hecho, principalmente los paros, como modo de participación e incidencia en la política nacional.

Sin embargo, a criterio de Bonilla Maldonado y Barona y Rojas, es innegable que el rol desempeñado por ésta ha sido fundamental, al menos en dos sentidos: uno, porque ha definido y explicitado el sentido del contenido de la norma y dos, porque ha promulgado algunas decisiones determinantes que han creado jurisprudencia y, por lo tanto, son referentes ineludibles a la hora de dirimir sucesivos conflictos relativos a los derechos de las comunidades originarias y la multiculturalidad en general. En este capítulo se analizarán algunos pocos ejemplos.

En la sentencia C463 de 2014 que declara inexecutable el art. 11 de la ley 89 de 1890, “*Por la cual se determina la manera como deben ser gobernados los salvajes que vayan reduciéndose a la vida civilizada*”, la corte hace un recorrido sobre las decisiones que han enfrentado diversas tensiones a lo largo de su labor interpretativa y decisoria en materia de derechos indígenas, entre la unidad nacional y la diversidad étnica y cultural, afirmando la corte que

desde las primeras decisiones de la Corte Constitucional sobre la vigencia y efectividad de los derechos de los pueblos indígenas, detectó las tensiones entre unidad y diversidad, o entre el universalismo (implícito en la universalidad de los derechos humanos) y el relativismo ético, que ordena la tolerancia de concepciones morales incompatibles.”

⁶³ Se advertirá, en la última frase de la cita, que el sociólogo apunta claramente al carácter idealista y apenas *proyectado* de estas reformas.

La Corte también reconoce que tales dificultades se reflejan además en la diferencia que subyace entre concepciones sobre desarrollo, modos de producción y prioridades económicas y sociales que tienen los pueblos indígenas y la sociedad mayoritaria.

Lo importante de esta sentencia es que realiza un minucioso análisis de las diferentes tensiones que ha tenido el pluralismo, recogiendo criterios jurisprudenciales sobre interpretación, límites a la autonomía indígena, (criterio que se unificó en el llamado “*núcleo duro de derechos humanos*”, junto con el *principio de legalidad* como garantía del debido proceso y por los derechos fundamentales, en tanto *mínimos de convivencia social*); recoge además los criterios de coordinación con la justicia ordinaria y resolución de conflictos de competencia, criterios de competencia como el fuero, el factor del ámbito territorial y la faceta institucional, para desarrollar lo concerniente al derecho de las víctimas y el debido proceso. Concluyendo que:

Esas tensiones revelan las dificultades del compromiso constitucional de reconocer la igualdad incluso frente a diferencias radicales, y plantean el reto cardinal de hallar vías de solución legítimas a esos conflictos en un orden constitucional pluralista. Si se acepta la coexistencia de diversas formas de ver el mundo, incluso radicalmente diferentes entre sí, el juez constitucional deberá hallar métodos para resolver esos problemas sin sacrificar de forma excesiva ningún principio de la Constitución. En ese sentido, puede afirmarse que el pluralismo y el multiculturalismo están atravesados de contradicciones, pero el Estado constitucional de derecho las asume como síntoma de fortaleza de una sociedad democrática y participativa

Por otra parte, la Corte acepta que el pluralismo no se limita a la conservación de “sistemas jurídicos ancestrales de regulación social”, sino que permite su constante reconfiguración, reconstrucción o incorporación de elementos del derecho mayoritario, pues es propia esa dinámica de toda sociedad.

En la Sentencia SU-039 de 1997 que se refirió a los derechos fundamentales de las comunidades indígenas, el Magistrado Ponente Antonio Barrera Carbonell responde una petición del entonces Defensor del Pueblo Jaime Córdoba Triviño en representación de algunos integrantes de la comunidad U'wa quienes se opusieron a la

expedición de una licencia ambiental para la Sociedad Occidental de Colombia, Inc. – OXY para explotar recursos naturales en territorio indígena. Este caso es interesante porque evidencia dos de los conflictos o tensiones más acuciantes de las señaladas en el anterior numeral: por un lado, el conflicto de intereses entre los monopolios extractivistas y las comunidades indígenas y, por otro lado, la distinción entre individuo y comunidad. Tradicionalmente, esta segunda parecía quedar fuera del campo del derecho toda vez que éste se basaba en el “sujeto de derecho” y esta definición parecía contradecir el concepto de colectividad o comunidad o cualquier otra forma de caracterización no unipersonal.

La corporación determinó en este caso que esta comunidad alcanzaba el reconocimiento de «*singularidad propia*», es decir, fue reconocida como “«*sujeto de derechos fundamentales*». Señaló la Corte que estos derechos irrenunciables, reconocidos por la Carta constitucional, no sólo son ejercidos por los individuos sino por colectivos que, por su singularidad cultural, se diferencian del resto de los nacionales”. Estableciéndose que

Con el otorgamiento de la licencia ambiental, sin el cumplimiento del requisito de la participación y consulta de la comunidad U'wa, se afectaron los derechos fundamentales de las personas que representa el actor y de dicha comunidad. En efecto, se desconocieron los derechos contenidos en la Constitución en los artículos 7, derecho a las minorías étnicas; 286, 329 y 357, derecho al territorio; 330, derecho a la autodeterminación; 10, derecho a la lengua; 70, 95-8, 72, derecho a la cultura étnica; derecho a seguir viviendo; 40, 79, derecho a la participación social y comunitaria.

La Sentencia T-030/00, con ponencia de los magistrados Fabio Moron Díaz, Vladimiro Naranjo y Álvaro Tafur, vuelve a tener como protagonista a la comunidad U'wa. En este caso la corte debió analizar el caso de dos menores gemelos pertenecientes a esta comunidad y los cuales habían sido dejados por su padre en el centro de salud donde nacieron debido a la imposibilidad de introducirlos a su comunidad original debido a que ésta repudia los nacimientos múltiples “por considerar que éstos la contaminan,

siendo la tradición que una vez se presente el parto, los niños sean dejados en el lugar de nacimiento para que “la madre naturaleza se encargue de ellos””. El ICBF, la Directora de la Casa del Niño y la Dirección de Asuntos Indígenas del Ministerio del Interior, emitieron conceptos y desarrollaron acciones como mantener apartados a los niños de sus padres, llevarlos a la ciudad de Bogotá y mantenerlos allí pese al pedido del Presidente del Cabildo Mayor de enviar a los niños a Saravena. Además se manejó por parte de Asuntos Indígenas una concepción unívoca de la cultura relegando el hecho que hubiesen nacido en una comunidad u’wa e inclusive la Directora de la Casa del Niño pidió que se declarara el abandono de menores e iniciar el proceso de adopción de los mismos.

La decisión de la Corte fue que los niños no debían ser declarados “abandonados” (con lo que se seguía el trámite de protección y eventual adopción de los mismos) sino que debían ser retornados a sus padres y su comunidad, toda vez que ésta había considerado que, pese a la creencia tradicional, no había riesgo de “aceptar en su seno a dichos menores, los cuales no son distintos a sus otros niños”.

En este caso, además, se puede observar un conflicto de derechos, conflicto que la Corte resuelve argumentando que, si bien la comunidad tiene derecho a “autodeterminarse e imponer sus propios usos y costumbres”, el derecho fundamental a la vida prima sobre los demás.

Resulta muy interesante la tesis propuesta y desarrollada por el profesor Phd. Diego Mauricio Higuera, frente a tensiones como la que se explica; en un estudio específico del caso que se menciona, en la comunidad U’wa el profesor propone la figura de la “reinterpretación del mito” como una solución lingüística, dentro del diálogo intercultural para posibilitar el acercamiento de la autonomía indígena a las consagraciones de derechos humanos, como estrategia de solución de los conflictos surgidos, figura que garantiza que se respete la conservación de la tradición cultural indígena, como un

ámbito social dinámico en permanente construcción y en armonía con las garantías de los derechos fundamentales.⁶⁴

El derecho actual debe responder a expectativas y necesidades concretas y también a presiones sociales por fuera de las visiones conservadora y reaccionaria inaceptables ya en una sociedad multicultural y pluralista, pues lo que si resulta válido es la visión dinámica del derecho, de este modo, ha manifestado el doctor Diego García Sayan de la Corte Interamericana, diciendo que no hay límites establecidos de manera exacta sino que estos se deben ir generando y consolidando como criterios esenciales en un ámbito que básicamente es el respeto por los derechos de la gente; el mismo autor ha señalado que las tensiones derivadas de la diversidad cultural no se deben pensar desde visiones autoritarias.

En el caso de sanciones penales o disciplinarias, por ejemplo, la “tensión” entre el Código Penal colombiano y las propias tradiciones culturales y morales ha sido evidente y conflictiva (Barona Becerra 2007: 42). Estas tensiones entre el Estado y las comunidades indígenas llevaron a la creación la Jurisdicción Especial Indígena, consagrada en el artículo 246 de la Constitución (Córdor 2010: 66).

La sentencia C370 de 2002 se pronuncia respecto a aspectos del sistema penal colombiano, al resolver una demanda de inexecutableidad contra el código penal en la parte que declara “inimputables por diversidad cultural” a los indígenas, e impone por lo tanto una medida de seguridad que consiste en el reintegro forzado a su medio cultural en coordinación con sus autoridades; La corte hace un valioso análisis a favor de las comunidades aduciendo que resulta inconstitucional y atenta contra el pluralismo, el trato de inimputables a los indígenas en razón de su diversidad cultural, pues resultaba peyorativo y transgresor de su dignidad, tampoco consideró aceptable la imposición de una medida de seguridad dada la naturaleza curativa y correctiva de esta, pues nada hay que curar o corregir a la condición de diferente; continua la defensa de la corporación hacia las comunidades al referir que la misma norma penal contraviene los

⁶⁴Higuera Jiménez Diego Mauricio. Reinterpretación del mito indígena en el multiculturalismo. Encuentro mundial del Ceisal. Oporto 2013.

principios constitucionales al favorecer a los autores no indígenas de un delito, que se hallen bajo las mismas condiciones de inimputabilidad por diversidad cultural, pues al calificarlos inimputables simplemente se los exime de responsabilidad mientras que a los indígenas se les aplica una medida de seguridad, en razón a que así lo establece la norma.

No obstante, todas esas disquisiciones a favor de la diversidad y el pluralismo, y de la evidencia de la contradicción de la norma penal con el pluralismo, que parece indicar la necesidad de excluir al indígena de su ámbito, la Corte no se aparta de su concepción centralista y aunque propone diálogos interculturales para conjurar tal tensión y rechaza la criminalización de la diversidad, ha asumido una interpretación que relativiza y condiciona la jurisdicción indígena.

La Sentencia T - 496 de septiembre 26 de 1996, Mg. Ponente Carlos Gaviria Díaz, es interesante porque se centra en la posibilidad de que las comunidades indígenas tengan su propio fuero, es decir, que puedan juzgar, según sus creencias y tradiciones, a quienes hayan cometido “conductas reprochables”, tema que, como pocos, involucra el concepto de pluralismo jurídico. En los hechos que fueron analizados por el recordado Magistrado Gaviria Díaz, un indígena de la etnia Páez, Libardo Guainas Finscue incurrió en el asesinato de un compañero de trabajo suyo. El individuo fue capturado y judicializado y un juez penal lo condenó a 20 años de prisión, sentencia que fue demandada por el inculcado alegando que, dada su condición y su pertenencia a una comunidad indígena, debía este ser juzgado al interior de ella y no por la justicia ordinaria. Uno de los argumentos de la defensa es que, en aras de determinar la inimputabilidad del sentenciado, el juzgado había aceptado el concepto de un psicólogo pero no el de un antropólogo. Sin embargo, en consideración de la Corte, tanto el actor como la misma comunidad estaban al tanto de la desaprobación moral y legal del asesinato, por lo que no había justificación para este, ni se había violado el debido proceso ni desconocido los derechos y principios de diversidad étnica y cultural.

Como se ha dicho, este caso reviste particular importancia en el contexto de este trabajo, ya que la Corte admite que el fallo que confirma la sentencia del juzgado se emite teniendo en cuenta las características propias de los hechos (como el no desconocimiento de la gravedad de la conducta delictuosa ni a nivel individual ni colectivo) y no porque se desconozca la validez del fuero indígena. De hecho, la corte al desarrollar el tema del fuero indígena admite el desafortunado trato que se le ha dado al indígena al asumirlo como incapaz relativo (en inferioridad de condiciones síquicas) al no participar de los valores universales, lo que en criterio de la Corte contraviene la filosofía de la Carta magna, para la cual ninguna visión del mundo puede imponerse sobre otra.

Justo lo contrario sucede en la Sentencia T-048 de 2002, Mg. Ponente Álvaro Tafur Galvis, en la cual las comunidades indígenas Calafitas I y II expulsaron a un miembro de su comunidad que había cometido un homicidio y se negaron a juzgarlo, pidiendo que las autoridades, de acuerdo con la justicia penal de Colombia, lo hicieran. El accionante de la tutela argumenta que esta circunstancia se dio sin investigación previa, ni la consideración de las pruebas ni el derecho a la defensa. Adicional a esto, y evidenciando también otro de los conflictos descritos anteriormente, la comunidad despoja al accionante de la “porción de tierra que le corresponde como integrante de la misma”. La Corte considera entonces que la comunidad había quebrantado su propio reglamento y ordena al Cabildo respectivo “restablecer al actor en sus derechos comunitarios, en especial en su derecho de acceso a la tierra del resguardo, en las mismas condiciones que los comunitarios que no han sido sancionados”. Según Barona y Rojas:

También reconoció la sentencia que la identidad cultural del sindicado se enmarcaba en «*el vínculo existente entre el indígena y su etnia*», el cual debía entenderse «*como el proceso de cohesión de la cultura a la que pertenece el miembro dela comunidad*». Este argumento, junto con el del territorio, ocuparon lugar central para la no aceptación, por parte del Consejo Superior de la Judicatura, de la decisión tomada por las «*autoridades indígenas*» de no juzgar a Arnulfo Pérez. (2007: 59-60).

Como se mencionó, este caso es también muy interesante puesto que pone en evidencia la actitud de la Corte en materia de reconocimiento de los sistemas jurídicos alternativos, propios de las comunidades étnicas.

Por último es importante resaltar un punto de gran importancia, el cual es la labor de compilación adelantada por el Consejo superior de la Judicatura y la Organización indígena de Colombia ONIC y la Asociación de Cabildos Indígenas del Norte del Cauca, OCINC en el marco del plan de desarrollo de la Rama Judicial, en el años 2006, realizaron la *“Compilación y Selección de los Fallos de Decisiones de la Jurisdicción Indígena 1980-2006”*

*con el propósito de fomentar e implementar dentro de sus competencias, la justicia indígena, así como fortalecer la autonomía e independencia de sus sistemas jurídicos propios y mejorar el acceso a los servicios de justicia básicos y sus territorios reconociendo la diversidad étnica en la aplicación de los sistemas de justicia de cada pueblo mediante la construcción de una política de coordinación para garantizar la efectividad de la Constitución Política”.*⁶⁵

3.4. Conclusiones y recomendación

Es importante decir ante todo, que el principio de pluralismo que se aplica en Colombia en los niveles de adecuación permitidos dentro del marco del Estado Social de Derecho, no es un sistema que no funcione, sino que no se le ha dado una lectura o en enfoque adecuado, inclusive se puede plantear que más que limitaciones o contradicciones el sistema constitucional actual les plantea tanto a los grupos minoritarios como al propio estado, posibilidades de encuentro y reflexión que enriquecen la perspectiva de cada uno.

De las anteriores consideraciones se puede colegir que el pluralismo jurídico en Colombia parece ser un pluralismo de formulaciones meramente formales o descriptivas y con escasa aplicabilidad más allá de la letra. Esto parece corresponder

⁶⁵Documento consultado en <https://www.ramajudicial.gov.co/documents/10228/1559849/Contenido+Compilacion+Indigena.pdf/9b5f099a-d107-45b5-9dc7-a18c9c03fb3a>

con lo que John Griffith denomina “pluralismo débil”, una formulación que “no describe la coexistencia de dos o más focos de juridicidad, sino la «duplicidad de funciones», la multiplicidad jurisdiccional y la selectividad normativa que presenta con frecuencia el derecho estatal” y que el tratadista considera que no es más que una modalidad del “centralismo legal” (Dávila Sáenz, 2004: 7), el cual a su vez es una “fantasía positivista del monopolio normativo del Estado y la completitud y autonomía de su sistema jurídico” (Ibíd.: 5)⁶⁶. En la misma línea de pensamiento, según De Sousa Santos, la justicia indígena en Colombia es “un híbrido jurídico” que tiene, por un lado, un estatus “oficial” ya que tiene “reconocimiento constitucional” y una carácter “no oficial” en la práctica; en esta situación de ambigüedad, dicho híbrido oculta, sin embargo, “las relaciones desiguales de poder entre la justicia indígena y la justicia oficial” (de Sousa Santos, 2001: 146–148).

Se tiene entonces que aunque las diferencias entre el derecho de nuestra sociedad y de los pueblos indígenas son reconocidas y aceptadas, como es aceptada la diversidad étnica y cultural, las categorías inmersas y consideradas pilares fundamentales del nuestro estado Social de Derecho no alcanzan a hacer de esta diversidad una realidad aplicable en nuestro país, pues aún subsisten actos violatorios de estos reconocimientos llevando, en los más graves casos, al borde de la desaparición a la mayoría de grupos indígenas. A estos pueblos, esta suerte de principios fundamentales, traducidos en derechos completos y realizables, no los alcanzan (Gutiérrez, 2011; Barona Becerra, 2007).

En opinión de algunos estudiosos del tema, “en muchos casos, la lengua de la Constitución silenció las voces de los pueblos indígenas”⁶⁷, el reconocimiento y protección real de la diversidad étnica y cultural de la Nación “es más ilusión que realidad” (Barona Becerra, 2007, 208) ya que

no se obtuvieron las vivencias políticas y sociales, económicas y culturales, que conllevaban los performativos lingüístico y jurídico que dan concreción a esta

⁶⁶La denominación de un pluralismo “débil” o “fuerte” está basada en el “grado de afinidad” que tienen con respecto al centralismo legal.

⁶⁷Acertada conclusión metafórica presentada por el autor Paulo Ilich Bacca Benavidez.

Constitución. La ilusión de la que hablamos antes fue creer que bastaba enunciar para inmediatamente concretar, por fuera del texto constitucional. El sueño del reconocimiento de toda esta diversidad, que muchos anhelaban y otros renegaban, por la ensoñación que provoca la palabra, no cayó en cuenta de su propia imposibilidad, no atendió al hecho de no ser más que expresión del mundo de lo onírico; por esta razón, por este no darse cuenta, en algunos intencional y en otros no tanto, mantuvo incólume el carácter unitario de la Nación; en otras palabras, se desdijo en un párrafo, en un articulado, de lo que en otros había dicho, y sin embargo no cayó en cuenta. (Ibíd.: 212).

No obstante lo anterior, hay que reconocer que los avances de la Constitución del 91 con respecto a la anterior de 1886 fueron muy significativos y que el papel desempeñado por la Corte ha sido fundamental para el esclarecimiento y correcta interpretación de las normas relativas al pluralismo y la multiculturalidad. Una de las dificultades mayores que ha tenido el texto constitucional ha sido la escasa innovación en la institucionalidad, de manera que mientras la constitución promulgaba unos principios y derechos, los organismos nacionales no estaban preparados ni sabían cómo garantizar y menos promover esos derechos.

También hay que tener en cuenta que, debido a su carácter inaugural y casi fundacional, la Constitución colombiana ha debido, con el tiempo, ir refinando y reformando muchas de sus disposiciones originales. En este sentido, y como lo apuntaba Bonilla Maldonado, la Constitución colombiana ha servido de ejemplo para las de Bolivia o Ecuador, que han aprendido de sus “errores” y aciertos.

Con todo lo anterior se puede afirmar, entonces, que el pluralismo jurídico en Colombia está lejos de llegar a ser tan coherente e incluyente como el de otros países hermanos, más concretamente Bolivia y Ecuador, pues sus formulaciones, disposiciones han encontrado escaso asidero en una institucionalidad que sigue anclada en los conceptos axiológicos y jurídicos de la tradición europea y norteamericana (como lo demuestra la implementación del Sistema Penal acusatorio) y deudora de una tradición académica, además, que ha tendido siempre a soslayar cualquier posición distinta del “centralismo legal”, modelo monista o estatista y la idea de Estado–nación unitaria y homogénea.

De lo que se colige que Colombia está en mora de adaptarse a un tipo de sociedad abierta, multiétnica, en donde exista pleno reconocimiento de la diferencia, la alteridad y hasta los extranjeros, pues como dice Giovanni Sartori, una “buena sociedad” es necesariamente una “sociedad pluralista” (2001: 7).

Finalmente, se considera importante plantear la inquietud de si la exigencia del replanteamiento y dinámica de las tradiciones, o la intervención estatal están sujetas a algún evento especial que la desencadene, a un evento mediático y polémico como la amenaza de muerte a una persona o una muerte misma, ya que aparentemente, sin esa situación límite no pareciera existir un interés real ni de parte del Estado ni de las comunidades en generar un proceso de adecuación o coordinación efectivo, que deje resultados concretos.

A modo de recomendación

Solo hasta la década de los noventa las sociedades indígenas dejaron de ser considerados como sociedades incipientes, incivilizadas y asimilables a menores de edad, con vocación de ser reducidos a la civilización imperante, Hoy en día cuentan con el legal y oficial reconocimiento de su existencia plena, de su autonomía y del reconocimiento de su jurisdicción, lo cual rompe el ideal de instituciones homogéneas regidas por el principio liberal de que la ley es la misma para todos en razón, a que todas las personas son iguales.

Pero ese reconocimiento multicultural de corte liberal de los 90 es precisamente lo que necesita sobrepasar, avanzar más allá del reconocimiento y respeto por la existencia de los pueblos indígenas que camina junto a la negación de los instrumentos materiales de distribución del poder, pues las dificultades del pluralismo son reales y surgen de todas partes, desde la ideología común y expandida de la inferioridad natural del indio, hasta el ejercicio de la autonomía en su propio territorio.

La propuesta es asumir el reto de aceptarse como sociedad pluralista, una vez se tenga una idea clara de su significado y entablar entonces, con el otro, un diálogo “cotidiano” entre interlocutores que se encuentran en condiciones de horizontalidad, conscientes de que se enfrentan a estructuras conceptuales propias de procesos volitivos y cognitivos diferentes; este es un diálogo en que las categorías culturales, gramaticales, jurídicas, económicas etc. se traducen y comparten bajo la luz de tópicos comunes que no se imponen, pues por lo general son ignoradas por la actividad estatal, judicial, administrativa y hasta social, que al mantenerse en actitud centralista y homogeneizadora, está conllevando a que su carácter multicultural ande por los senderos de la extinción.

Referencias bibliográficas

- Ahrens, H. (2012). La transformación de la juridicidad en los Estados latinoamericanos: efectos del pluralismo jurídico *desde arriba*. En H. Ahrens (comp.), *El Estado de derecho hoy en América Latina. Libro homenaje a Horst Schönbohm* (pp. 137–153). Montevideo: Konrad-Adenauer-Stiftung E.V. - Fundación Konrad Adenauer, Oficina México.
- Almeyra, G. (2011). Para comprender la revolución boliviana. *Crítica y Emancipación*, (5): pp. 201-211.
- Ardila Amaya, E. (2002). Pluralismo jurídico: apuntes para el debate. *El otro derecho*, número 26–27, pp. 49–61.
- Anchutuña, C. (2011). *La justicia indígena y la aplicación de los derechos humanos*. Unidad Académica de Ciencias Administrativas y Humanísticas. UTC. Latacunga. URI: <http://repositorio.utc.edu.ec/handle/27000/348>
- Arias Calderón, J. (2012). La autonomía y la descentralización como principios constitucionales en un Estado unitario: caso colombiano. En C. Storini y J. F. Alenza García (dir.), *Materiales sobre neoconstitucionalismo y nuevo constitucionalismo latinoamericano* (pp. 381-405). Pamplona: Editorial Thomson Reuters Aranzadi.
- Bacca Benavides, I. (2010). *Los Derechos Indígenas en la era del Reconocimiento*. Bogotá: Universidad Nacional de Colombia.
- Barona Becerra, G. y Rojas Curieux, T. (2007). *Falacias del pluralismo jurídico y cultural en Colombia*. Popayán: Universidad del Cauca.
- Bonilla Maldonado, D. (2006). *La constitución multicultural*. Bogotá: Universidad de los Andes – Facultad de Derecho; Pontificia Universidad Javeriana – Instituto Pensar; Siglo del Hombre Editores.
- Cabo Martín, C. (2000). *Sobre el concepto de ley*. Madrid: Trotta.
- Cóndor, E. (coord). (2010). *El pluralismo jurídico y la interculturalidad en las escuelas judiciales: una propuesta*. Lima: Comisión Andina de Juristas.
- Constitución Política de Colombia. (1991)
- Constitución Política del Estado Plurinacional de Bolivia. (2009)

- Dávila Sáenz, J. (2004). *Apuntes sobre Pluralismo Jurídico*. Bogotá: Universidad de los Andes, Facultad de Derecho – Centro de Investigaciones Socio–Jurídicas (CIJUS).
- De Sousa Santos, B. y García Villegas, M. (2001). *El caleidoscopio de las justicias en Colombia. Análisis socio–jurídico*. Bogotá: Siglo del Hombre Editores y Universidad de los Andes.
- Fornillo, B. (2010). Intelectuales y política en la “era katarista”. En Svampa, M.; Stefanoni, P.; Fornillo, B. *Debatir Bolivia. Perspectivas de un proceso de descolonización* (pp. 61-96). Buenos Aires: Taurus.
- Foucault, M. (2005). *El orden del discurso*. Buenos Aires: Tusquets.
- Garcés, F. (2013). *Los indígenas y su Estado (pluri)nacional: una mirada al proceso constituyente boliviano*. Cochabamba: CLACSO.
- García Linera, A. (2006). Crisis del estado y poder popular. *New Left Review*, 37, Mar–Abr 2006, pp. 66-77.
- . (2010). América Latina y el futuro de las políticas emancipatorias. *Crítica y Emancipación*, (3), 293-306.
- García Villegas, M. y Espinosa R., J. R. (2013). *El derecho al Estado. Los efectos legales del apartheid institucional en Colombia*. Bogotá: Centro de Estudios de Derecho, Justicia y Sociedad, Dejusticia.
- Gargarella, R. (2010). El nuevo constitucionalismo latinoamericano. Algunas reflexiones preliminares. *Crítica y Emancipación* (3), 169-188.
- . (2011). Pensando sobre la reforma constitucional en América Latina. En C. Rodríguez Garavito (coord.), *El derecho en América Latina. Un mapa para el pensamiento jurídico del siglo XXI* (pp. 87-108). Buenos Aires: Siglo Veintiuno Editores.
- . (2013). La reforma boliviana es arriesgada e interesante. *Cuadernos del pensamiento crítico latinoamericano*, (7): pp. 1-2.
- González, L. (2011). *¿Justicia indígena o barbarie?* (ARI). Real Instituto Cano. Recuperado el 17 de Septiembre de 2015

- desde http://www.realinstitutoelcano.org/wps/portal/rielcano/contenido?WCM_GLOBAL_CONTEXT=/elcano/elcano_es/zonas_es/america+latina/ari13-2011
- Gutiérrez, M. (2011). *Pluralismo jurídico y cultural en Colombia*. En Revista de Derecho del Estado 26. Bogotá: Universidad Externado de Colombia.
- Hammergren, L. (2012). Inicio, desarrollo y situación actual de las reformas judiciales latinoamericanas. En H. Ahrens (comp.), *El Estado de derecho hoy en América Latina. Libro homenaje a Horst Schönbohm* (pp. 85-108). Montevideo: Konrad-Adenauer-Stiftung E.V. - Fundación Konrad Adenauer, Oficina México.
- Hardt, M. & Negri, A. (2009). *Commonwealth*. Cambridge: The Belknap Press of Harvard University Press.
- Hylton, F.; Thomson, S. El arcoiris a cuadros. *New Left Review*, 35, Nov–Dic 2005, pp. 69-91.
- Kymlicka, W. (2007). Multiculturalismo. *Diálogo político*, año XXIV, no. 2, 11–34.
- Laclau, E. (2005). *La razón populista*. México: FCE.
- Llasag Fernández, R. (2008). Plurinacionalidad: una propuesta constitucional emancipadora. En R. Ávila Santamaría (ed.), *Neoconstitucionalismo y sociedad* (pp. 311–355). Quito: Ministerio de Justicia y Derechos Humanos.
- Molina, L. (2013). *Análisis de las garantías del debido proceso en la justicia indígena: una primera aproximación a la interpretación de los derechos humanos desde la cosmovisión indígena, caso la cocha 2010*. Disertación previa a la obtención del título de abogado de la República del Ecuador. Pontificia Universidad Católica del Ecuador. Facultad de Jurisprudencia. URI: <http://repositorio.puce.edu.ec/handle/22000/5898>
- Noticias Aliadas. (2011). *Informe especial. Consulta previa: Derecho fundamental de los pueblos indígenas*. Lima: Comunicaciones aliadas.
- Ordoñez Gómez, F. (2012). *Zonas de reserva campesina*. Bogotá: ILSA.
- Pérez Calvo, A. (2012). Características del nuevo constitucionalismo latinoamericano. En C. Storini y J. F. Alenza García (dir.), *Materiales sobre neoconstitucionalismo y nuevo constitucionalismo latinoamericano* (pp. 27-60). Pamplona: Editorial Thomson Reuters Aranzadi.

- Salazar Lohman, H. (2013). *La formación histórica del movimiento indígena campesino boliviano: los vericuetos de una clase construida desde la etnicidad*. Ciudad Autónoma de Buenos Aires: CLACSO.
- Sánchez–Castañeda, A. (2006). Los orígenes del pluralismo jurídico. En N. González Martín (coord.), *Estudios jurídicos en homenaje a Marta Morineau. Tomo I* (pp. 471–485). México: Universidad Autónoma Nacional de México.
- Sánchez Botero, E. (2011). *Pautas para el fortalecimiento del pluralismo jurídico étnico y cultural en el Programa Nacional Casas de Justicia*. Bogotá: Ministerio de Justicia y del Derecho.
- Santos, B. (1997). Pluralismo jurídico, escalas y bifurcación. En A. E. Barrios Giraldo (ed.), *Conflicto y contexto. Resolución alternativa de conflictos y contexto social* (pp. 63–78). Bogotá: Instituto Ser de investigaciones.
- . (2005). *Reinventar la democracia – Reinventar el Estado*. Madrid: Sequitur.
- . (2007). *La reinención del Estado y el Estado plurinacional*. Cochabamba: CENDA – CEJIS – CEDIB.
- . (2010). *Descolonizar el saber, reinventar el poder*. Uruguay: Ediciones Trilce.
- . (2010). *Refundación del Estado en América Latina. Perspectivas desde una epistemología del Sur*. Lima: Instituto Internacional de Derecho y Sociedad - Programa Democracia y Transformación Global.
- . (2014). *Derechos humanos, democracia y desarrollo*. Bogotá: Dejusticia.
- Sartori, G. (2001). *La sociedad multiétnica. Pluralismo, multiculturalismo y extranjeros*. Madrid: Taurus.
- Schavelzon, S. (2012). *El nacimiento del Estado Plurinacional de Bolivia - etnografía de una Asamblea Constituyente*. La Paz: CLACSO.
- Schönbohm, H. (2012). Reflexiones sobre el Estado de derecho en América Latina. En H. Ahrens (comp.), *El Estado de derecho hoy en América Latina. Libro homenaje a Horst Schönbohm* (pp. 47-53). Montevideo: Konrad-Adenauer-Stiftung E.V. - Fundación Konrad Adenauer, Oficina México.
- Schubert, I. (2012). Consideraciones para comprender el pluralismo jurídico en el Estado plurinacional de Bolivia. En H. Ahrens (comp.), *El Estado de derecho hoy en América Latina. Libro homenaje a Horst Schönbohm* (pp. 195–201).

Montevideo: Konrad-Adenauer-Stiftung E.V. - Fundación Konrad Adenauer, Oficina México.

Sisa, W. (2014). *La vulnerabilidad de los derechos humanos de la justicia indígena ecuatoriana, con referencia al pueblo de Pilahuin de la provincia de Tungurahua en los dos últimos años*. Tesis previa a la obtención del Título de Abogado. Carrera de Derecho. Quito: UCE.194 p.____ URL: <http://www.dspace.uce.edu.ec/handle/25000/3997>

Suárez Suárez, P. (2013). El proceso de cambio en Bolivia: una mirada institucionalista desde la perspectiva de la descolonización. *Crítica y Emancipación*, (10): pp. 215-248.

Svampa, M.; Stefanoni, P.; Fornillo, B. (2010). *Debatir Bolivia. Perspectivas de un proceso de descolonización*. Buenos Aires: Taurus.

Uprimny, R. (2011). Las transformaciones constitucionales recientes en América Latina: tendencias y desafíos. En C. Rodríguez Garavito (coord.), *El derecho en América Latina: un mapa para el pensamiento jurídico del siglo XXI* (pp. 109-137). Buenos Aires: Siglo Veintiuno Editores.

Wolkmer, C. A. (2003). Pluralismo jurídico; nuevo marco emancipatorio en América latina. En M. García Villegas y C. Rodríguez (eds.), *Derecho y sociedad en América Latina: Un debate sobre los estudios jurídicos críticos*. Bogotá: ILSA.

Yrigoyen Fajardo, R. Z. (2011). El horizonte del constitucionalismo pluralista: del multiculturalismo a la descolonización. En C. Rodríguez Garavito (coord.), *El derecho en América Latina: un mapa para el pensamiento jurídico del siglo XXI* (pp. 139-159). Buenos Aires: Siglo Veintiuno Editores.

———. (2012). Pluralismo jurídico y jurisdicción indígena en el horizonte del constitucionalismo pluralista. En H. Ahrens (comp.), *El Estado de derecho hoy en América Latina. Libro homenaje a Horst Schönbohm* (pp. 171–193). Montevideo: Konrad-Adenauer-Stiftung E.V. - Fundación Konrad Adenauer, Oficina México.

Zibechi, R. (2007). *Dispersar el poder. Los movimientos sociales como poderes antiestatales*. Bogotá: Ediciones Desde abajo.

Sentencias de la Corte Constitucional de Colombia

Sentencias consultadas en <http://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria>
Corte Constitucional de Colombia

- . (2000) Sentencia T 030. M.P. Fabio Morón Díaz
- . (1998) Sentencia SU 510. M.P. Eduardo Cifuentes Muñoz
- . (2002) Sentencia C 370.M.P. Eduardo Montealegre Lynett
- . (2003) Sentencia SU 383. M.P. Álvaro Tafur Galvis
- . (2003) Sentencia C 067. M.P. Marco Gerardo Monroy Cabra
- . (1997) Sentencia SU 039. M.P. Antonio Barrera Carbonell
- . (1996) Sentencia T 496. M.P. Carlos Gaviria Díaz
- . (2002) Sentencia T 048. M.P. Álvaro Tafur Galvis
- . (2014) Sentencia C463. M.P. María Victoria Calle Correa
- . (2015) Sentencia T 300. M.P. Luis Guillermo Guerrero Pérez