



El pluralismo jurídico y normativo ¿Una vía para refundar la gobernanza?

**EXPERIENCIAS AFRICANAS Y LATINOAMERICANAS QUE TOMAN EN CUENTA LA DIVERSIDAD
EN LA REGULACIÓN DEL DERECHO OFICIAL**

Selección de artículos propuesta por el IRG en el marco del encuentro internacional "pluralismo jurídico en sociedades multiculturales", Lima 12 al 14 de diciembre del 2011

Elise GADEA, bajo la coordinación de Claire LAUNAY y Séverine BELLINA

Institut de recherche et
débat sur la gouvernance

Institute for Research and
Debate on Governance

Instituto de investigación y
debate sobre la gobernanza

INDICE

5	INTRODUCCIÓN Por Elise GADEA
13	I. DESAFÍOS TEÓRICOS Y CONCEPTUALES DEL PLURALISMO JURÍDICO APLICADO A LAS REALIDADES GEOGRÁFICAS
15	I.1. El enfoque pluralista del derecho: un desafío central para la gobernanza Por Christoph EBERHARD
21	I.2. El pluralismo jurídico en América Latina: del reconocimiento legal a la democracia intercultural Por Juan Carlos RUIZ MOLLEDA y Esther SÁNCHEZ BOTERO
29	I.3. Diversidad y gobernanza legítima en África: elogio del pluralismo Por Assane MBAYE y Ousmane SY
35	II. PLURALISMO JURÍDICO Y CONSTITUCIONES
37	II.1. La Constitución Ecuatoriana del 2008: Resultados e Innovaciones Por Saya SAULIÈRE
43	II.2. La Plurinacionalidad: iguales y diversos en busca del Sumak Kawsay Por Ana María LARREA MALDONADO
51	II.3. Constituciones: ¿Coexistencia, renacimiento o hibridación de las distintas fuentes de legitimidad ? Por el Instituto de Investigación y debate sobre la Gobernanza
59	II.4. Constituciones y constitucionalismo en África: informe de la situación y diagnóstico elaborado en conjunto sobre África Occidental, Austral, Oriental y Central Por Télésphore ONDO
63	III. LA TOMA EN CONSIDERACIÓN Y LA APLICACIÓN DEL PLURALISMO DE PARTE DE LAS DISTINTAS JURISDICCIONES
65	III.1. Cosmovisión y derechos humanos: Una jurisprudencia basada en un enfoque intercultural La Corte Interamericana de Derechos Humanos Por Melisa LÓPEZ
69	III.2. Pluralismo jurídico en Bolivia: institucionalización de mecanismos de coordinación y de cooperación entre justicias indígenas originarias y justicia ordinaria Por Elise GADEA

INTRODUCCIÓN

1. Contexto

El programa “legitimidad y arraigamiento de los poderes” en el IRG

Creado en el 2006, el Instituto de Investigación y debate sobre la Gobernanza IRG es un *think tank* híbrido, con vocación internacional, sobre la gobernanza. El objetivo de este instituto es estimular y alimentar el debate sobre la gobernanza pública.

Sin hacer referencia a una definición consensuada de la gobernanza, el IRG centra su análisis sobre las interacciones entre la multiplicidad de actores que actualmente contribuyen a la acción pública en sus diferentes niveles (local, nacional, regional e internacional), con un enfoque intercultural, interdisciplinario, con interactores e interescalas. <<http://www.institut-gouvernance.org>>.

En el marco de su programa “legitimidad y arraigamiento de los poderes”, el IRG cuestiona los mismos fundamentos de los vínculos entre Estado y sociedad, y mediante los cuales se justifica la autoridad del Estado. Desde Europa a las Américas, pasando por África, la actualidad rebosa de ejemplos cotidianos de divorcios, más o menos violentos, entre poblaciones, instituciones públicas y dirigentes. El poder oficial y las sociedades están desconectados y la regulación estática no permite estructurar de manera efectiva.

Se plantea entonces el tema de la legitimidad, este valor agregado del poder que funda su aceptación y obediencia por las poblaciones. Así, es a la comprensión y al análisis de las diferentes fuentes de legitimidad del poder, de sus interacciones y de las regulaciones plurales resultantes, que el IRG y sus socios se consagran en encuentros tales como el **que nos reúne en Lima los 12, 13 y 14 de diciembre de 2011**, por una gobernanza democrática legítima.

Desde lo local a lo mundial, los procesos de toma de decisiones se vuelven más complejos. De hecho, otros sistemas de regulación (religión, tradición, violencia armada, economía, etc.) actúan al lado del derecho (situación de pluralismo normativo). Por otra parte, otros derechos que el del Estado (derechos indígenas, tradicionales, religiosos, locales, etc.) intervienen en la regulación social real de las sociedades (situación de pluralismo jurídico). El arte y el desafío de la gobernanza democrática legítima residen entonces en la creación de nuevas herramientas y procesos adaptados a esta complejidad creciente del ejercicio del poder político y a la integración de esta diversidad de regulaciones.

Un proceso de reflexión sobre gobernanza, pluralismo jurídico y constitucionalismo en el IRG

- Una serie de encuentros y talleres en África y América Andina

Desde 2007, el IRG asumió la coordinación de una serie de encuentros y talleres en África y en América andina organizados en colaboración con sus asociados locales e internacionales (PNUD, Ministerio Francés de Asuntos Exteriores, Fundación Charles Léopold Mayer, etc.) sobre gobernanza y legitimidad del poder: un primer encuentro internacional tuvo lugar en 2007 en Malí (Bamako) y, en junio de 2008, un segundo encuentro reunió a unos cincuenta participantes en Sudáfrica (Polokwane). Otros encuentros se organizaron en 2009 en Arusha (Tanzania), y en 2010, en Yaundé, (Camerún). En América Andina, un seminario se organizó en febrero del 2009, en Lima¹.

- Unos estudios e intercambios previos sobre constitucionalismo en América andina y África

En 2008-2009, en el marco de su programa latino-americano, el IRG coordinó dos estudios sobre los procesos constitucionales en Ecuador y en Venezuela². En el primer semestre 2011, algunas conversaciones han tenido lugar sobre el tema entre el IRG, la Universidad de los Andes y la organización De Justicia de Colombia. En África, varios artículos sobre el tema han sido redactados entre 2008 y 2011 y, en el segundo semestre 2011, una primera síntesis sobre Constitucionalismo en África ha sido realizada. También en 2010, tuvo lugar en Johannesburgo (Sudáfrica) un encuentro sobre las constituciones africanas y sus transformaciones.

En distintas regiones de África y de América Andina, el IRG y sus contrapartes se esfuerzan entonces por analizar y entender mejor el desfase existente entre legalidad y legitimidad y por reunir las ideas, experiencias y propuestas que apunten a reducirlo. En particular, se trata de analizar, mediante una ida y vuelta entre teoría y práctica, las articulaciones entre planificaciones jurídicas y redes sociales. En definitiva, se busca explorar enfoques que den cuenta del pluralismo normativo en el que viven las sociedades. En este sentido, la reflexión sobre constitucionalismo y la aplicación de las constituciones en distintos países africanos y latino-americanos apareció como una necesidad.

- El coloquio de Lima 2011, una oportunidad para fortalecer la comprensión y la promoción del pluralismo jurídico

El coloquio de Lima 2011, Pluralismo jurídico en sociedades multiculturales, propone una reflexión para la comprensión y la promoción de pluralismo jurídico y normativo como vectores de la gobernanza democrática legítima. Precisamente se ha de pensar en su reconstrucción en términos de real encarnación del pluralismo social y arraigamiento sociológico. La regulación dada por el Estado ya no tiene vocación de integrar la diversidad en la unidad (Estado de derecho), pero sí de favorecer las dinámicas constructivas favorables a la unidad en la diversidad (Estado de derechos). Las interacciones (competencia, hibridación, exclusión, complementariedad, etc.) entre los diferentes

1. La mayoría de las actas de estos distintos encuentros están publicados en el sitio Web del IRG: <<http://www.institut-gouvernance.org>>.

2. El estudio sobre Ecuador está disponible en el link siguiente: <<http://www.institut-gouvernance.org/fr/dossiers/motcle-dossiers-64.html>> y el estudio venezolano, se puede encontrar en link: <<http://www.institut-gouvernance.org/fr/dossiers/motcle-dossiers-39.html>>.

sistemas normativos (internormatividad), y más específicamente entre los diversos sistemas de normas están en el centro del enfoque plural.

Con el objetivo de difundir sus reflexiones interculturales sobre el pluralismo jurídico y las constituciones y aportar al debate, el IRG propone **una compilación de artículos que ha publicado desde 2009 sobre pluralismo jurídico y constituciones en América andina**. Este “dossier” no exhaustivo es el resultado del aporte de distintos autores especialistas de esos temas tanto en África como en América latina. No se trata aún de una mirada cruzada sobre el tema pero de unos estudios de caso a partir de distintas regiones geográficas. Esperamos que de lugar en los dos próximos años a unos estudios comparados sobre el tema. A continuación una presentación del contenido del “dossier”.

2. El contenido de los artículos

La estructura de la presente selección de artículos sobre pluralismo jurídico, pretende abarcar los puntos claves de ese tema con el fin de ofrecer una visión global del pluralismo jurídico. En el primer capítulo “*Desafíos, teóricos y conceptuales del pluralismo jurídico aplicado a las realidades geográficas*” veremos cómo las teorías se adaptan al aplicarse en práctica. El segundo capítulo « *Pluralismo jurídico y Constituciones* » nos permitiría interesarnos al reconocimiento constitucional de los distintos tipos de justicia. A la vez observaremos la renovación constitucional que emergió en algunas regiones del planeta. En el último capítulo « *La toma en consideración y la aplicación del pluralismo de parte de las distintas jurisdicciones* » nos interesaremos a las distintas manera de institucionalizar el pluralismo jurídico. Veremos que hay distintas vías y formas de reconocer el pluralismo jurídico y normativo.

Hemos elegido introducir el pluralismo jurídico mezclando los artículos, que van a descubrir a continuación, para ofrecerle una visión transversal del tema. La presentación de esta selección de artículos cruza los puntos de vista, los distintos enfoques y experiencias mundiales del pluralismo jurídico. No se trata de establecer un análisis dogmático del pluralismo jurídico sino que establecer un panorama interesante sobre las teorías y los distintos intentos, africanos como latinoamericanos, de reconocimiento del pluralismo jurídico.

Pluralismo como fuente de legitimidad

El pluralismo jurídico está muy fuertemente vinculado con el concepto de legitimidad. En muchos países que vivieron procesos de asimilación fuerte, la justicia occidental y estatal siguió coexistiendo durante siglos con otras formas de aplicación del derecho. El desafío de la institucionalidad del pluralismo jurídico está en la adecuación entre legalidad representada por la institución oficial estatal y las verdaderas legitimidades sociales locales. Se trata entonces de adecuar la ley con las prácticas sociales para que la institución jurídica no sea desconectada de los procesos de legitimación llevados a cabo a nivel local y así de sentar la legitimidad de un Estado.

El reconocimiento de los distintos tipos de justicia presente en un país no se puede comparar con alguna forma de política de discriminación positiva o alguna forma de privilegios otorgados a grupos excluidos sino que corresponde a la institucionalización de prácticas sociales, culturales o jurídicas que provienen de otras maneras de pensar el orden y la sociedad. Así Ana María Larrea Maldonado

en “*La Plurinacionalidad: iguales y diversos en busca del Sumak Kawsay*” tomó el ejemplo de Ecuador para reafirmar desde la teoría la necesidad de tal reconocimiento. El pluralismo jurídico basado en un poder instituido, en el marco formal de su ejercicio –lo que llamamos la *legalidad*–, tiene en cuenta los valores compartidos en un determinado momento y en un territorio dado.

El reconocimiento de la diversidad nacional llama la atención sobre las dinámicas de interacciones permanentes entre legalidad y legitimidad. Los procedimientos legales y el sistema institucional vigente se conforman con el consentimiento de una población cuyos valores, prácticas y expectativas son al mismo tiempo diversos y evolutivos. Así se reafirma el lazo entre derecho -como instancia productora de normas- y sociedad. El derecho es uno de los mecanismos de coerción social, así como a la vez matriz de dichos mecanismos sociales. El derecho tal como las sociedades no son elementos fijos. Veremos a continuación cual son los desafíos de la institucionalización del pluralismo jurídico.

En ruptura con un enfoque monolítico, monista del derecho

Instaurar el pluralismo jurídico es reconocer que el equilibrio del sistema jurídico oficial ya no está conformado por una lógica monolítica exclusiva sino sobre varios intentos locales que tienen que interactuar dentro de un mismo sistema. Assane Mbaye y Ousmane Sy expresan en “*diversidad y gobierno legítimos en África: Elogio del pluralismo*” explica cómo la historia ha demostrado el fracaso en el transplante del concepto de Estado-Nación, ya que resulta imposible pretender ver homogeneidad donde hay pluralismo.

Establecer un sistema de derecho plural es romper con la acumulación del poder en unas pocas manos e intensificar los procesos de interacción entre los diferentes elementos de la sociedad y las diferentes estructuras. El pluralismo jurídico, esbozándose una nueva configuración del poder, nutrida a partir de fuentes de legitimidad hasta entonces marginalizadas o simplemente invisibles. Las poblaciones locales marginadas acceden al espacio público nacional y se convierten en actores sociales reconocidos. La pluralidad jurídica o normativa es la entrega del poder del pueblo a sus autoridades, a través del sometimiento al sistema jurídico. El desafío del pluralismo jurídico, como en todas políticas interculturales, es integrar, favorecer el intercambio y la participación ciudadana.

Una identidad política plural comienza entonces a afirmarse, lo que favorece espacios de concertación y de diálogo en general. Como lo muestra Elise Gadea en su artículo sobre los mecanismos de coordinación y de cooperación en la administración del pluralismo jurídico en Bolivia, las instituciones públicas deben tomar en cuenta no sólo la diversidad de las fuentes de legitimidad del poder sino también favorecer y encarnar las interacciones constructivas entre éstas, con el fin de permitir la elaboración de un sistema de regulación compartido y aceptado por todos.

El pluralismo redefine la relación Estado/sociedad

Al instaurar el pluralismo jurídico asistimos a una renovación del poder político, quien no desaparece sino que acepta compartir y diversificar las fuentes de legitimidad del poder. La concepción del Estado único, indivisible y monista, evoluciona hasta permitirle más visibilidad al poder local. De hecho, Téléphore Ondo en “*Constituciones y constitucionalismo en África del oeste, austral, del Este y del centro*” insiste sobre la importancia de cambiar de constitución al pasar de un modelo presidencial

hacia un modelo más democrático y participativo. Él se pregunta sobre los mecanismos de aplicación y de seguimiento de dichas constituciones.

El pluralismo jurídico tiene una dimensión histórica, ya que muchas veces reconoce prácticas muy antiguas. De este modo, al reconocer prácticas sociales, el estado se está acercando a las comunidades locales. El vínculo y el control que existe desde el Estado hacia los actores locales se hacen más visibles. Institucionalizar la justicia indígena es tratar de adecuar la ley con las prácticas sociales y culturales reales que existían, pero ocultas. Al visualizar los distintos tipos de justicia indígena, estos son mejor reglamentados por el Estado. Acercar la ley a la práctica social significa, de manera automática, tener el control sobre las acciones de los actores locales. Al ser invisibilizadas las prácticas, estas carecerían de un control.

El pluralismo jurídico y normativo es entonces un intercambio entre legitimidad y control legal. La articulación entre poder y legitimidad es muy compleja. El Estado, al dar más legitimidad, pretende controlar y supervisar las prácticas sociales que están siendo institucionalizadas. Respecto al debate sobre el respeto de los derechos Humanos, Esther Sánchez y Juan Carlos Ruiz, en *“El pluralismo jurídico en América Latina: del reconocimiento legal a la democracia intercultural”* nos muestran cómo el establecimiento de estándares comunes en un sistema plural no es tarea fácil. El Estado, al otorgar legitimidad, quiere asegurarse que los actores locales acepten el nuevo cuadro que les concede la institución legal. El pluralismo jurídico muchas veces cuestiona los cambios que impide. Integrarse en un nuevo sistema plural significa cambiar para crear un modelo nuevo, compuesto de elementos de ambos sistemas jurídicos a la vez.

Derechos nacionales y derecho internacional

Para las poblaciones marginadas (los pobres en general, y los indígenas en particular), el reto consiste en entrar en la escena política tanto nacional como internacional, y en hacer valer sus derechos de ciudadanos y su voluntad de ser tomados en cuenta en el proyecto político nacional.

De manera paradójica, la globalización favoreció una realidad multidimensional. Los fenómenos de resistencia a la homogeneidad permitieron concentrar la atención sobre las realidades locales. Las instituciones internacionales jugaron un papel clave en la reivindicación de las especificidades locales frente a los Estados. La globalización, por las reacciones de rechazo que produjo, y gracias al apoyo de las instituciones internacionales, permitió a los actores locales institucionalizarse e intercambiar sus experiencias. Así lo demuestra Christoph Eberhard en su artículo los desafíos de la gobernanza están estrechamente vinculados con los de la globalización.

Con el propósito de ser reconocidos, los actores sociales locales acuden al poder internacional para hacer valer su derecho en el ámbito nacional. Entonces el derecho internacional debe ser considerado como otra fuente de derecho. Saliendo de un análisis del derecho estatal como fuente exclusiva del derecho, nos interrogaremos sobre la aplicación del derecho local como también internacional, haciendo intervenir las diferentes escalas dimensionales para contemplar de manera más amplia la dimensión plural y diversa del derecho. Además, los actores locales acuden cada vez más a las instancias de regulación internacional para hacer valer su especificidad cultural o social. La jurisprudencia dictada en las distintas cortes de justicia internacionales se ha vuelto una fuente de derecho importante en

la reivindicación de la interculturalidad. Nos interesaremos en el artículo “*El enfoque intercultural en la elaboración de una jurisprudencia: herramienta privilegiada para una aproximación plural de los derechos humanos, caso del sistema interamericano de protección de los derechos humanos*”, de Melisa López, en la jurisprudencia de la Corte Interamericana de los Derechos Humanos (CIDH) de la Organización de los Estados Americanos (OEA) para analizar cuál es su impacto a la redefinición de un derecho más respetuoso de la diversidad étnica y cultural de este continente. Vemos aquí cómo el empoderamiento de los sectores marginados crea un nuevo diseño del poder entre las escalas local e internacional, matizando el poder nacional que encuentra ahí un rol nuevo que le otorga una mayor legitimidad.

Pueblos y justicia indígena

Los pueblos indígenas en América Latina o las *jefaturas* en África hacen evolucionar el derecho de una situación monopolística hacia la instauración de un verdadero pluralismo normativo donde las distintas formas de poder local están reconocidas y son legales. El equipo del IRG en la síntesis de los debates de las distintas intervenciones del seminario organizado por el IRG, en 2009, en Polokwane, tratan de contestar a la pregunta central de cómo las constituciones articulan la diversidad de las autoridades, la pluralidad de las normas y los valores vehiculados por las distintas fuentes de legitimidad del poder. Las distintas experiencias africanas y latinoamericanas de lucha por el acceso al poder y el control del derecho hacen emerger las relaciones de fuerza existente en cada país. No existe neutralidad en el derecho ya que está siempre culturalmente marcado, y su control es fuente de peleas entre los distintos protagonistas políticos.

La emergencia de los pueblos indígenas en América Latina, así como la instauración de políticas públicas novedosas respecto a la interculturalidad, han favorecido la institucionalización de la justicia indígena. Nos dedicaremos al estudio de la legitimidad del poder en los países andinos de América Latina, constituidos por Colombia, Ecuador, Perú y Bolivia. La zona andina siempre fue un lugar de efervescencia cultural y social. Además, en estos países permanecen culturas prehispánicas todavía vivas, y cuentan con un pasado político turbio. Cada uno tiene una historia singular e interesante respecto a la gestión de la diversidad cultural y social y al desarrollo de iniciativas innovadoras sobre la institucionalización de derechos colectivos y culturales específicos.

Renovación constitucional en América Latina

En América latina, la inestabilidad política con la repetición de fallos en el ámbito político ha dejado históricamente una cierta desconfianza hacia el poder político. Además, los políticos provienen muchas veces de la élite dominante, por la cual hay una muy baja identificación por parte de la población. Las rondas campesinas en Perú, las formas de administración del poder y de la justicia indígena campesina en Bolivia, Ecuador o Colombia... este continente está lleno de ejemplos que demuestran que el vacío de legalidad deja más lugar y más imaginación para la construcción de formas de poder local que se desarrollaron de manera paralela al poder oficial y legal.

La emergencia de esos poderes locales está favorecida por la situación de aislamiento social. Este continente es uno de los más desiguales del mundo. En América Latina la fractura social está doblada por una fractura cultural. El aislamiento geográfico, social o cultural ha dado lugar a más creatividad en el término de formas diferentes de administración del poder y de arraigar legitimidad.

Las diversas revoluciones indígenas, ecologistas y socialistas que conoció últimamente América Latina cambiaron contundentemente la manera misma de hacer política y de asentar el poder. Hoy en día es la pluralidad social y cultural lo que se reivindica en la esfera política.

Esos cambios dieron lugar a cambios constitucionales en varios países latino-americanos, tal como Venezuela, Ecuador, Bolivia y anteriormente en Colombia.

Así en 1991 Colombia ratificó en la Constitución el carácter multiétnico de la nación. Más recientemente, Ecuador y Bolivia revisaron la concepción misma del Estado. El “vivir bien” ecuatoriano, concepto explicado por Saya Saulière, en *“Resultados e Innovaciones de la nueva Constitución Ecuatoriana”*, o la nueva denominación del Estado Plurinacional de Bolivia aparecieron en la Constitución de 2008 en Ecuador o la Constitución de 2009 en Bolivia.

Nos preguntaremos en qué medida esos nuevos escenarios políticos latinoamericanos volvieron a definir una nueva relación entre legitimidad, legalidad y acceso al poder en cada país. Analizaremos los verdaderos alcances de esas nuevas Constituciones en la práctica y veremos cuáles son los mecanismos que aseguran la aplicabilidad de esos cambios. Observaremos si el arraigo y la legitimidad social que sostienen esas revoluciones se mantienen con el tiempo. Al final, veremos en qué sentido las políticas de valorización del pluralismo en la administración de la justicia permiten entender los desafíos que representa la implementación de políticas de valorización de la diversidad en cada país, ya sean Colombia y Perú (artículo de Esther Sánchez y Juan Carlos Ruiz), Ecuador (artículos de Saya Sauliere, Santiago Ortiz y Ana María Larrea Maldonado), o Bolivia (artículo de Elise Gadea).

Elise GADEA

I. DESAFÍOS TEÓRICOS Y CONCEPTUALES DEL PLURALISMO JURÍDICO APLICADO A LAS REALIDADES GEOGRÁFICAS

I.1. El enfoque pluralista del derecho: un desafío central para la gobernanza

Por Christoph EBERHARD³

Los desafíos de la gobernanza están profundamente relacionados con los de la globalización y, según Christoph Eberhard, nos instan a una reinención pluralista de nuestros marcos jurídicos heredados de la historia europea y a un enfoque pluralista de la juridicidad que hace intervenir a otros actores además del Estado.

¿Estaremos encaminándonos hacia un “pluriverso”⁴, un mundo que no se caracterizaría por una globalización imperialista y uniformizante, ni por una explosión en un archipiélago planetario ni por un choque de civilizaciones? Reconocer que vivimos en un mundo pluralista, entre unidad y diversidad, es una visión que está abriéndose camino dentro del pensamiento y el accionar políticos y jurídicos. Si bien se trata de una visión prometedora, no deja por ello de presentar serios desafíos, entre los cuales uno de los principales radica en acercarse a un enfoque pluralista del derecho⁵.

Globalización y reinención de nuestros marcos jurídicos clásicos

Reconociendo la importancia de lo que nos une -con el peligro homogeneizante que puede implicar la visión de la “aldea global” y de los enfoques únicamente económicos, financieros y neoliberales que ello implica-, los análisis en términos de globalización son finalmente más abiertos al reconocimiento de las alteridades y a la incertidumbre que los enfoques clásicos situados entre universalismo y relativismo. Si estos últimos privilegiaban el idealismo y una lógica de oposición de los contrarios, los análisis en términos de globalización -al menos los que la abordan en sus dimensiones antropológica, cultural, jurídica, histórica y política⁶ – tratan más bien de entender los cambios profundos de nuestros modos de vida actuales en razón de la irrupción de lo “global”, entendido como la “estructuración del mundo como un todo”. Dichos estudios reflejan un cuestionamiento sobre las relaciones entre lo global y lo local e invitan a analizar en términos de “glocalización”. La glocalización se caracteriza por una lógica de complementariedad de las diferencias y una atención focalizada en las prácticas de los actores y las maneras en que se articulan o juxtaponen. Dan prueba de ello los análisis contemporáneos que se preguntan cómo se traducen las dinámicas de lo local hacia lo global y viceversa. En el terreno de los derechos humanos también aparecen cada vez más interrogantes sobre la manera de traducir

3. Christoph Eberhard es investigador en teoría y antropología del derecho en las Facultades universitarias Saint-Louis de Bruselas y la Academia Europea de Teoría del Derecho. Titular de la cátedra “Derecho, gobernanza y desarrollo sustentable” de la FPH e investigador en el proyecto “Coraje” de la Fundación Bernheim, trabaja desde hace muchos años sobre el tema del derecho desde una perspectiva intercultural y sobre alternativas responsables para la globalización.

4. Ver Christoph Eberhard, “De l’univers au plurivers. Fatalité, utopie, alternative?”, in Anne-Marie Dillens (dir.), *La Mondialisation : utopie, fatalité, alternatives ?*, Bruselas, Publicaciones de las Facultades universitarias Saint-Louis, 2008.

5. Entendido en sentido antropológico. No solamente como “derecho estatal” sino como “juridicidad”, como aquello que da forma y pone formas a las sociedades para su reproducción y la resolución de sus conflictos.

6. Ver, por ejemplo, Anne-Marie Dillens (dir.), *La Mondialisation : utopie, fatalité, alternatives?*, op. cit.; GeMDeV, *Mondialisation. Les mots et les choses*, Karthala, 1999; Daniel Mercure (dir.), *Une société monde. Les dynamiques sociales de la mondialisation*, Bruxelles, De Boeck & Larcier, 2001; Roland Robertson, *Globalization. Social Theory and Global Culture*, Sage Publications, 1994.

concretamente las declaraciones en función de las realidades y de transformar las reivindicaciones que surgen “de la base” en instrumentos jurídicos globales⁷.

Los desafíos de la gobernanza están profundamente relacionados con los de la globalización. Conducen a una reinención pluralista de nuestros marcos jurídicos heredados de la modernidad europea, donde el Estado-Nación era la principal referencia político-jurídica. Construido como un modelo racional y supuestamente universal, este último fue transferido de facto a todo el planeta como consecuencia de las colonizaciones y luego de las descolonizaciones y con la globalización económica. Se trata de un modelo que postula que el Estado es soberano y dirigido por un gobierno a través de leyes generales e impersonales. Se funda en el monopolio estatal de la violencia legítima, de la producción del derecho y, finalmente, de todo lo político y lo jurídico. Se inscribe dentro de una lógica unitaria que no puede concebir compartir el poder y la autoridad con otras instancias.

Hasta hace poco tiempo, estos enfoques unitarios del derecho se mantuvieron prácticamente en situación de monopolio dentro del accionar político-jurídico y del pensamiento sobre el Estado, las políticas públicas y las políticas de desarrollo. Esa actitud terminó generando verdaderas negaciones de la realidad, extremadamente evidentes en contextos no occidentales, ya sea por haber negado sencillamente las estructuras políticas, jurídicas y económicas existentes, o bien por haberlas abordado como reliquias del pasado que impedían el progreso y debían ser eliminadas lo antes posible para poner en práctica el modelo importado, supuestamente universal y perfecto.

Por consiguiente, se negaba también su vigencia, su dinamismo y su hibridación con las modernas e importadas lógicas de derecho y de mercado. Mientras que el horizonte del Estado-Nación está siendo actualmente cada vez más reinventado por la consideración de lo local infraestatal, de lo transnacional y por el surgimiento de lógicas de redes que aparecen en paralelo a las lógicas piramidales más “clásicas”, asistimos a reinenciones cada vez más pluralistas de la gobernanza. Hay múltiples ejemplos de ello en los enfoques ambientales, donde se entendió rápidamente que el derecho del medioambiente no puede ser eficaz si no se involucra a todos los actores de las escalas, desde las más globales hasta las más locales⁸.

La noción de gobernanza, aun cuando sigue reconociendo el papel del Estado, e incluso dándole una nueva legitimidad en tanto árbitro y coordinador de las distintas partes con vistas al interés general, lo considera sin embargo como un actor entre otros. El Estado ya no es esa pirámide normativa que se proyecta sobre un espacio dado, al lado de otras pirámides normativas relacionadas entre sí por el derecho internacional. Se convierte en uno de los elementos de redes de actores más amplias: algunas engloban al Estado (uniones regionales), otras no (regiones infraestatales), algunas son más poderosas que él, otras lo son menos⁹. De hecho, el Estado termina reconociendo que no tiene el monopolio de

7. Ver, por ejemplo, Sally Engle Merry, *Human Rights and Gender Violence. Translating International Law into Local Contexts*, The University of Chicago Press, 2006.

8. Ver, por ejemplo, Olivier y Catherine Barrière, *Un droit à inventer. Foncier et environnement dans le delta intérieur du Niger (Mali)*, IRD Éditions, 2002.

9. Puede leerse sobre este tema a François Ost y Michel Van de Kerchove, *De la pyramide au réseau ? Pour une théorie dialectique du droit*, Bruselas, Publicaciones de las Facultades universitarias Saint- Louis, 2002 ; Christoph Eberhard (dir.), *Le Droit en perspective interculturelle. Images réfléchies de la pyramide et du réseau*, número temático de la *Revue interdisciplinaire d'études juridiques*, n°49, 2002.

la organización de la convivencia y que debe compartir esa tarea con otros actores, los stakeholders o “partes involucradas” en la jerga de la gobernanza.

La extensión del “desarrollo”

Paralelamente se ha popularizado la noción de “desarrollo sustentable”, muy ligada al también al concepto de gobernanza. Es una muestra más del cuestionamiento y de la pluralización de conceptos fundadores de nuestro pensamiento político, económico y jurídico. Hasta después de la Segunda Guerra Mundial, el desarrollo se pensaba sobre todo en términos de crecimiento económico. Muy progresivamente fueron integrándose luego las dimensiones social y ambiental. Actualmente, surgen interrogantes en cuanto a la pertinencia de integrar la cultura como cuarto pilar del desarrollo sustentable, sin olvidar la noción de un “desarrollo humano sustentable” que pone a la persona y su realización humana en primer plano y como objetivo de la lucha contra la pobreza. Haciendo hincapié en el medioambiente y lo social -hasta lo cultural y lo humano-, la idea de desarrollo, sin ser cuestionada en sus fundamentos -hecho que deploran muchos autores críticos- se enriquece en el contacto con otras realidades. Por otra parte, los proyectos de desarrollo sustentable insisten a menudo en su carácter de “co-desarrollo” con las poblaciones involucradas. En cuanto a la cooperación internacional, en reacción a su pasado “neocolonial”, también está intentando cada vez más seguido adoptar formas de verdadera cooperación (partenariado).

El lento reconocimiento del pluralismo

Tanto si se trata de la globalización como de la glocalización, la gobernanza o el desarrollo sustentable, vemos surgir entonces una orientación hacia enfoques que se articulan en torno al desafío central de la participación de todos los actores involucrados. La participación es un concepto que también plantea sus dificultades -tal como se la promueve en el marco de una “buena gobernanza” por parte del FMI y el Banco Mundial suele limitarse a “hacer participar” lo local en proyectos decididos en otra parte por los centro del poder- pero es innegable que ese desplazamiento de eje abre una vía hacia mundos hasta ahora desconocidos¹⁰. Así pues, las realidades del pluralismo jurídico, que son un tema central en las investigaciones de antropología del derecho desde que se creó la disciplina (a fines del siglo XIX, comienzos del XX), empiezan ahora a hacerse audibles. Hasta hace poco tiempo no lo eran, pues el objeto de sus estudios no tenía una existencia legitimada, a menos que fuera “derecho”, es decir derecho estatal... El modelo del gobierno clásico muestra cada vez más sus límites y, a través de la noción de gobernanza, la exploración de nuevos posibles abiertos hacia otras experiencias vividas de lo jurídico, lo político y lo económico empieza a ser factible.

Esta evolución de los marcos de análisis y de acción saca a la luz realidades que hasta el momento habían sido subestimadas, tales como las de un “pluralismo jurídico”, un “pluralismo normativo”, y hasta un “enfoque pluralista de la juricidad”. Aunque el reconocimiento de que el derecho estatal no es más que uno de los aspectos de la juridicidad constituye el centro mismo de los enfoques antropológicos desde hace varias décadas, es una idea que recién ahora empieza muy de a poco a

¹⁰. Ver, para una discusión sintética de los desafíos de la “participación”, Christoph Eberhard,

« Préliminaires pour des approches participatives du droit, de la gouvernance et du développement durable », Revue interdisciplinaire d'études juridiques, n° 62, 2009.

influnciar la teoría y la práctica del derecho en sentido amplio. Y es importante señalar que esta reorientación no sólo se está haciendo para “los demás”, sino también para entender y abordar las formas de regulación emergentes “en nuestros países”, tal como lo demuestra por ejemplo la creciente preocupación por una responsabilidad social de las empresas.

El aporte de los filósofos y antropólogos del derecho

Para Benoît Frydman¹¹, filósofo del derecho que reflexiona sobre los fenómenos contemporáneos de co-regulación, “en el ámbito global, el derecho ya no designa solamente, como en el modelo de la soberanía, un marco de referencia que determina lo que está permitido o prohibido (bajo pena de sanción) y dentro del cual se supone que tienen lugar las interacciones sociales. El derecho se convierte en sí mismo en objeto de luchas y en medio de acción para los jugadores, que ya no se contentan con jugadas conformes o no conformes a las reglas, sino que intentan también crear o modificar las reglas en su favor o para hacer avanzar los objetivos que desean realizar”. Estos análisis se hacen eco directamente con los de Michel Alliot¹², uno de los fundadores de la antropología francesa del derecho que planteaba, hace 25 años, que “el derecho es a la vez lucha y consenso sobre los resultados de la lucha en los ámbitos que una sociedad considera como vitales” y subrayaba que, desde el punto de vista de la antropología, “ni el vínculo con un Estado ni la formulación de reglas ni la racionalidad son pues características del derecho, sino más bien la lucha y el consenso sobre sus efectos. Su resultado en los ámbitos que una sociedad considera vitales: he ahí al derecho”. Proseguía observando que “habiendo así delimitado nuestro objeto, podemos construir nuestros modelos a sabiendas de que el consenso obtenido por el resultado de las luchas que tienen lugar en una sociedad depende tanto de la visión del mundo que la sociedad tenga como de las necesidades lógicas que se encuentran la una con la otra».

Sobre estas premisas, Michel Alliot¹³ propuso una teoría de los “arquetipos jurídicos”. Tomando ejemplos del Antiguo Egipto y de África tradicional, del universo de Confucio y del occidental y del Islam, distingue tres arquetipos jurídicos: el de la diferenciación, el de la identificación y el de la sumisión respectivamente. En el primero, inspirado en África tradicional, el mundo es percibido como resultante de una armonía dinámica de una cantidad de fuerzas diferenciadas (más de dos) pero complementarias. Los principios de la diferenciación y la complementariedad se hallan en el fundamento del vínculo social. Por otra parte, se valoriza la internalidad. Si la sociedad está estructurada por el juego de grupos diferenciados e interdependientes, los conflictos se resuelven preferentemente dentro del grupo que los vio nacer. En el segundo arquetipo, esencialmente confuciano, nos encontramos ante una visión más dualista: el universo evoluciona (lo que implica apariciones, mantenimientos y desapariciones) siguiendo su propia vía (*dao*) y balanceándose entre los dos principios opuestos pero complementarios que son el *yin* y el *yang*. El ideal es que la sociedad humana actúe conforme a ese orden cósmico mediante la autodisciplina de cada miembro, que se cristaliza en el respeto de los ritos

11. “Stratégies de responsabilisation des entreprises à l'heure de la globalisation”, in Thomas Berns, Pierre-François Docquir, Benoît Frydman, Ludovic Hennebel et Gregory Lewkowicz, Responsabilités des entreprises et corégulation, Bruxelles, Bruylant, 2007.

12. Michel Alliot, “Anthropologie et juridique. Sur les conditions de l'élaboration d'une science du droit”, Bulletin de liaison du Laboratoire d'anthropologie juridique de Paris, n° 6, 1983.

13. Ibid.

(*h*). Sin embargo, aunque el *li* es central, se reconoce que hacen falta otros métodos para quienes no lo respetan o no lo conocen. El *li* es entonces completado por el *fa*, que se corresponde más con nuestro derecho, y sobre todo con su versión penal. Por último, en el universo cristiano y sus descendientes laicizados, lo que prima es el *umo*. Y al igual que el mundo, que es creado y regulado desde afuera por leyes universales, el derecho se piensa más que nada, en nuestras sociedades occidentales, como sumisión a normas generales e impersonales preexistentes a todo conflicto. Compartimos con el Islam la representación de que el derecho de algún modo viene de arriba y que debemos someternos a él. Con el correr de los años, otros arquetipos han ido agregándose a esta teoría, tales como el de la articulación que caracteriza a la India y el de la racionalización que caracteriza más particularmente la evolución moderna de las sociedades occidentales¹⁴. Pero los tres primeros arquetipos son los que permitieron emanciparnos de una visión unitaria del derecho.

Para Étienne Le Roy, los trabajos de Michel Alliot brindaron una base para tratar de superar el desafío fundamental de no caer en la trampa de pensar el pluralismo jurídico de manera unitaria. Al igual que Jacques Vanderlinden, uno de los autores influyentes en materia de pluralismo jurídico dentro del pensamiento francoparlante¹⁵, Étienne Le Roy atacó la presuposición según la cual habría, en todas partes, sistemas de derecho semejantes al sistema occidental. Este proceder comparativo antropológico demostró así que la juridicidad era fundamentalmente plural. Lejos de reducirse únicamente a un derecho impuesto por el Estado (correspondiente al arquetipo de sumisión), el derecho se basa mínimamente en tres fundamentos que podemos relacionar con los tres arquetipos puestos en evidencia por Michel Alliot: las normas generales e impersonales (NGI) ligadas a un ordenamiento impuesto de la realidad social, los modelos de conducta y comportamiento (MCC) ligados a un orden negociado y, por último, los *habitus* o sistemas de disposiciones duraderas (SDD) ligados a un orden aceptado. De un modo u otro, todas las sociedades parecen conocer estos tres pilares del derecho, y articularlos de distintas formas. El derecho sería entonces “trípode”.

Este enfoque -que sólo puede entenderse dentro del marco de una visión dinámica del derecho, tal como lo evidencian las citas precedentes de Michel Alliot y Benoît Frydman— surgió de la confrontación en muchos terrenos, más particularmente bajo el ángulo de las transferencias de modelos jurídicos en las ex-colonias francesas y de las cuestiones de propiedad de las tierras y ambientales dentro del marco de políticas públicas de desarrollo. Su pertinencia viene siendo cada vez más comprobada para entender y abordar las recomposiciones contemporáneas de nuestros paisajes jurídicos y políticos. Estamos apenas en los primeros pasos de una reinención de las gobernanzas contemporáneas, pero el hecho de entender el pluralismo jurídico se vuelve un reto fundamental si queremos poder llevar a la práctica procedimientos verdaderamente participativos para nuestra convivencia¹⁶

14. Etienne le Roy, *Le Jeu des lois. Une anthropologie "dynamique" du droit*, LGDJ, 1999.

15. Ver, por ejemplo, Étienne Le Roy, *Les Africains et l'institution de la justice*, Dalloz, 2004 ; Étienne Le Roy, Alain Karsenty y Alain Bertrand (dir.), *La Sécurisation foncière en Afrique. Pour une gestion viable des ressources renouvelables*, Karthala, 1996.

16. Para profundizar sobre los trabajos de Christoph Eberhard, ver el sitio internet <<http://www.dhdi.org>>, y los siguientes libros: Christoph Eberhard (dir.), *Droit, gouvernance et développement durable*, Karthala, coll. "Cahiers d'anthropologie du droit", 2005 ; Christoph Eberhard, *Le Droit au miroir des cultures. Pour une autre mondialisation*, LGDJ, 2006 ; Christoph Eberhard (dir.), *Enjeux fonciers et environnementaux. Dialogues afro-indiens*, Pondichéry, Éditions de l'Institut français de Pondichéry, 2008; Christoph eberhard (dir.), «nos responsabilités planétaires. Recomposer nos paysages juridiques», Bruxelles, Bruylant, 2008.

I.2. El pluralismo jurídico en América Latina: del reconocimiento legal a la democracia intercultural

Por Juan Carlos RUIZ MOLLEDA¹⁷ y Esther SÁNCHEZ BOTERO¹⁸

El presente texto reúne dos contribuciones sudamericanas complementarias pero con enfoques y estilos diferentes. Un jurista peruano aborda primero los ordenamientos institucionales que se tornan necesarios para la pluralidad de las normas y la integración de las comunidades autóctonas en la esfera del derecho del Estado. Una antropóloga colombiana abandona luego el terreno de lo institucional para confrontar el análisis con los desafíos de la diversidad de las representaciones del mundo. Basándose en los ejemplos de las rondas campesinas en Perú y del asesinato de un líder indígena en Colombia, ambos autores reconstruyen las grandes líneas de una integración incompleta y abren algunas pistas de reflexión para pasar de un pluralismo jurídico a un enfoque plural del derecho.

La justicia de las comunidades nativas en Perú: incorporación de la justicia consuetudinaria en el derecho estatal¹⁹

Conforme al artículo 149 de la Constitución peruana, la “justicia de las comunidades” es la facultad reconocida a las autoridades de las comunidades campesinas y autóctonas de ejercer la justicia en aplicación del derecho consuetudinario y en el respeto de los derechos fundamentales de la persona. Este reconocimiento dentro de la norma legal suprema es el fruto de un largo proceso de lucha y consolidación, que dista aún de estar terminado, cuyos orígenes pueden remontarse a los años 1980 y que pone de manifiesto los desafíos planteados en la consideración del pluralismo jurídico por parte del Estado peruano.

- De la confrontación al reconocimiento: justicia autóctona y justicia de Estado

Hasta 1986, la justicia de las comunidades nativas y campesinas carecía de reconocimiento legal. Así pues, las rondas campesinas, esos grupos comunitarios autoconvocados de control, que pueden asumir funciones de gestión de conflictos y de organización social, eran desconocidos por los actores del sistema judicial estatal (jueces, fiscales, policías y abogados).

Con la promulgación de la ley del 7 de noviembre de 1986, completada dos años más tarde por un “reglamento de la organización y de las funciones de las rondas campesinas, pacíficas, democráticas y autónomas”, vio la luz entonces el reconocimiento legal de las rondas campesinas. Pero muy rápidamente dicho reconocimiento se vio acompañado por intentos de control de las rondas campesinas y de la justicia de las comunidades. Así, por ejemplo, un decreto supremo del 16 de enero de 1993 estipulaba que las rondas campesinas, en su origen informales y surgidas de las comunidades campesinas nativas, debían calcar su organización de la de los comités de autodefensa, estructuras

17. Juan Carlos Ruiz Molleda es peruano, abogado y profesor en la Pontificia Universidad Católica del Perú (PUCP). Trabaja asimismo en el Instituto de Defensa Legal de Lima.

18. Esther Sánchez Botero es colombiana, antropóloga en la Universidad de los Andes de Bogotá y doctora en derecho de la Universidad de Amsterdam, Países Bajos. Dedicó su vida profesional a la realización del programa “Construcción del entendimiento intercultural”.

19. Contribución de Juan Carlos Ruiz Molleda

jerárquicas y armadas, subordinadas a los militares, que se implementaron para hacer frente al terrorismo de Sendero Luminoso y, en menor medida, al narcotráfico. El mismo año, la justicia de las comunidades campesinas y nativas fue integrada al dispositivo constitucional del país (artículo 149). Ese acontecimiento significó pues el reconocimiento del pluralismo de hecho en la cima del dispositivo legal estatal: la cumbre de la jerarquía de las normas peruanas reconocía de allí en más a la justicia de las comunidades como una de sus instituciones fundamentales, así como también la facultad de los líderes indígenas -es decir de los líderes de las comunidades campesinas, de las comunidades autóctonas y de las rondas campesinas- para impartir justicia dentro del marco del respeto de los derechos humanos. Esta segunda etapa del proceso de reconocimiento legal de la justicia de las comunidades campesinas y nativas se traduce sobre todo por la incorporación del marco de ejercicio de la justicia comunitaria dentro del dispositivo estatal.

-Del reconocimiento estatal a la puesta en práctica

La incorporación de la justicia comunitaria dentro del dispositivo constitucional no basta sin embargo para hacer efectiva dicha justicia. Así pues, muchos actores jurídicos estatales se niegan todavía a respetarla, más aún cuando es impartida por las autoridades indígenas. En este sentido, uno de los principales obstáculos para la aplicación real del artículo 149 de la Constitución es la falta de reglas claras que definan los modos de articulación y de coordinación entre la justicia estatal, ejercida por el poder judicial²⁰, y la justicia de las comunidades, ejercida por las autoridades de las comunidades campesinas y autóctonas. La cuestión de la aplicación concreta de esta justicia comunitaria se plantea de manera crucial, poniendo de relieve el papel clave de los actores y de sus prácticas, y más particularmente de los jueces y de la jurisprudencia, para establecer relaciones constructivas entre derecho moderno y práctica, entre legalidad y legitimidad. Por otra parte, en 2002²¹, la justicia de las comunidades es reconocida como un ámbito esencial de la política judicial del Estado, dentro del marco de un acuerdo que reúne al conjunto de la clase política peruana. Constituyendo un importante paso hacia la legitimación de la justicia de las comunidades, ese acuerdo dio la señal de partida de un trabajo legislativo en torno a la justicia comunitaria, cuyo acontecimiento mayor sigue siendo la ley de las rondas campesinas del 6 de enero de 2003, norma con la cual empezó a desarrollarse y darse más precisión al contenido del artículo 149 de la Constitución en todo lo relativo a las rondas campesinas. Y aunque esa norma haya despertado críticas, es importante sobre todo porque ya no plantea el debate en términos de simple reconocimiento de la justicia comunitaria, sino en términos de articulaciones concretas y de coordinación entre esta última y la justicia ordinaria, aun cuando todavía sea insuficiente.

Dicha ley se vio acompañada por el reconocimiento de la justicia comunitaria por parte de la Comisión Especial para la Reforma Integral de la Administración de la Justicia (CERIAJUS), creada en octubre de 2003 bajo la presidencia de Alejandro Toledo. Ese hecho constituye un alentador indicador del nivel

20. En Perú, la función de impartir justicia pertenece al poder judicial. No obstante ello, la Constitución política peruana ya reconoció otros órganos jurisdiccionales por fuera del poder judicial. Los que no están previstos por la norma suprema siguen estando prohibidos en nuestra jerarquía de normas. El caso de la justicia de las comunidades indígenas está clara y expresamente previsto en el artículo 149. Sobre la existencia de los tribunales consuetudinarios, puede consultarse Juan Montero Aroca, *Derecho Jurisdiccional*, t. I, Tirant lo Blanch, Valencia 2000.

21. Ver la 28a política de Estado del documento final del Acuerdo Nacional, que fue una iniciativa del gobierno de Alejandro Toledo para definir las políticas de Estado a largo plazo. Ver: <<http://www.adecaemperu.org/AcuerdoNacional.html>>.

de aceptación social de la justicia de las comunidades indígenas. Dentro del marco de los esfuerzos cuyo objetivo es permitir el acceso de la población rural a la justicia, dieciséis representantes de las instituciones del sistema judicial estatal y de organizaciones representativas de la sociedad civil han admitido en efecto la importancia de las rondas campesinas y de la justicia comunitaria para la regulación social del país.

Sin embargo, más allá de esos actos fuertes, la plena aceptación de la justicia autóctona avanza a muy pequeños pasos. A pesar de la ley de las rondas campesinas, y en el ensordecedor silencio del Congreso, hay una estrepitosa falta de reglas claras en cuanto a la coordinación entre la justicia comunitaria y la justicia estatal. En consecuencia, los jueces, a través de sus fallos, terminan desarrollando reglas jurídicas, no necesariamente obligatorias, que facilitan y permiten mejorar la coordinación entre los dos sistemas de justicia. Por ejemplo, hubo un fallo que considera que las rondas campesinas no cometen delito de secuestro cuando proceden a arrestos dentro del marco del ejercicio de la justicia comunitaria. Por su lado, el Tribunal Constitucional emitió fallos en los que reafirma la constitucionalidad de la justicia de las comunidades. Otros fallos del Tribunal, sin referirse directamente a la justicia comunitaria, son útiles también puesto que tratan el conflicto entre las costumbres (reconocidas a través del derecho a la costumbre) y los derechos constitucionales tales como la integridad física o el proceso en buena y debida forma.

Tras veintinueve años de un recorrido difícil, el proceso de reconocimiento de la justicia comunitaria logró la incorporación de ese sistema de regulación y de las autoridades que le corresponden dentro del dispositivo institucional y legal de Perú. Por cierto, esto refleja un reconocimiento del pluralismo jurídico de hecho por parte del Estado, cuyo derecho sigue siendo referente y en función del cual se aprecia el sistema de la justicia comunitaria. Del desconocimiento al reconocimiento jurídico, este proceso aún no permite, sin embargo, una coordinación coherente de los dos sistemas de regulación y plantea grandes desafíos institucionales.

Los desafíos institucionales de la gestión del pluralismo jurídico

El tema central es más bien la forma en que pueden coordinarse las dos jurisdicciones, de Estado y comunitaria, y el abismo cultural que, en distintos niveles, separa a las poblaciones campesinas y autóctonas de las clases dominantes y urbanas: los actores de un pluralismo jurídico de hecho y los detentores de un monismo jurídico. Para afrontar esos desafíos conviene, a nuestro parecer, fortalecer el dispositivo legal con vistas a favorecer las interacciones positivas entre los dos sistemas y, por lo tanto, la aplicación real del dispositivo legal actual. Así, por ejemplo, es necesario identificar e institucionalizar medios de coordinación entre justicia ordinaria y justicia comunitaria (para identificar mejor los campos de aplicación respectivos de cada uno de los dos sistemas), así como también coordinar la acción de los fiscales provinciales en cada jurisdicción, puesto que son ellos quienes tienen la competencia en materia penal. La coordinación entre ambos sistemas resulta en gran medida de la práctica. Es por ello que puede ser importante hacer votar una ley que desarrolle el artículo 149 de la

Constitución, estableciendo la diversidad de las formas de administración de la justicia. En particular, dicha ley no debe ir al detalle sino dejar al juez una libertad de creación e interpretación necesaria para considerar una realidad compleja. Por su proximidad y su conocimiento de las realidades, éste es quien está en mejores condiciones para desarrollar e ir dando precisión al contenido de la justicia de las comunidades. La ley en cuestión debe prever principios y procedimientos claros para regular las relaciones entre la justicia comunitaria y la ordinaria. Debe indicar que la justicia comunitaria, aun cuando haya sido integrada a la Constitución de 1993 de manera poco técnica, pone en juego diferentes derechos fundamentales, como el derecho a la identidad cultural y el derecho a la tutela judicial efectiva²². Debe garantizar también que la justicia de las comunidades respete los derechos fundamentales, pero también que la aplicación de estos últimos no signifique vaciar de contenido a la justicia comunitaria. Debe indicar, por último, que a través de la justicia comunitaria el Estado respeta su obligación de proteger la identidad cultural, reconocida en la Constitución.

Por otra parte, es necesario desarrollar la jurisprudencia y aplicar concretamente normas constitucionales, supranacionales (Convenio 169 de la OIT y convenios internacionales de derechos humanos), legales, reglamentarias y/o administrativas en vínculo con la justicia de las comunidades. Este papel recae sobre los magistrados del sistema judicial. Para ello, sería útil desarrollar un conjunto de conceptos, tanto de doctrina como de jurisprudencia, que permitan al juez aplicar la justicia comunitaria en la realidad concreta a la cual se halla confrontado; utilizar la técnica constitucional de la ponderación²³ para resolver los conflictos entre el derecho a la identidad cultural (costumbres) y los demás derechos fundamentales (integridad física y tutela judicial efectiva); difundir la jurisprudencia nacional (tribunal constitucional y poder judicial) y extranjera desarrollada en países que reconozcan también la justicia comunitaria o la justicia indígena.

Por último, en el proceso nacional de reforma de la justicia que está en curso en Perú conviene contextualizar el desarrollo y el fortalecimiento de la justicia de las comunidades, insertarlos dentro del marco de los esfuerzos por mejorar el acceso a la justicia de la población rural y del respeto de la realidad intercultural de nuestro país.

El reconocimiento de la justicia de las comunidades campesinas y nativas del Perú no está terminado. Es un proceso abierto que no ha sido fácil de implementar. En ese camino hubo que vencer muchas resistencias y temores, y en ocasiones enfrentarse a retrocesos. Podemos incluso preguntarnos si la institución jurídica moderna no resiste de este modo a la confrontación con fuentes normativas que le son extranjeras y contra las cuales inicialmente pudo imponerse. Sin embargo, a diferencia de lo que sucedía hace algunos años, ya nadie puede negar que la justicia de las comunidades goza de un reconocimiento constitucional. El desafío actual radica en lograr que se traduzca en los hechos, lo que implica definir mejor los medios de coordinación entre la justicia comunitaria y la justicia de Estado y llegar a institucionalizar dichos medios. Todo eso no podrá realizarse sin que haya un diálogo intercultural entre las dos formas de administración de la justicia. Ahora bien, ese diálogo no puede limitarse a algunos discursos sobre la función de los distintos actores de la esfera jurídica

22. El derecho a la tutela judicial efectiva, también denominado "derecho a un debido proceso" o "juicio justo", garantiza una administración correcta de la justicia.

23. En Perú, la "ponderación constitucional" es una técnica que se utiliza cuando dos derechos o principios entran en contradicción o en conflicto. A través de ella se armoniza o se da prioridad a un derecho o a un principio constitucional.

instituida. Exige también, como complemento a una mirada jurídica sobre la diversidad étnica y cultural, un enfoque auténticamente antropológico, basado en la observación de terreno, que permita así comprender las diferencias a veces irreductibles entre poblaciones vecinas.

Los desarrollos que siguen a continuación están dedicados a esa “mirada alejada” propia de la antropología, cuya minucia descriptiva pone de manifiesto la necesidad de un enfoque diferencial incluso dentro de una misma institución -la justicia- regida por el principio de la igualdad. Esto plantea muy claramente los términos del desafío fundamental al que se ven confrontados los países para manejar la diversidad de los sistemas de regulación que existen y actúan efectivamente en las sociedades. La contribución de Esther Sánchez Botero nos muestra que un posicionamiento realmente pluralista se basa en un proceder intercultural.

El proceder intercultural como fundamento de un enfoque pluralista del derecho: retorno a las fuentes antropológicas del derecho²⁴

El 19 de enero de 2007 se presentó²⁵ ante la Comisión Interamericana de Derechos Humanos²⁶ una investigación antropológica sobre el caso Germán Escue, un líder indígena colombiano asesinado por las fuerzas armadas veinte años atrás. El Estado aceptó su responsabilidad. Con el objeto de conocer el daño causado y las posibilidades de reparación se había solicitado esta investigación judicial antropológica sobre tres puntos: la situación de las comunidades indígenas en el conflicto interno colombiano, las consecuencias para una comunidad indígena del homicidio de uno de sus líderes y el acceso de la población indígena a la justicia.

Abordaremos aquí el tema de las consecuencias que implica para el pueblo Paez el homicidio de uno de sus líderes. Sería inconcebible hacerlo, en efecto, sin examinar este hecho en el contexto de su cultura; es decir, de los referentes cognitivos que comparte esa sociedad y que permiten a sus miembros una autoidentificación con respecto a valores y dispositivos de los que disponen para pensar, actuar y sentir. Para los Paez existen categorías lingüísticas para expresar la fisonomía y el temperamento de un líder que no sólo enuncian quién es él, sino también qué sentido y qué valor tiene esa persona para su pueblo.

- Los juegos del lenguaje del derecho y de la antropología: valores heterogéneos detrás de los conceptos homogéneos

La noción de líder, en paez, se enuncia de diferentes maneras que apuntan conceptualmente a caracterizarlo por las particularidades que posee realmente y por los atributos que los miembros de la sociedad paez le confieren. Estas representaciones forman parte de las creencias conocidas como constituyente de su mundo real²⁷.

24. Contribución de Esther Sánchez Botero.

25. Por Esther Sánchez Botero, autora de la segunda parte de este artículo.

26. La CIDH es uno de los dos organismos de protección de los derechos humanos de la Organización de los Estados Americanos (OEA), junto con la Corte Interamericana de Derechos Humanos.

27. Retomando al lógico Kripke, se trata de realidades que son compartidas colectivamente en tanto existentes, artefactos culturales que podemos clasificar como creencias.

En lengua paez, un líder posee el Espíritu de la Naturaleza; es aquél cuya voz resuena en todos, quien tiene la facultad de hacerse oír. También es quien avanza primero y conduce la marcha. Cuando el camino es difícil, rocoso, y otros se detienen, el líder llama a proseguir la marcha. Él es “quien posee los fundamentos del proyecto de vida” y “quien tiene la facultad de mandar”.

Un líder ayuda a vivir a través de la búsqueda de la satisfacción, la buena vida, lo que la lengua paez llama wesh wesh. Esa búsqueda puede ser obstaculizada ya sea desde el interior -por comportamientos abusivos de personas del grupo, para lo que se dispone de mecanismos que permiten reorientar a esas personas, fortaleciendo el proyecto de vida en común-, o bien desde el exterior -por comportamientos de personas que se mostrarían adversarias de las aspiraciones de la comunidad.

-Los daños: memoria y rechazo de la venganza

Existe entre los Paez un conjunto de actos que perjudican a la totalidad del grupo, daños tan extremos que es mejor no conservar su recuerdo. En efecto, si se los recuerda, nace entonces la intención de quitarle la vida a otro recurriendo a la venganza. Ahora bien, está bien establecido, como valor cultural, que la venganza no ayuda a calmar el dolor, que no alienta en nada a quienes han sufrido violencia.

Se hace entonces necesario ayudar a domesticar el dolor. El mecanismo consiste en restaurar la confianza en las personas que sufren, creando las condiciones para que se abandonen el deseo y los sentimientos que llevan a causar deliberadamente daño a otros. Convocar la presencia de la víctima ausente, para hacer que nazca el bienestar que aporta su recuerdo, implica aceptar que su espíritu llama a quienes sufren a recordar, pero sin ánimo de venganza. Para permanecer unidos a él deben ser puros, sin malos sentimientos, sin deseo de hacer daño a otros. Ésa es la única manera de poder hacerlo volver a la memoria.

Algunos conceptos expresan la naturaleza de la evocación y del recuerdo entre los Paez. La palabra *meju* indica “que él (o ella) nos está llamando a recordar”. Recordar implica que nos unamos con el espíritu de esa persona que nos llama. Cuando respondemos a esa llamada, estamos puramente unidos a ese espíritu que recordamos para hacerlo venir a la memoria. Otros conceptos significan que “lo que no olvidamos jamás” ha sido conservado como un tesoro colectivo: la comunidad ha decidido no olvidarlo. En ese caso se busca resueltamente conservar ese recuerdo y transmitirlo. La memoria se vuelve así un patrimonio común: lo que pertenece a todos, a lo que todos tienen derecho y lo que es necesario cuidar.

-La conciliación, en la norma estatal, de la igualdad como principio jurídico y de la diversidad como principio antropológico

Retomemos el caso tipificado. El impacto de la acción violenta sobre un miembro del pueblo Paez debe ser tratado de manera coherente con el reconocimiento por parte de la Constitución colombiana de 1991 de un sujeto colectivo distinto al sujeto individual de derecho, y con el reconocimiento de la diversidad étnica y cultural. Reconociendo a los pueblos indígenas como un sujeto colectivo de derecho, se postula que los indígenas no pueden ser tratados ante la ley como sujetos individuales. La Corte Constitucional, en su calidad de intérprete autorizada de la Constitución, hace notar entonces que: “La protección que la Constitución extiende a la diversidad mencionada deriva de la aceptación de diferentes formas de vida social cuyas manifestaciones y la reproducción cultural permanente son imputables a esas comunidades en tanto sujetos colectivos autóctonos y no como simples sumatorias de sus miembros, quienes, precisamente, se realizan a través del grupo e integran plenamente la unidad de sentido que nace de las diferentes experiencias vividas en comunidad.

> La defensa de la diversidad no puede limitarse a posturas paternalistas ni ser garantizada solamente por intermedio de los miembros de la comunidad cuando ésta, en tanto comunidad, puede verse directamente afectada en el conjunto de sus intereses vitales; es por ello que la comunidad debe más bien asumir con vigor sus propias reivindicaciones y presentar como daños en su contra a los perjuicios o amenazas que podrían destruirla.

> Dentro de este orden de ideas no podemos hablar efectivamente de protección de la diversidad étnica y cultural y de su reconocimiento si no atribuimos, en el plano constitucional, una personalidad jurídica sustancial a las distintas comunidades indígenas, único medio capaz de conferirles un estatus para gozar de los derechos fundamentales y exigir, por sí mismas, su protección, cada vez que estos últimos no sean respetados” (Art. 1, 7 y 14 CP).

El impacto de la muerte de Germán Escue, uno de los miembros del pueblo Paez, que es una entidad viviente con derecho a la integridad de su cuerpo, no ha sido suficientemente tomado en cuenta. Existen referentes culturales para afirmar que un individuo forma parte de distintas unidades estructurales frente a las cuales tenemos diferentes derechos y deberes. Esos referentes se expresan en la realidad y son propios de la organización social y el sistema de parentesco paez: un indígena es miembro de una familia nuclear, de una familia ampliada, de una patrilocalidad, de una comunidad dotada de un consejo y de un pueblo.

Con ocasión de una decisión de 1993²⁸, la Corte constitucional preparó el terreno para un enfoque diferencial de los temas basado en: la imperiosa necesidad de evitar que el tratamiento diferencial sea fuente de discriminación; la identificación de una finalidad concreta que motive la aplicación de un enfoque diferencial; el hecho de que este último se inscriba dentro del marco de los valores y principios constitucionales; la aplicación de los principios de adecuación de los medios a los fines

28. “El principio de igualdad consagrado por el artículo 13 de la Constitución permite conferir un tratamiento diferente a las personas cuando se reúnen las siguientes condiciones: en primer lugar, que las personas se encuentren efectivamente en diferentes situaciones de hecho [...]; en segundo lugar, que el tratamiento diferencial que se conceda responda a una finalidad [...] concreta y no abstracta; en tercer lugar, que dicha finalidad sea pertinente, es decir admisible desde el punto de vista de los valores y los principios constitucionales [...]; en cuarto lugar que, dada esta hipótesis, es decir la de la diferencia de situación, la finalidad que se persigue y el tratamiento diferencial que se concede sean coherentes entre sí [...] y, en quinto lugar, que esa racionalidad sea proporcionada, de manera tal que la consecuencia jurídica que constituye el tratamiento diferencial no genere desproporción absoluta con las circunstancias de hecho y la finalidad que la justifica”

y de proporcionalidad entre hechos, finalidades y medios que motiven la aplicación del tratamiento diferencial.

La Corte concluía que si se reunían esas condiciones “el tratamiento diferencial será admisible y así constitutivo de una discriminación constitucional legítima. En caso contrario, la aprobación de un tratamiento diferencial será una discriminación contraria a la Constitución”. De este modo, la Corte Constitucional establecía una jurisprudencia fundamental, dando cuerpo al principio abstracto de la igualdad sin destruir las diferencias realmente existentes y poniéndolo así en concordancia con la idea de diversidad.

Para el pueblo Paez, el asesinato de un líder representa un desmembramiento y un daño hacia el conjunto de la colectividad: una privación frente a la gran confianza que su pueblo había depositado en él para que lo ayudara a realizar una buena vida. Esto explica el sentimiento de frustración frente a los esfuerzos colectivos realizados para que, con el apoyo de su comunidad, el líder pueda actuar a lo largo de toda su misión de “persona especial”, socialmente reconocida como dotada de una naturaleza particular, pero ayudada por los esfuerzos espirituales y materiales de su pueblo para crecer y enarbolar su dignidad.

Por todas esas razones, la reparación no puede limitarse a los parientes directos de Germán Escue, tal como lo solicitaba el abogado, sino que debe considerar al sujeto colectivo de derecho: el pueblo Paez. Ni el concepto de líder ni los de colectivo, memoria y reparación tienen sentido si no se los desglosa según los códigos culturales. Las nociones tienen un sentido solamente en el contexto de sociedades particulares, donde el idioma brinda los referentes que condicionan una comunicación exitosa. Es por ello que, por ejemplo, no habrá que erigir una esfinge en honor al líder asesinado, pues eso podría generar un deseo de venganza.

*

Los dos casos latinoamericanos que acaban de ser presentados nos invitaron a pasar de una mirada jurídica aplicada a cuestiones antropológicas a un punto de vista antropológico que aborda cuestiones jurídicas, traduciendo así dos posicionamientos para afrontar el desafío que plantea el pluralismo jurídico. Muestran así de qué modo el campo de la juridicidad estatal, monopolizado en un principio por el derecho moderno, es cuestionado al entrar en contacto con el derecho autóctono. Estos dos artículos demuestran, si aún era necesario demostrarlo, las carencias del monismo jurídico. Más aún, muestran también que el reconocimiento formal de un pluralismo jurídico por la vía legal, y hasta constitucional, no sería suficiente. Hay que salir entonces también del monocentrismo que convierte al derecho de Estado en referencia suprema. Un proceder intercultural, convalidado por el marco normativo, pero aplicado por los jueces mismos, resulta indispensable si queremos llegar a lograr una verdadera hibridación.

I.3. Diversidad y gobernanza legítima en África: elogio del pluralismo

Por Assane MBAYE y Ousmane SY²⁹

Los sistemas de gobernanza, contruidos sobre el espejismo de la uniformidad heredada de los colonizadores, ¿deben seguir invocando o reivindicando ese mito? Ésa es la pregunta que muchos africanos se plantean en la actualidad. Assane Mbaye y Ousmane Sy, basándose en ejemplos concretos, defienden un “pluralismo moderado” que, junto a la primacía del Estado central, permitiría la expresión de la diversidad.

El mito de las sociedades homogéneas basado en el paradigma de la diversidad en la unidad

En la mayoría de los países africanos, el período posterior a la independencia se vio marcado por una tendencia casi obsesiva por construir Estados-Nación³⁰ cuya viabilidad, supervivencia y sustentabilidad estaban indisolublemente ligados al carácter unitario de su organización política, institucional, social y jurídica³¹. La presencia de cualquier forma de diversidad dentro de esa organización era considerada como una amenaza existencial para el orden social. Las realidades de la época no eran ajenas, entre otras cosas, a los riesgos de secesión, los golpes de Estado y las rivalidades étnicas que afectaban a los Estados recientemente independizados ni, por otra parte, a la voluntad de control del poder por parte de las nuevas élites responsables, minoritarias pero dominantes, emergentes de la descolonización. Desde esta perspectiva, el Estado-Nación se supone homogéneo por naturaleza. Si en los hechos reales no lo era, era importante entonces asignarle una vocación “uniformizante”. La homogeneidad de la sociedad se planteaba entonces como objetivo “decretado” de algún modo, y la diversidad se ocultaba, dado que era incompatible con la idea misma de nación, cuyo único fermento deseado era la unidad de todas sus estructuras constitutivas. El “vicio” de la homogeneidad era llevado hasta sus límites más extremos: partido único, totalitarismo de la norma jurídica estatal, Estado unitario centralizado, predominio de una etnia. Sólo quedaban algunos bastiones para la expresión de las diversidades, probablemente más por necesidad y voluntad de instrumentalización política y social que por elección ideológica. Así ocurría principalmente con la religión y los cultos, cuya libertad de ejercicio solía ser reconocida, sin que se les concediera por ello ninguna incidencia en la organización política o en la producción normativa.

29. Ousmane Sy fue ministro de Administración Territorial en Malí. Diplomado en agroeconomía y doctor en desarrollo económico y social, fue también investigador en Malí antes de dirigir la misión de descentralización y de las reformas institucionales del país y entrar luego a formar parte del gobierno. Actualmente coordina el ARGA y preside el Instituto Africano de la Gobernanza.

30. Se trata de hacer coincidir el Estado, noción jurídica y organización política, con la nación, noción identitaria que expresa la pertenencia a un solo y mismo grupo.

31. Con la notable excepción de los Estados que han adoptado una forma federal y de los países angloparlantes.

El fracaso de un modelo

La Historia ha confirmado que el modelo de base del Estado-Nación concebido de este modo no ha funcionado adecuadamente. Muchos analistas demostraron ya el fracaso del transplante del Estado-Nación homogéneo sobre sociedades que son plurales y heterogéneas por esencia. Recordemos simplemente, a modo de ejemplo, dos ámbitos en los cuales la ideología de la homogeneidad no se impuso totalmente en la realidad. El primer ejemplo es el del derecho. La hegemonía de las doctrinas positivistas legalistas que sólo reconocen el orden jurídico estatal, en particular en los sistemas de inspiración romanogermánica, había llevado a establecer sistemas normativos dominados por el monismo. La ley, generalmente codificada y surgida exclusivamente de la producción normativa estatal, no toleraba la competencia de otras fuentes -como la de los usos y costumbres- generadas por colectividades que no fueran el Estado. En el mejor de los casos, el derecho positivo podía llegar a reconocer algunas reglas consuetudinarias, por ejemplo en materia de estatus personal, integrándolas en su seno pero sin que pudieran cuestionar el orden positivista establecido, para lo cual la integración requería siempre de la mediación de una regla estatal que la incorporara, si puede decirse así, al sistema normativo reconocido. El fracaso del modelo positivista parecía no obstante inevitable al menos por dos razones: el mimetismo y la persistencia de las prácticas representativas de otras redes normativas. La mayoría de las codificaciones se inspiraron ampliamente en modelos jurídicos extranjeros, importando reglas que llevaban implícita una carga de determinados valores, principios y finalidades que no son propios de las sociedades que rigen. Pensemos por ejemplo en la reglamentación del matrimonio o de la propiedad de la tierra o incluso de los contratos. Es fácil constatar que, en esos ámbitos, el mimetismo no modificó las prácticas. En materia de matrimonio, por ejemplo, la prohibición o la limitación de los efectos del matrimonio celebrado según las costumbres para orientar a las poblaciones hacia el matrimonio celebrado por el encargado del Registro Civil no logró reducir la cantidad de matrimonios de derecho consuetudinario. En lo que respecta a los contratos, las exigencias de prueba escrita no menguaron la fuerza que se le reconoce a la palabra dada ni las prácticas comerciales externas al derecho civil. En cuanto a la propiedad de la tierra, las reglas instauradas no hicieron más que exacerbar los conflictos con las prácticas tradicionales o consuetudinarias.

La segunda ilustración del fracaso del modelo de las sociedades unitarias puede hallarse en los sistemas institucionales. En el plano político, por ejemplo, los regímenes y los instrumentos del juego democrático adoptados por las Constituciones no hicieron desaparecer a las estructuras intermedias ni a los sistemas de lealtad tradicionales entre el Estado y los individuos. Una prueba muy clara de ello es el pervertimiento de las elecciones y del modelo de democracia basado en la oposición mayoría/minoría. Incluso la impartición de la justicia, símbolo fuerte de la regulación estatal, no está exenta de una competencia de los órdenes paralelos. Al igual que para el derecho, el mimetismo y la supervivencia de las prácticas y vínculos sociales tradicionales han generado una coexistencia de sistemas diferenciados que se hibridan, se instrumentalizan, compiten o entran en conflicto sin que, en ningún caso, la dominación o la coerción estatal hayan podido unirlos en una norma compartida y aceptada por todos.

Una presuposición errónea

Más allá del mimetismo de los sistemas jurídicos e institucionales calcados generalmente del modelo colonizador, el fracaso del modelo de Estado-Nación se deriva más fundamentalmente del carácter erróneo de su presuposición, a saber: que la homogeneidad de la sociedad puede ser decretada. Incluso en los países occidentales, generalmente considerados como sociedades unitarias y homogéneas y donde el Estado se institucionalizó secularizándose, los recientes debates sobre multiculturalismo muestran que la diversidad es una realidad fáctica ineludible que responde a lo “dado” en oposición a lo “construido”. Estos debates recuerdan curiosamente la oposición, a comienzos del siglo XX, entre los asimilacionistas y los defensores del pluralismo en Estados Unidos. Queda claro entonces que la problemática de la regulación de la diversidad no es una problemática exclusiva de África. Es más, superando las fronteras nacionales, es un tema que también cambió de escala para plantearse como paradigma de la regulación, tanto institucional como normativa o cultural, de la sociedad mundial. Sin embargo, la pluralidad o la heterogeneidad de las sociedades africanas se impone con más fuerza que en otras partes del mundo en razón de la sucesión y la interpenetración histórica de los aportes de la colonización árabe, luego occidental, con los sistemas originales, aportes a los que hay que agregar luego, en el período contemporáneo, las influencias de la urbanización y de la mundialización. Las sociedades africanas se fueron así complejizando, cada persona se “pluralizó”, reconociéndose en diferentes estatus y redes: comunitarios, religiosos, culturales, políticos, normativos.

Frente a lo “dado” que es el pluralismo, la cuestión fundamental radica en saber si los sistemas de gobernanza pueden seguir defendiendo una ideología construida en torno al mito de sociedades homogéneas y unitarias. La respuesta nos parece evidente desde el momento en que damos por hecho que el pluralismo es una realidad fáctica, cuyo reconocimiento y movilización constituyen una ventaja y no un inconveniente para los Estados africanos. Lo que resulta menos obvio es pasar de una concepción estática y descriptiva a una concepción dinámica del pluralismo que permita ir más allá de su simple utilización discursiva y pueda erigirlo como norma, como política y como programa. En efecto, constatamos que el discurso sobre el pluralismo se basa a menudo exclusivamente en la observación y el reconocimiento de la diversidad que caracteriza a las sociedades. A nuestro entender, eso no es suficiente. Habría que demostrar mediante qué mecanismos se pasa de la simple constatación a la traducción concreta de esa realidad en los modos de regulación, es decir a la coordinación de todas las diversidades sociales en los ámbitos institucional, jurídico, político, etc.

El paso de lo “dado” a lo “construido”: la unidad en la diversidad

¿Cómo construir regulaciones que tomen en cuenta todas las dimensiones del pluralismo? ¿Cómo promover la institucionalización del pluralismo? La respuesta a estas preguntas conduce a una elección, nada fácil, entre dos enfoques posibles del modo de coordinación de todas las instituciones, estructuras, colectividades y normas que tienen por vocación regir a las sociedades y los individuos. La primera vía es la de un pluralismo que consistiría en considerar que el orden estatal, en sus diferentes componentes, no tiene ninguna preeminencia por sobre los demás órdenes, a los cuales no controla y cuya consideración debe ser total.

Desde este enfoque, habría una autonomía completa entre los órdenes estatales y no estatales, órdenes entre los cuales no existiría una relación de subordinación.

La segunda vía es la de un pluralismo que podríamos calificar de “moderado”, en el sentido de que afirma la centralidad y la primacía del orden estatal sobre los órdenes no estatales, cuyas fronteras y límites de autonomía serían definidos por el Estado.

La primera vía, la de la autonomía completa de los diversos modos de regulación de las sociedades, las colectividades y los individuos, nos parece muy rica pero poco realista. Se basa en el postulado de la existencia de una especie de inconciliabilidad radical entre estos distintos modos de regulación, totalmente excluyentes unos de otros. No valoriza los puentes que podrían llegar a construirse entre esos “mundos”. Ignora en gran medida la inevitable imbricación de las categorías jurídicas, institucionales y sociales según los lugares y los individuos. Su crítica, con fundamentos, de la homogeneidad de las sociedades no justifica el reproche que podría hacerse de querer ocultar que las relaciones sociales se basan a pesar de todo en la dominación. La segunda vía es más conforme a los avances del mundo actual y de la evolución de los países africanos. El Estado, sus normas, sus instituciones y su fuerza de dominación no se impusieron ciertamente de un modo absoluto, pero traducen de todos modos una realidad ineludible, que sería en vano tratar de ocultar. A pesar de sus fracasos, sus deficiencias, su falta de arraigo social, el Estado sigue conservando su utilidad en tanto base cohesiva de las diferencias y vector principal de un orden mínimo del pluralismo. La problemática planteada evoluciona entonces sensiblemente hacia la determinación de las modalidades mediante las cuales el Estado, por un lado, deja a las diversidades la autonomía necesaria para su expresión al servicio de intereses particulares y, por otro lado, las integra a favor de los intereses cuya colectivización garantiza la pacificación y la armonía de las relaciones sociales.

¿Cómo promover el pluralismo dentro del orden estatal?

Para ilustrar las posibles respuestas a esta pregunta, dos iniciativas conducidas por la Alianza para refundar la gobernanza en África³² demuestran que el pluralismo ofrece perspectivas interesantes para la refundación de los Estados africanos. La primera concierne a las Constituciones. Tiende a demostrar que, en tanto reflejo de relaciones de fuerza políticas, los *impases* constitucionales observados en África pueden ser superados si las Constituciones integran la dimensión pluralista de las sociedades. Dicha dimensión ordenaría tanto los procesos de elaboración y revisión de las Constituciones como las modalidades de control de constitucionalidad. Guiaría a los valores contenidos en los textos constitucionales, pero también a los regímenes políticos y a las instituciones del Estado. Bajo esta relación, basta con recordar dos propuestas fuertes de la Alianza que ameritan una seria reflexión: por un lado, la institución de una segunda cámara parlamentaria sobre un modelo distinto a los Senados actuales y constituida únicamente por legitimidades no electorales; por otro lado, la implementación de un organismo representativo de todas las legitimidades y guardián de los valores y los consensos constitucionales contruidos a partir de procesos inclusivos, desde la escala de los pequeños pueblos, y no solamente de las Conferencias Nacionales, cuyos límites pueden observarse hoy en día a través de los intempestivos replanteos de todos los avances que habían surgido desde allí.

32. Sitio internet de la Alianza: <<http://www.afrique-gouvernance.net>>.

La segunda iniciativa de la Alianza sobre la afirmación del pluralismo como norma, política y programa, concierne la cohabitación de las legitimidades a nivel local. Desde este punto de vista, el pluralismo es movilizadado en su doble dimensión institucional y normativa. Las experiencias recolectadas en esa doble perspectiva son instructivas. En el plano institucional, revelan la existencia, a escala local, de múltiples iniciativas de cohabitación de las legitimidades al margen de los marcos legales. En algunas regiones de Malí, por ejemplo, la impartición de la justicia no es monopolio de la justicia estatal. Encontramos en efecto “cadis”, jueces musulmanes a quienes los jueces estatales transfieren incluso algunos justiciables para la resolución de ciertos litigios, aun cuando el sistema legal no los integra en la organización judicial. Surgió también que las decisiones de los cadis son más rápidas y más fácilmente aceptadas que las de los jueces estatales. Ante tal realidad, sería preferible que ese modo de impartición de la justicia fuera considerado por el Estado, que podría entonces controlar sus riesgos de exceso y definir sus relaciones con la justicia estatal. En el plano normativo es válida la misma observación. La aplicación de costumbres locales no atenta necesariamente contra la armonía social y es perfectamente compatible con los valores fundamentales y los objetivos perseguidos por el orden estatal. El ejemplo de las sucesiones o de la validez del matrimonio consuetudinario lo confirman. En Senegal, contrariamente a Malí, el Código de la Familia se rindió ante la evidencia de que el no reconocimiento de este último hubiera fragilizado a las parejas casadas según la forma tradicional y precarizado a los hijos nacidos de esa unión, considerándolos como hijos naturales en un entorno jurídico opuesto a la igualdad de los hijos naturales y legítimos. Se encontró entonces un sutil equilibrio reconociendo su validez y subordinando su disolución voluntaria al divorcio judicial, con el objeto de proteger a las mujeres de la disolución por repudio. En la práctica, se observa actualmente que los esposos proceden casi siempre a la celebración consuetudinaria, para ellos obligatoria, y a la celebración civil, que condiciona la oponibilidad del matrimonio ante el Estado y las colectividades públicas, en particular para la obtención de las prestaciones familiares.

Estas iniciativas demuestran que la promoción del pluralismo en el seno mismo del orden estatal es posible y deseable, en la medida en que constituye un factor de su refundación y del fortalecimiento de su legitimidad. Sólo quedaría por profundizar algunas implicaciones de su admisión en la medida en que la coexistencia de instituciones y normas con fuentes diferentes termina construyendo sociedades complejas. El rol del Estado es, precisamente, el de administrar y ordenar esa complejidad. En el ejemplo previo de la impartición de la justicia, le corresponde definir las modalidades de intervención y las relaciones entre los distintos órdenes judiciales. En el plano del pluralismo normativo, le corresponde determinar la parte de autonomía dejada a cada orden normativo, los puentes que vinculan a dichos órdenes y, eventualmente, el mínimo de compatibilidad que cabe garantizar para salvaguardar el orden social.

II. PLURALISMO JURÍDICO Y CONSTITUCIONES

II.1. La Constitución Ecuatoriana del 2008: Resultados e Innovaciones³³

Por Saya SAULIÈRE³⁴

Los niveles de desencanto³⁵ político y de desconfianza de las y los ecuatorianos a sus instituciones (Congreso y Justicia) y partidos políticos, llegaron a índices muy altos hasta 2007, como consecuencia de la grave crisis política y económica de la última década. Cuando Rafael Correa llegó al segundo lugar en la primera vuelta de las elecciones presidenciales, en octubre de 2006; este joven economista -apenas conocido del pueblo ecuatoriano³⁶- expuso al país su propuesta política refundacional y de cambio, potenciada por una reformulación constitucional. El elegido presidente, acorde con su proyecto político, llamó a una consulta popular en abril de 2007 que aprobó ampliamente la conformación de una Asamblea Constituyente con plenos poderes. Durante ocho meses³⁷ los y las asambleístas nacionales constituyentes, en mayoría del bloque oficial y con participación e incidencia de actores de la sociedad civil, redibujaron la Carta Magna la que fue aceptada el 28 de septiembre de 2008, como la nueva Constitución de la República (el “sí” obtuvo 63,93%³⁸).

A continuación del cuaderno “La Asamblea Constituyente: contexto, funcionamiento y estrategia de actores” que describe el período anterior a la Asamblea y de formulación constitucional, el presente cuaderno “La Constitución Ecuatoriana de 2008: Resultados e Innovaciones” se concentra en el análisis de los avances, innovaciones y retos de la misma. Los autores -universitarios, asesores políticos, actores sociales (a veces los tres roles a la vez)- compartieron sus puntos de vista y análisis sobre la nueva Constitución recientemente aprobada³⁹. Algunos adoptaron una lectura global y transversal de la Constitución (Agustín Grijalva, Francisco Muñoz) exponiendo cuáles son las principales innovaciones. Otros analizaron una temática específica: el *sumak kausay* o buen vivir, los derechos y sus garantías, la plurinacionalidad, la participación ciudadana, el ordenamiento territorial, el rol del Estado, etc.

Con 444 artículos, la Constitución Ecuatoriana es una de las más extensas del mundo y además es reconocida por ser una de las más avanzadas de la región. A continuación, se realiza una breve presentación de los principales temas y de las ideas abordadas por los articulistas.

33. Este artículo es una síntesis de un estudio colectivo realizado entre 2008 y 2009 por un equipo de investigadores franceses y ecuatorianos. El estudio colectivo está publicado en el sitio web del IRG: <<http://www.institut-gouvernance.org/fr/dossiers/motcle-dossiers-64.html>>.

34. Licenciada en Sociología y Antropología, en Francia, y Maestría en Estudios de Desarrollo, en Inglaterra. Trabajó en Ecuador como consultora apoyando a procesos de participación ciudadana y de fortalecimiento de gobiernos locales. Actualmente reside en Madrid y trabaja con organizaciones no gubernamentales.

35. Campuzano, A. 2002. Gestión participativa en los gobiernos locales del Ecuador: gobernabilidad democrática y esferas públicas. Centro de Investigaciones CIUDAD. Primer Encuentro de Ecuatorianistas.

36. A nivel político, fue tres meses Ministro de Economía y Finanzas durante el gobierno de Alfredo Palacios. Su trayectoria profesional fue principalmente como universitario docente.

37. Del 29 de noviembre de 2007 al 25 de julio de 2008.

38. El “No” 28,1%; los votos nulos contabilizaron 7,23% y los blancos 0,75%.

39. Los artículos fueron escritos a fines de 2008 e inicio de 2009.

El Buen vivir – *sumak kausay* en la Constitución

“(Decidimos construir) una nueva forma de convivencia ciudadana, en diversidad y armonía con la naturaleza, para alcanzar el buen vivir, el *sumak kausay*” (Preámbulo, Constitución de 2008). Desde su inicio, la visión holística e integral del buen vivir está postulada y -a lo largo de la Constitución- sirve de principio ordenador (derechos del buen vivir, régimen del buen vivir). Como hilo conductor permite coherencia y supera el divorcio existente de la Constitución de 1998, entre la parte dogmática y la orgánica (Magdalena León).

En esta época de crisis planetaria por la insostenibilidad de los modelos de desarrollo (p.e. cambio climático, concentración de riqueza y agudización de la pobreza), el buen vivir -nacido de la cosmovisión y práctica de pueblos indígenas- llama a una relación armónica entre los seres humanos y la naturaleza. Para Magdalena León presenta un cambio de paradigma, necesario frente al ritmo alarmante de depredación que genera el modelo económico. En la Constitución el sistema económico es reconocido como social y solidario, y “reconoce al ser humano como sujeto y fin; propende a la relación dinámica y equilibrada entre sociedad, Estado y mercado, en armonía con la naturaleza, y tiene por objetivo garantizar la producción y reproducción de las condiciones materiales, e inmateriales que posibilitan el buen vivir”.

Nueva clasificación de derechos y sus garantías

Una de la innovación de la Constitución de 2008 es su clasificación de los derechos, en lugar de la clásica división entre: derechos civiles, políticos, económicos, sociales y culturales; actualmente están organizados por: derechos del Buen Vivir, libertad, “de los pueblos”, participación, protección, de grupos vulnerables, por los derechos de las personas y los grupos de atención prioritaria, etc. Para Tania Arias esta nueva apelación facilita una comprensión más directa y cotidiana del sentido esencial de cada derecho y para Agustín Grijalva permite enfatizar el carácter complementario y la igual jerarquía de todos los derechos constitucionales. Además, según Santiago Ortiz, aleja de la visión liberal clásica, centrada en torno a los derechos individuales y dibuja una nueva geometría de derechos, en los cuales “los derechos humanos individuales tienen sentido en la medida en que se reconoce los sociales y los de identidad”.

En los artículos, los nuevos derechos fueron analizados y comparados con la Constitución de 1998 (Tania Arias) y se resaltó su carácter innovador (Agustín Grijalva y Magdalena León): su articulación con la visión andina del *sumak kawsay*, los derechos ambientales (derecho al agua, a la alimentación y soberanía alimentaria, derecho de la naturaleza), de las personas y grupos de atención prioritaria, derecho a desarrollar actividades económicas, etc.

En respuesta a las críticas de la Constitución de 1998 -según las cuales a pesar de los avances en derechos en la parte dogmática, su desarticulación con la sección orgánica imposibilitó su realización-, la carta de Montecristi detalla las garantías jurisdiccionales⁴⁰, tales como: Amparo, Hábeas Corpus, Hábeas Data, el acceso a la información pública, acción de cumplimiento, tutela contra sentencias judiciales, la realización de políticas públicas, la participación ciudadana. “Más de la mitad de la

40. 152 artículos de los 444 constitucionales están dirigidos a garantizarlos.

Constitución elaborada (...) es un pacto de la sociedad para garantizar derechos, fuente de la nueva naturaleza del “Estado constitucional de derechos” (Agustín Grijalva).

La Plurinacionalidad: Debates y avances

El Estado Ecuatoriano en 1998 definía al Estado como pluricultural y multiétnico. En 2008, la Constitución postula que “El Ecuador es un Estado constitucional de derecho y justicia, social, democrático, soberano, independiente, unitario, intercultural, plurinacional y laico”. La plurinacionalidad propuesta de la CONAIE (Confederación de nacionalidades indígenas de Ecuador) desde mediados de los años 80, fue finalmente incluida en la Carta Magna. Floresmilo Simbaña, en su artículo, retrata los debates y discrepancias sobre el tema en el seno de la Asamblea Nacional (p.e. autogobierno, control de recursos naturales) e informa al lector de los temas políticamente sensibles y sus trasfondos.

Como sociólogo y jefe de departamento de territorios de la ECUARUNARI⁴¹ (filial de la CONAIE), el articulista presenta la propuesta y concepción de la plurinacionalidad y resalta su construcción histórica y participativa: “es un sistema de gobierno y un modelo de organización política, económica y sociocultural, que propugna la justicia, las libertades individuales y colectivas, el respeto, la reciprocidad, la solidaridad, el desarrollo equitativo del conjunto de la sociedad ecuatoriana y de todas sus regiones y culturas, en base al reconocimiento jurídico-político y cultural de todas las Nacionalidades y Pueblos Indígenas que conforman el Ecuador”⁴². Insiste que no trata únicamente la dimensión cultural, sino la política, económica y sociocultural; por ende implica una reorganización y reconstrucción estructural del Estado, la instauración de un nuevo tipo de democracia y el establecimiento de una sociedad intercultural, como garantía del ejercicio pleno de los derechos fundamentales individuales y colectivos⁴³.

En la misma línea, para Ana María Larrea, el Estado Plurinacional permitirá un modelo de organización política para la descolonización de naciones del sur. Su artículo, escrito con compromiso antes del referéndum, detalla lo que conlleva la plurinacionalidad: un cambio en la estructura del Estado, hacia lo policéntrico y descentralizado, que garantiza el ejercicio pleno de la soberanía popular y reconoce diferentes formas de democracia; una relación distinta entre el Estado, el mercado, la sociedad y la naturaleza; lo que permite promover una justicia económica; el reconocimiento de las autoridades de los pueblos y nacionalidades.

Floresmilo Simbaña y Agustín Grijalva recapitulan los artículos referentes a la plurinacionalidad e interculturalidad (derechos colectivos, justicia, educación, salud, etc.) y visibilizan las dimensiones de la plurinacionalidad -de la CONAIE y otras organizaciones- que fueron rechazadas (derecho colectivo al autogobierno, el reconocimiento del Quichua y al Shuar como idiomas oficiales, Asamblea Plurinacional, derecho de consulta previa a los pueblos indígenas...).

41. Confederación *Kichwa* del Ecuador.

42. CONAIE. Proyecto Político de las Nacionalidades del Ecuador. 2007. Pág. 17.

43. *Ibíd.* Pág. 18.

La plurinacionalidad y el *sumak kausay* o buen vivir rompen en forma radical con los modelos neoliberales de desarrollo, abriendo puertas para la construcción de una sociedad postcolonial y sostenible.

La participación y poder ciudadano

La Constitución de 1998 era avanzada en la región, en términos de participación; y la de 2008 no solamente mantiene, sino renueva el poder ciudadano. De hecho, establece una nueva configuración del poder político que debe ser ejercida a través de la participación ciudadana, en conjunto con órganos del poder público representativo de las funciones del Estado (Alfredo Ruiz).

Reconoce a las diferentes formas de democracia: democracia participativa, comunitaria y representativa. Contrasta con la de 1998 que conservaba un predominio de la democracia representativa, y no aclaraba la articulación con las formas participativas, lo que impide una visión integral y articulada de la democracia.

Por otro lado, dos nuevas funciones son incorporadas a la estructura orgánica del poder: la de Transparencia y Control Social, y la Electoral. Esto rompe con la fórmula clásica de los tres poderes (Legislativa, Ejecutiva y Judicial). El Consejo de Participación Ciudadana y Control Social, la entidad más importante de la nueva función, está integrado por consejeros de la ciudadanía y de las organizaciones de la sociedad civil y tiene las atribuciones de promover la participación ciudadana a través de la deliberación pública, rendición de cuentas, veedurías ciudadanas y control social; investigar denuncias sobre afectaciones a la participación ciudadana o actos de corrupción y designar a los titulares de la Procuraduría General del Estado y de las Superintendencias, de la Defensoría del Pueblo, Defensoría Pública, Fiscalía General del Estado, y Contraloría General del Estado; así como, a los miembros del Consejo Nacional Electoral, Tribunal Contencioso Electoral y del Consejo de la Judicatura. “De esta forma, la nueva Constitución permite la participación ciudadana en un nivel de decisión extraordinariamente importante: el de la designación de las principales autoridades de las entidades públicas” (Alfredo Ruiz).

En su artículo, Santiago Ortiz destaca los avances, innovaciones y riesgos de la participación en la Constitución, adoptando una mirada comparativa. Resalta como la participación es comprendida como expresión y manifestación de la soberanía popular, ubicada al mismo nivel de representación política. Se reconoce el derecho a la participación de los actores ciudadanos, las personas de las comunidades, colectivos, nacionalidades, como de las organizaciones populares, ampliando a la comunidad sujetos de derecho.

Para su concreción, se crean nuevos mecanismos y espacios tales como: la creación de interfaces con actores sociales para la formulación, ejecución, evaluación y control de las políticas públicas; mecanismos institucionales para la participación en relación con el sistema de planificación, control social, etc.; edificación de consejos (género, generacional, étnicos) definidos como instancias para orientar y asegurar la plena vigencia y ejercicio de los derechos. Se multiplican las referencias a la participación en los temas sectoriales y se agrega el derecho a la gestión democrática de la ciudad. Las experiencias a nivel local de participación en la última década fueron acogidas, y se define como

clave el involucramiento ciudadano en la planificación, presupuestación, gestión y control; a través de una multiplicidad de espacios (asambleas, veedurías, observatorios, etc.). “Los aspectos de la Constitución propuesta contienen no solo la conceptualización que sustenta una nueva forma de concebir el ejercicio del poder político, a través de una valoración importante de la participación social, sino que, además, diseñan las nuevas instituciones por intermedio de las cuales deberá hacerse efectiva dicha participación” (Alfredo Ruiz).

Como riesgo, Santiago Ortiz examina cómo, a la par de este nuevo poder ciudadano, la Constitución fortalece un Estado centralista, fuerte y soberano, con atribuciones exclusivas; así como el presidencialismo. Sin rediseño del sistema representativo ve necesario la profundización del debate sobre la construcción de una institucionalidad democrática.

Además, resalta dos dificultades de coyuntura política: por un lado, el gobierno no ha mostrado en sus dos años de gestión un interés en articular la participación o actores sociales a sus políticas y procesos. “La estrategia del gobierno ha privilegiado la acumulación de fuerzas electorales y no la articulación de nuevos espacios y procedimientos participativos” (Santiago Ortiz). Por otro lado, los actores y movimientos sociales se encuentran fuertemente debilitados, lo que resta la posibilidad de aprovechar estas oportunidades a nivel normativo.

*

Algunos autores, a partir de una lectura transversal del texto constitucional, expusieron sus puntos de vista sobre las principales innovaciones, otros concentraron el análisis en temáticas específicas; pero la mayoría coincidieron sobre los avances: el *sumak kausay* o buen vivir, como cambio de paradigma de desarrollo y principio ordenador, holístico e integral; la clasificación audaz de los derechos, la creación de nuevos derechos y sus garantías; la plurinacionalidad del Estado ecuatoriano, como modelo de organización política, económica y sociocultural; la participación soberana y poder ciudadano renovado y los mecanismos concretos creados; la nueva función del Estado de “Transparencia y Control Social”. Será interesante, en los próximos meses, observar cómo estas innovaciones son detalladas y convertidas en leyes y normas, para reflexionar sobre los desafíos que contemplan su concreción y puesta en práctica.

II.2. La Plurinacionalidad: iguales y diversos en busca del Sumak Kawsay

Por Ana María LARREA MALDONADO⁴⁴

En el proyecto de nueva constitución política de la República del Ecuador que será sometido a aprobación popular en septiembre próximo, la Asamblea Nacional Constituyente incorpora un cambio de gran trascendencia para la vida del país: Se pasa del estado pluricultural y multiétnico de la constitución del 98 al Estado intercultural y plurinacional. De este modo, se recoge una de las reivindicaciones más profundas e importantes de los movimientos indígenas y afroecuatorianos del país. Definir al Estado ecuatoriano como intercultural y plurinacional no es una simple declaratoria, implica profundas transformaciones en la sociedad, el Estado, la democracia y el modo de desarrollo.

El debate social

El debate social previo a la Asamblea Constituyente impulsado por la CONAIE (Confederación de nacionalidades indígenas en Ecuador) y la FENOCIN (Confederación Nacional de Organizaciones Campesinas, Indígenas y Negras) en sus respectivos ámbitos de influencia mostró las dificultades en la definición de los alcances concretos de la plurinacionalidad. Una serie de sentidos contrapuestos y convergentes se presentaron. Quizá el más importante y en el que más tela hay que cortar, es el debate sobre el rol del Estado frente a los pueblos indígenas, afroecuatorianos y montubios y concomitantemente, el grado de autonomía que implicaría la plurinacionalidad.

En el campo de las organizaciones sociales existen una diversidad de concepciones y expectativas respecto a la plurinacionalidad. En las visiones más radicales provenientes sobre todo de la Amazonía, las organizaciones indígenas desplazan al Estado de sus territorios, asumiendo el control incluso de los recursos estratégicos. Mientras que en organizaciones como la Ecuarrunari, el fortalecimiento del rol del Estado en el control de los recursos estratégicos es importante. De ahí que muchos indígenas de la Ecuarrunari hayan planteado con fuerza la reivindicación de la “nacionalización” de los recursos estratégicos frente a las políticas neoliberales de privatización de los mismos. En el fondo se entrecruzan las demandas étnicas con las demandas clasistas; la lucha contra el neoliberalismo y la lucha por la autodeterminación. Estas dos visiones están presentes dentro de la CONAIE y suponen un profundo proceso de deliberación y construcción de acuerdos políticos entre sus filiales.

El proceso constituyente abierto en el Ecuador en los últimos meses, ha sido el escenario propicio para que la demanda sobre la plurinacionalidad haya sido retomada como el eje de las reivindicaciones de la CONAIE. Durante el año 2007, la CONAIE llevó a cabo un proceso participativo de elaboración de la propuesta de nueva constitución para la república del Ecuador. En este proceso se realizaron talleres con las bases de las tres regionales de la CONAIE: CONAICE, Ecuarrunari y CONFENIAE.

44. Ana María Larrea es actualmente Subsecretaria General de la SENPLADES (Secretariado nacional de planificación y desarrollo). Es antropóloga, postgraduada en Estudios Internacionales del Desarrollo, en la Universidad de Oslo, y en Desarrollo y Gestión Local, en la Universidad Andina Simón Bolívar. También cursó la maestría Poder, Desarrollo Local y Movimientos Sociales, en la Universidad Politécnica Salesiana. Fue asesora de la SENPLADES y Directora del Instituto de Estudios Ecuatorianos (IEE), miembro del Comité Directivo del Consejo Latinoamericano de Ciencias Sociales (CLACSO).

El eje de la discusión giró en torno a los alcances y las implicaciones de la propuesta del Estado Plurinacional, principal planteamiento del proyecto político de la CONAIE publicado en 1994. Los resultados del proceso participativo fueron publicados en el documento de principios y lineamientos para la nueva constitución del Ecuador y en la propuesta de nueva constitución de la CONAIE.

Por otra parte, desde organizaciones como la FENOCIN la interculturalidad pasó a convertirse en el centro de su propuesta sobre el carácter del Estado, entrando en una disputa abierta con la CONAIE al oponerse a la plurinacionalidad. El argumento principal era que la plurinacionalidad implicaba aislamiento de los pueblos indígenas del resto de la sociedad, mientras la interculturalidad posibilitaba los encuentros entre los diferentes grupos étnicos. Algunos dirigentes de los pueblos afroecuatorianos también se alinearon con este planteamiento de la FENOCIN.

Detrás de estos planteamientos estaba toda la historia de disputa y confrontación entre las dos principales organizaciones indígenas nacionales por espacios dentro del Estado y construcción de hegemonía al interior del propio movimiento étnico en el país.

Estas disputas llevaron a que durante el proceso constituyente, el Ecuador viva un falso debate entre plurinacionalidad e interculturalidad, debate en el que se trataba a los dos términos como contrapuestos, cuando en realidad la interculturalidad es una dimensión de la plurinacionalidad. Sin plurinacionalidad no puede haber interculturalidad. La relación intercultural supone el reconocimiento del otro, si no nos reconocemos en nuestra diversidad, difícilmente podemos mantener relaciones interculturales. Un Estado monocultural no reconoce la diversidad de las sociedades. Reconoce a una sola cultura, la dominante, como la única cultura oficial, las otras culturas no cuentan, son invisibilizadas y se pretende “integrarlas” en el marco de una perspectiva homogeneizadora.

En sociedades marcadas por la desigualdad, no se puede pensar la interculturalidad sin tomar en cuenta los procesos de dominación. El diálogo intercultural parte de la premisa del diálogo entre iguales. Éste no es posible cuando una de las culturas está subordinada a la otra. De esta manera el tema de las relaciones interculturales, más que un aspecto antropológico se convierte en un aspecto fundamentalmente político. La desigualdad económica está acompañada de profundos procesos de exclusión social, discriminación y desconocimiento de todo otro cultural. De ahí que al hablar de inclusión e integración social se haga imprescindible generar estrategias claras de reconocimiento a la diferencia y a la diversidad, que a la larga conduzcan a generar cambios en las estructuras de poder.

Y en la Asamblea Constituyente...

Las organizaciones indígenas, campesinas, afroecuatorianas y montubias, llegaron a la Asamblea Constituyente sin una agenda común. Desde la CONAIE se había hecho un esfuerzo grande para lograr consensos a su interior y existía una propuesta sobre los alcances que esta organización daba a la plurinacionalidad. Frente al debate colocado entre plurinacionalidad e interculturalidad, la Asamblea Constituyente optó por reconocer al Estado ecuatoriano como intercultural y plurinacional.

Pero ¿cuáles son los alcances que dio la Asamblea Constituyente a la plurinacionalidad? El proyecto de nueva constitución perfila la plurinacionalidad en los siguientes ámbitos: 1) el reconocimiento

de territorios indígenas, afroecuatorianos o de pueblos montubios que pasarán a asumir las mismas competencias del gobierno seccional de la escala correspondiente. 2) Se establece el “Sumak Kawsay” o buen vivir como el objetivo a alcanzar en el proceso de desarrollo. 3) la ampliación de los derechos colectivos. 4) el reconocimiento a la justicia indígena, en el marco del respeto a los derechos humanos, como una jurisdicción especial. 5) el reconocimiento a las nacionalidades y pueblos indígenas y afroecuatorianos como sujetos de derechos. 6) El fortalecimiento de la Educación Intercultural Bilingüe, bajo la rectoría del Estado, y el fortalecimiento de la interculturalidad en el sistema “hispano” de educación, a través de la enseñanza de los idiomas ancestrales. 7) El reconocimiento de la nacionalidad ecuatoriana por nacimiento para las personas que pertenecen a una nacionalidad indígena reconocida en el país y que nacieron en las zonas de frontera. 8) El reconocimiento del Castellano, Kichwa y el Shuar como idiomas oficiales de relación intercultural y de los demás idiomas como oficiales en las zonas en las que habitan las nacionalidades respectivas.

La agenda de la CONAIE, contemplaba además la representación directa, que no fue aprobada por la Asamblea Constituyente, el cambio en la institucionalidad pública de manera de contar con representación en todas las instancias estatales, el consentimiento informado previo para la implementación de proyectos extractivos en sus territorios. La Asamblea no dio paso al consentimiento informado previo, pero le dio a la consulta el carácter de “previa, libre e informada”, estableció que la consulta será realizada por el Estado y que en caso de que no exista el consentimiento por parte de las colectividades afectadas, se procederá conforme a la ley, dejando de este modo abierto un mecanismo para la resolución del conflicto.

Pero ¿qué implica el Estado Plurinacional?

El Estado Plurinacional es un modelo de organización política para la descolonización de nuestras naciones y pueblos, que hace realidad el principio de la unidad en la diversidad y busca superar el empobrecimiento y la discriminación de siglos de las civilizaciones indígenas. La plurinacionalidad supone un cambio en la estructura del Estado, en el modelo de desarrollo y en la democracia (Cfr., CONAIE: 2007: 9).

En el modelo de desarrollo, la plurinacionalidad implica garantizar el ejercicio pleno de la soberanía popular y superar el neoliberalismo que ha debilitado al Estado privatizándolo y utilizándolo para el beneficio de los grupos de poder económico y político (Cfr., *Ibíd.*). El planteamiento de plurinacionalidad postula una relación distinta entre el Estado, el mercado, la sociedad y la naturaleza. Una relación basada en el *sumak kawsay* o “buen vivir”.

De hecho la idea de desarrollo es inexistente en la cosmovisión de los pueblos indígenas andinos, pues el futuro está atrás, es aquello que no miramos, ni conocemos; mientras al pasado lo tenemos al frente, lo vemos, lo conocemos, nos constituye y con él caminamos. En este camino nos acompañan los ancestros que se hacen uno con nosotros, con la comunidad y con la naturaleza. Compartimos entonces el “estar” juntos con todos estos seres. Seres que tienen vida y son parte nuestra. El mundo de arriba, el mundo de abajo, el mundo de afuera y el mundo del aquí, se conectan y hacen parte de esta totalidad, dentro de una perspectiva espiral del tiempo y no lineal.

Al tratar de explicar las concepciones andinas, necesariamente he tenido que recurrir al “nosotros” porque el mundo no puede ser entendido desde la perspectiva del “yo” de occidente. La comunidad cobija, protege, demanda y es parte del nosotros. Por lo tanto, el pensamiento andino es eminentemente colectivo. La comunidad es el sustento y es la base de la reproducción de ese sujeto colectivo que todos y cada uno “somos”. De ahí que el ser humano es una pieza de este todo, que no puede ser entendido en sus partes. La totalidad se expresa en cada ser y cada ser en la totalidad. “El universo es permanente, siempre ha existido y existirá; nace y muere dentro de sí mismo y sólo el tiempo lo cambia” (pensamiento kichwa). De ahí que hacer daño a la naturaleza es hacernos daño a nosotros mismos. Cada acto, cada compartimiento tiene consecuencias cósmicas, los cerros se enojan o se alegran, se ríen o se entristecen, sienten... piensan...existen (están).

El *sumak kawsay*, o vida plena, expresa esta cosmovisión. Alcanzar la vida plena es la tarea del sabio y consiste en llegar a un grado de armonía total con la comunidad y con el cosmos.

Si recurrimos a la “traducción cultural” que nos sugiere Boaventura de Sousa Santos (2006: 32, 39 – 41, 49), nuestro debate sobre el desarrollo se enriquece enormemente: ya no estamos hablando de crecimiento económico, ni del PIB, estamos hablando de relaciones, de amplias relaciones, entre los seres humanos, la naturaleza, la vida comunitaria, los ancestros, el pasado y el futuro. Esto implicaría que ya no estamos hablando de Estado y mercado exclusivamente como elementos del desarrollo, sino que hablamos de Estado, mercado, naturaleza y sociedad. De ahí que pensar en el buen vivir (*alli kawsay*) para alcanzar el *sumak Kawsay* (la vida plena) nos conduce a pensar qué relaciones debemos entablar entre estado, mercado, naturaleza y sociedad.

La plurinacionalidad promueve la justicia económica y pregona la igualdad. La lucha por la igualdad es también la lucha por el reconocimiento de la diferencia. Igualdad no es sinónimo de homogenización. Ni diferencia sinónimo de desigualdad. No existe una verdadera disyuntiva entre las políticas que promueven la igualdad en términos redistributivos y aquellas que promueven el reconocimiento a las diferencias y las particularidades culturales. Igualdad y diferencia no son dos nociones contrapuestas, por el contrario constituyen dos dimensiones de la justicia social. Este es el sentido de la unidad en la diversidad. De ahí que para construir una sociedad democrática y pluralista la orientación estratégica busque la transformación en tres planos articulados entre sí: el socio – económico para asegurar la igualdad, el político que permita cambios en las estructuras de poder, de manera que la diferencia deje de ser un elemento de dominación y opresión y el socio – cultural, encaminado al reconocimiento de la diferencia y a abrir las posibilidades para un aprendizaje entre culturas (Díaz Polanco, 2005: 61-63).

En el plano de la democracia, el Estado Plurinacional supone la construcción de un Estado radicalmente democrático: recupera y fortalece el Estado y la sociedad para garantizar el ejercicio pleno de la soberanía popular. La plurinacionalidad supone el reconocimiento a las autoridades de los pueblos y nacionalidades, elegidas de acuerdo a sus usos y costumbres, dentro del Estado unitario, en igualdad de condiciones con los demás sectores de la sociedad. De ahí que la plurinacionalidad reconoce y valora las distintas formas de democracia existentes en el país: la democracia comunitaria, la democracia deliberativa, la democracia participativa nutren y complementan a la democracia representativa, promoviendo un verdadero ejercicio democrático intercultural.

Y la construcción de un Estado radicalmente democrático es también la construcción de un estado policéntrico. De ahí que la plurinacionalidad va de la mano con la descentralización y no con el debilitamiento del Estado. Podemos tener un estado fuerte y descentralizado, con una sociedad fuerte.

Pensar que la plurinacionalidad implica “crear un Estado dentro de otro Estado” o es un mecanismo para garantizar privilegios indebidos, es tan absurdo como pensar que los gobiernos locales de un país son Estados dentro del Estado. El carácter unitario del Estado no está en cuestión de ninguna manera, pero se trata de un Estado que reconoce las diversas formas de ejercicio de la autoridad existentes en el país y la capacidad de los pueblos de autodeterminarse, una dimensión clave de la soberanía popular.

Autodeterminación es algo muy distinto a independencia (De Sousa, 2007: 31- 33). Así como los gobiernos seccionales en este país gozan de autonomía y son dueños de sus propias decisiones, así también las nacionalidades y pueblos indígenas y afroecuatorianos tienen el derecho de ejercer sus propias formas de gobierno, de acuerdo a sus prácticas tradicionales y dentro del marco jurídico del Estado unitario. Hay que recordar que los pueblos indígenas del Ecuador han sido quienes más han defendido la soberanía territorial del Ecuador, y la han defendido con su misma vida. Cuando las elites defienden la autonomía, saludamos y recogemos este concepto, pero cuando la defensa de la autonomía viene desde los pueblos, los acusamos de separatistas. No estamos hablando de separatismo, estamos hablando de unidad reconociendo la diversidad, de la construcción de un nuevo tipo de autonomía, basada en la solidaridad en el reconocimiento de aquellos que invisibilizamos por siglos, de aquellos que en palabras de Galeano son los “nadies”:

“Los nadies: Los hijos de nadie, los dueños de nada.

Los nadies: los ningunos, los ninguneados, corriendo la liebre,

muriendo la vida, jodidos, rejodidos:

Que no son, aunque sean.

Que no hablan idiomas, sino dialectos.

Que no profesan religiones, sino supersticiones.

Que no hacen arte, sino artesanía.

Que no practican cultura, sino folklore.

Que no son seres humanos, sino recursos humanos.

Que no tienen cara, sino brazos.

Que no tienen nombre, sino número.

Que no figuran en la historia universal, sino en la crónica roja de la prensa local.

Los nadies, que cuestan menos que la bala que los mata." (Galeano, 2007: 59).

La plurinacionalidad implica una ruptura con la noción liberal de la nación, aquella según la cual a cada Estado le corresponde una nación. El reconocer que un Estado no deja de ser unitario por estar constituido por múltiples naciones es sin duda un avance democrático, pero también un avance teórico-político, basado en la concepción de la diversidad. La existencia de múltiples naciones conlleva además al reconocimiento de múltiples adscripciones identitarias, el ser indígena y el pertenecer, por lo tanto, a una nacionalidad originaria, no implica el dejar de ser ecuatoriano. Los indígenas entonces son sujetos de una doble identidad, la identidad indígena y la identidad ecuatoriana. La plurinacionalidad implica la construcción de una cultura común, de una identidad compartida, que en nuestro caso es la ecuatoriana

Por último, la plurinacionalidad conlleva la construcción de una sociedad post-colonial. El colonialismo no terminó con la independencia, pues la creación de nuestras repúblicas no implicaron una lucha contra el sistema monárquico, sino el alcanzar la independencia de la corona española. Las diversidades fueron consideradas como un obstáculo para el "progreso" y por consiguiente, las elites impulsaron un proceso de homogenización de los sectores subalternos, caracterizados como carentes de potencial político para plantear o constituir una alternativa para pensar el país. De este modo, el nacimiento de la república ecuatoriana está signado por la exclusión de las mayorías de la construcción nacional (Cfr., Ramón, 2004: 23 - 24).

La idea de emancipación del pueblo, con la que se rompió los lazos coloniales, chocó con los hábitos políticos coloniales profundamente arraigados en las sociedades latinoamericanas. Emancipar empieza a adquirir el significado de "civilizar" al pueblo de su atraso y anarquía (Villavicencio, 2003: 86). En el siglo XIX imperaba la idea de que el pueblo no estaba preparado para regirse por un sistema republicano superior a su capacidad. De ahí el intento de fundar la república "desde arriba" (Cfr., Ibíd.: 81 - 82). El mantenimiento del colonialismo interno, que ha generado profundos procesos de exclusión, requieren de acciones afirmativas hacia los grupos excluidos que permitan superar la discriminación en una perspectiva de justicia histórica.

Bibliografía

- CONAIE, 2007, *"Propuesta de la CONAIE frente a la Asamblea Constituyente. Principios y lineamientos para la nueva constitución del Ecuador"*, Quito: CONAIE.
- De Sousa Santos, Boaventura, 2007, *"La reinención del Estado y el Estado plurinacional"* en OSAL Año VIII, N° 22, septiembre, Buenos Aires: CLACSO.
- De Sousa Santos, Boaventura. 2006, *"Renovar la teoría crítica y reinventar la emancipación social"*. Buenos Aires: CLACSO.
- Díaz Polanco, Héctor, 2005. "Los dilemas del pluralismo", en: Pablo Dávalos (comp.) *"Pueblos indígenas, estado y democracia"*, Buenos Aires, CLACSO.

Galeano, Eduardo. 2007. *“El libro de los abrazos”* Buenos Aires: Catálogos.

Guerrero, Fernando y Ospina, Pablo, 2003. *“El poder de la comunidad: Ajuste estructural y movimiento indígena en los Andes ecuatorianos”* Buenos Aires: CLACSO Colección de Becas de investigación CLACSO – Asdi.

Ramón, Galo, 2003. “Estado, región y localidades en el Ecuador (1808 – 2000)”. En: Báez, Ospina y Ramón, *“Una breve historia del espacio ecuatoriano”* Quito, CAMAREN – IEE, 2004.

Villavicencio, Susana, 2003. “La (im) posible república”. En Borón, Atilio (Comp.), *“Filosofía Política Contemporánea: Controversias sobre civilización, imperio y ciudadanía”* Buenos Aires: CLACSO.

II.3. Constituciones: ¿Coexistencia, renacimiento o hibridación de las distintas fuentes de legitimidad ?

Por el Instituto de Investigación y debate sobre la Gobernanza⁴⁵

Advertencia a los lectores:

El presente documento es la síntesis de una sesión del encuentro multi-actores organizado en Polokwane-Sudáfrica, del 17 al 19 de junio de 2009 por el Instituto, dentro del marco del Recorrido Internacional de Debate y Propuestas sobre la Gobernanza en su sección en África. Las actas de dicho encuentro están disponibles en el sitio del IRG en la siguiente dirección: <<http://www.institut-gouvernance.org/fr/ouvrage/fiche-ouvrage-25.html>>.

Nos pareció oportuno presentar este texto en el presente informe dado que pone de manifiesto de qué manera se plantea el tema del pluralismo en la subregión de África Austral desde el momento en que se abre el debate sobre las Constituciones. Más aún, fue con ocasión de ese coloquio que surgió la iniciativa de lanzar un grupo internacional sobre las Constituciones, en consonancia con el trabajo que se estaba realizando en África.

Cierto es que los debates se focalizaron sobre la región de África Austral pero, como en todos los encuentros coordinados por el IRG, asistieron participantes de Europa, de América y de otras subregiones de África. Gracias al entrecruzamiento de esas diversas miradas fue posible realizar una puesta en perspectiva específica sobre el objeto Constitución en África Austral, yendo más allá de los debates ya conocidos sobre las constituciones endógenas (resultantes de procesos de elaboración participativos) y abordando el punto esencial de su dimensión política. El desafío de las Constituciones como encarnación del “contrato social” de una sociedad, especialmente mediante la inclusión del pluralismo social y por ende normativo, surgió como uno de los desafíos centrales para una gobernanza democrática legítima.

“Las élites que condujeron a nuestro país a la independencia estaban muy influenciadas por el pensamiento occidental, por la primacía de la legalidad y la necesidad de tener Constituciones para suprimir lo que ellas consideraban como una potencial caja de Pandora: el faccionalismo generado por la religión o el tribalismo. (...) Así pues, esa tendencia se difundió hacia los movimientos de liberación de izquierda o marxistas, lo que minimizó el papel de la religión y de la tradición en la supuesta nueva sociedad que querían construir. Se hizo hincapié entonces en la Constitución más que en una reconciliación con la tradición o la religión. Aun cuando, tal como lo demuestra este coloquio, la tradición y la religión son importantes y constituyen de algún modo una caja constitucional”

Miguel DE BRITO

(Cita extraída del coloquio, traducción del inglés)

45. Este grupo nació del Foro de Addis-Abeba, co-organizado por la Comisión de la Unión Africana y la Alianza para Refundar la Gobernanza en África en noviembre de 2005, foro cuyo Plan de Acciones prevé la implementación de un Grupo Interafricano de Investigación sobre los Modos de Gobernanza en África. Es un grupo pluridisciplinario abierto a los investigadores universitarios pero también a los tradicionalistas. Nació en África Occidental con ocasión de un taller organizado en Lomé en 2008 sobre el tema “¿Qué alternativas constitucionales para África?”. Su vocación es ampliarse a las demás regiones de África. Su finalidad es contribuir a la autonomía intelectual del continente y tiene por objeto contribuir a la construcción de modelos constitucionales representativos de las realidades de África, particularmente en el plano de los valores y de las instituciones. Es coordinado por la Alianza para Refundar la Gobernanza en África.

La naturaleza de los procesos constitucionales en África Austral es conocida por sus particularidades participativas e incluyentes, pero también por sus resultados: Constituciones endógenas (home grown) que reflejarían el pluralismo de las sociedades que rigen.

A través de la observación de la diversidad de las Constituciones de África Austral en la actualidad podemos entender su legitimidad propia y su capacidad para favorecer la interacción positiva de las distintas fuentes de legitimidad que conviven dentro de las sociedades que dichas Constituciones deben regular. ¿De qué manera esas Constituciones articulan la diversidad de autoridades, la pluralidad de normas y de valores vehiculados por las diferentes fuentes de legitimidad del poder mencionadas en la primera sesión? Desde este punto de vista se plantearon los siguientes interrogantes: ¿las Constituciones son la fuente de reconocimiento o un vector de reconocimiento de esas diversas legitimidades?, ¿cómo se traducen esos textos en la práctica?, ¿cuáles son los principales obstáculos para su aplicación y su respeto por parte de las poblaciones involucradas?

La cuestión constitucional es central. Permite entender mejor la diversidad de las concepciones y comprensiones del papel de las Constituciones nacionales en la subregión y, desde un punto de vista comparativo, en África Occidental.

Surgen de este análisis dos ejes principales: por un lado, la afirmación de una adhesión de principio consensual a la Constitución en tanto fuente de legitimidad del poder; por otro lado, la constatación de un desfase evidente entre esta primera afirmación y la práctica, lo cual conduce a relativizar el arraigo sociológico de la legitimidad constitucional.

Una adhesión bastante generalizada a la norma constitucional como fuente de legitimidad del poder político

La Constitución en África Austral garantiza un conjunto de normas fundamentales y define cierto tipo de ordenamiento institucional. Representa también, y sobre todo, la existencia de un consenso en el seno de las sociedades del Sur de África en torno a valores y aspiraciones comunes. La Constitución encarna de un modo u otro el “contrato social” fundador de los países de la subregión. Por esa razón, la Constitución ha sido establecida como fuente primera de legitimidad política de los países abordados en el Coloquio. Los debates sobre la realidad y sobre la importancia del control de constitucionalidad en la región ilustraron la importancia de ello, especialmente en relación con el resto del continente africano.

¿Cómo entender esa fuerza simbólica del objeto constitucional que la mayoría de los participantes se ocupó de destacar?

En muchos países de África Austral las Constituciones se perciben como el resultado de procesos incluyentes, participativos y abiertos. La Constitución sudafricana de 1993 es sin lugar a dudas el mejor ejemplo. Paul Hoffman lo evoca del siguiente modo: “[esta Constitución] es la culminación de un proceso de siete años que permitió la expresión de una representación de intereses muy amplia (dos millones de personas habrían participado)”. Es por ello que, según él, esa Constitución goza hoy en día de una profunda legitimidad entre diversos actores de la sociedad sudafricana, tanto entre las poblaciones como en la clase política. Esa fuerza simbólica vinculada a los procesos participativos

e incluyentes también existió en África Occidental, recordó Assane Mbaye, quien insistió sobre el papel que jugaron las “Conferencias Nacionales” en la elaboración de las Constituciones en África Occidental después de la ola de democratización que tuvo lugar a comienzos de los años ‘90. Sin embargo, los debates mostraron luego que esa legitimidad procedimental se veía fragilizada y hasta cuestionada por los procesos de reforma utilizados en la actualidad. Así por ejemplo, en Senegal, la mayor parte de las reformas constitucionales son lanzadas unilateralmente por el poder ejecutivo.

El contexto histórico de elaboración de las constituciones post-liberación o apartheid de África del Sur está íntimamente ligado a los movimientos de liberación nacional y, en el caso de Sudáfrica en particular, a la lucha contra el apartheid. En el imaginario colectivo, las Constituciones simbolizan entonces ampliamente la reapropiación de sus destinos por parte de las poblaciones y el advenimiento de un régimen político más cercano a las aspiraciones populares. La existencia de Constituciones nacidas de procesos nacionales y endógenos es por lo tanto una fuente fundamental de legitimidad, que se opone a los testimonios presentados por varios participantes al seminario procedentes de África Occidental y que deploraron el carácter demasiado “importado” de las constituciones nacionales de su región.

Por último, la importante penetración de la “cultura legal” en los países de África Austral aparece también como un factor esencial de la legitimidad de las Constituciones actuales. Dominique Darbon nos señala además que tal predominancia de las normas legales dentro de la diversidad de los contextos locales no tiene equivalente en el resto de África. Como lo recuerda M. De Brito, la normatividad jurídica, y particularmente la constitucional, construye también barreras de protección contra los riesgos como el faccionalismo o la violación de los derechos humanos que pueden emanar de excesos en algunas prácticas ligadas a fuentes diversas de legitimidad.

Existe un fuerte apego al símbolo constitucional como fuente trascendente de legitimidad del poder político en la subregión. No obstante ello, se observa un desfase entre la realidad de una élite y la de la mayoría de la población. La cuestión del constitucionalismo se plantea entonces: ¿se puede considerar que África Austral se caracteriza por una situación de Constituciones no arraigada en una cultura del constitucionalismo?

¿Constituciones sin constitucionalismo?

Un desfase entre la existencia de textos y su verdadera aplicación

El punto central de los debates se manifiesta en el vínculo entre una legitimidad reconocida de la Constitución y la realidad de las prácticas del constitucionalismo, realidad ampliamente cuestionada en la actualidad. La expresión de “Constitución sin constitucionalismo” del Dr. Hastings Winston Opiya Okoth-Ogendo, designa ese creciente abismo entre un símbolo fundador de las sociedades post-liberación o post-apartheid y su aplicación y respeto. Según Pauline Dempers: “hoy en día, el desafío no radica en la existencia o no de una Constitución sino en su puesta en práctica por parte de los decisores”. El primer elemento de cuestionamiento de la práctica constitucional parece provenir, en la mayor parte de los países de la región, de los gobiernos mismos. El debilitamiento de

la independencia del poder judicial a favor del ejecutivo, o incluso más generalmente del principio de la separación de los poderes, la erosión de la frontera entre un partido que está en el poder, como el ANC y el Estado en su conjunto, ponen en tela de juicio la capacidad de las Constituciones para regir y regular efectivamente los poderes. En consecuencia, Paul Hoffman llamó a acrecentar un control, por parte de los actores de la sociedad civil especialmente, de esta práctica del constitucionalismo por parte del mismo Estado. La Constitución sudafricana ofrece los medios jurídicos para controlar la actividad del gobierno, pero es cada vez más difícil ponerlos en práctica. Esa necesidad de control remite a un principio fundamental: la legitimidad del objeto constitucional no es algo que viene dado eternamente, sino que debe ser consolidado por la práctica, alimentado constantemente por la transparencia de los procedimientos de reforma y el estricto respeto de los principios que de allí emanen. La legitimidad constitucional es un proceso “dinámico” y “político” que puede ser malogrado por ciertas prácticas del constitucionalismo. Esta perspectiva es corroborada por Assane Mbaye, que explica que es precisamente esa debilidad de la práctica del constitucionalismo lo que fragiliza fuertemente la legitimidad constitucional en África Occidental: “Si la Constitución debe servir como instrumento de limitación de los poderes, los jueces de África Occidental pocas veces lo entienden de ese modo y así menoscaban la utilidad y la legitimidad de nuestras constituciones”. El ejemplo senegalés muestra la frecuencia de las reformas unilaterales de la Constitución llevadas adelante por el gobierno y destinadas a adaptar los marcos jurídicos a las coyunturas electorales y políticas del país.

Una legalidad constitucional afirmada pero una legitimidad constitucional por fortalecer

La legitimidad de los principios constitucionales depende del respeto que le otorga la población. Aunque los procesos constitucionales de algunos países, especialmente Sudáfrica, hayan sido dinámicas más abiertas e incluyentes que en la mayoría de los demás países africanos, ¿despiertan hoy en día en las poblaciones una “confianza”, una “identificación”, un “respeto” y un “apego” suficientes? Esta pregunta coincide ampliamente con lo que plantea Assane Mbaye cuando escribe: “La pregunta es difícil, casi tabú. En efecto, si la Constitución no es respetada, y si el constitucionalismo no está en su esplendor, ¿no es esto, en parte, a causa de los valores mismos que ellos vehiculan y que los fundan?”. La legitimidad atribuida a una entidad o una norma se basa en las percepciones y las expectativas de sus sujetos. Muchos son los análisis que concluyen por relativizar la afirmación de una adhesión práctica unánime de las poblaciones a las normas constitucionales de la región. Zimbabwe, por ejemplo, ilustra claramente este riesgo de desconexión entre una Constitución y el pueblo que la sostiene. El paso de una Constitución “colonial” impuesta por el imperio británico a una Constitución endógena no resuelve por sí solo la ecuación de su legitimidad. La polarización de la vida política y de la práctica del poder en torno al Partido-Estado también constituye un fuerte vector de desconexión entre la Constitución y las poblaciones.

Un arraigo sociológico y una práctica constitucional por consolidar

Nos interesamos ahora por el origen del desfase entre la fuerza simbólica reconocida a las Constituciones y la práctica. Al hacer esto, identificamos pistas capaces de fortalecer la adhesión de las poblaciones a la norma constitucional:

-Las Constituciones son objetos históricos y políticos

La potente adhesión a la norma constitucional depende por lo general del imaginario político. La dimensión altamente política de una Constitución suele ser reveladora del estado de las relaciones de fuerza y del contexto político de un país en el momento de su elaboración. Según Maurice Engueleguele, la Constitución no es percibida solamente como una herramienta jurídica sino también como un instrumento político. A su entender, cada Constitución aparece antes que nada como el resultado de un compromiso político entre las fuerzas presentes en un período determinado. Por más que una Constitución pueda ser incluyente en su proceso de elaboración, eso no basta para convertirla en un objeto intangible. Y si los procesos de reforma no son incluyentes a su vez, la Constitución va perdiendo entonces su legitimidad. Es también lo que evoca el profesor André Mbata Mangu cuando menciona la Constitución sudafricana de 1993 como el resultado de un compromiso sutil entre el gobierno del Apartheid y los movimientos de liberación. Existe un riesgo de “fetichismo constitucional” que es denunciado. Así por ejemplo, Dominique Darbon insiste sobre la existencia de una forma de “historia sagrada” (holy story) vinculada con el origen mismo de los procesos constitucionales, y sobre la imposibilidad de mantener al objeto “Constitución” únicamente dentro del campo de lo legal/racional. El constitucionalismo, cuyo origen se remonta a Europa a fines del siglo XVIII, proviene de una forma de ideología que apuntaba a oponerse a la monarquía de derecho divino, y más globalmente al poder absoluto. El constitucionalismo no puede entonces ser entendido fuera de sus orígenes históricos y socioculturales.

Entender de este modo los procesos constitucionales permite abordarlos de manera dinámica, lo cual lleva asimismo a considerar a las Constituciones a partir de las sociedades que se supone que encarnan y acercarse más a los contextos, a los mitos fundadores y unificadores y a las evoluciones propias de cada una de ellas.

-La normatividad constitucional tiene por vocación reflejar el pluralismo social y por lo tanto tomar en cuenta la diversidad de las fuentes de legitimidad

En el centro de la problemática de la legitimidad constitucional aparece entonces su capacidad para reflejar la diversidad de fuentes de legitimidad que conviven dentro de cada sociedad (legitimidad de la norma religiosa, legitimidad de la autoridad tradicional, legitimidad histórica de los movimientos de liberación nacional y de sus héroes, etc.). Pues la proclamación de los valores de una nación constituye uno de los puntos de encuentro entre la Constitución y la exigencia de legitimidad. “Las Constituciones de los Estados deben ser el reflejo de la diversidad social”. Ahora bien, ¿es suficiente con mencionar en las Constituciones a las otras fuentes de legitimidad del poder para que esas Constituciones ya reflejen efectivamente el imaginario colectivo que surge del pluralismo social?

Dentro de las Constituciones de la región hay que tomar en cuenta las “referencias” formales a una diversidad de fuentes de legitimidad, cada una de ellas encarnadas por autoridades y sistemas normativos diferentes. Por ejemplo, ¿cómo se integran los liderazgos tradicionales de Lesoto, o bien los jefes de la Asambleas oficiales de Zimbabwe, dentro del texto constitucional? Los movimientos de liberación nacional también tienen una fuerte influencia en las Constituciones nacionales, particularmente en las de Zimbabwe y Namibia. Más globalmente, en relación a las autoridades

tradicionales, podemos preguntarnos entonces si el reconocimiento formal de autoridades, normas o incluso valores procedentes de fuentes de legitimidad que no son la Constitución ya constituyen una fuente de legitimidad para aquéllos o si se trata más bien de una simple formalización de una legitimidad arraigada en creencias tradicionales, religiosas, etc.

En consecuencia, esa integración “oficial”, esa “legalización” o “formalización”, ¿permiten que las Constituciones sean aceptadas como primera referencia normativa por las poblaciones? ¿La totalidad de los actores del país considera a la Constitución, y más ampliamente a la normativa estatal, como la regla compartida que rige sus comportamientos, como el marco social y cultural dentro del cual piensan y actúan? (Eberhard 1997). El Jefe Lerotholi nos señala, desde este punto de vista: “No nos hemos convertido en seres nuevos con el advenimiento de estas nuevas Constituciones. Nos consideramos todavía como pueblos “tradicionales”, guiados por ciertas prácticas culturales. Se abre un abismo entre lo que la Constitución nos propone y lo que las poblaciones consideran como sus prioridades”. Dichas prioridades pueden resultar de una apreciación de valores muy diferentes a los que se afirman en la Constitución. Así, por ejemplo, algunos jefes sudafricanos dicen sentirse muy incómodos con las disposiciones constitucionales que se refieren a la prohibición de la pena de muerte o a los derechos de los homosexuales.

“La ley puede ser considerada como la legitimidad formal, pero todo lo que resulta de la legitimidad no está sistemáticamente incluido en la legalidad”, recuerda André Mbata Mangu. En efecto, la tendencia frente al pluralismo jurídico de hecho es reconocer la existencia de otros órdenes jurídicos (tradicionales, religiosos, etc.), pero solamente los que son reconocidos por el Estado. Además, esta formalización o legalización de la legitimidad muy pocas veces toma en cuenta los valores subyacentes encarnados en esas otras fuentes de legitimidad, como tampoco los otros polos de elaboración de la norma (ya que el Estado no es, en los hechos, la única fuente de poder normativo). En resumen, en lugar de encarnar el dinamismo de las sociedades, a veces puede inmovilizar su estructuración y sus regulaciones. La hibridación de los valores normativos subyacentes refuerza la naturaleza viva de la institucionalización allí adonde el pluralismo jurídico restrictivo tiende a paralizar o *folclorizar* a esos valores. Lo que está en juego son los verdaderos grados de articulación entre las prácticas locales y las normas constitucionales, tal como lo señala Dominique Darbon: “¿Qué pasa si una mayoría de la población se remite en primer lugar a la tradición y la Constitución se convierte en un elemento de regulación periférico? ¿La ley consuetudinaria debería entonces ser incluida en la Constitución? ¿Debemos cambiar la Constitución o la ley consuetudinaria?” A la manera de Ross Herbert podemos preguntarnos entonces qué es una “buena” Constitución. “¿Qué es una Constitución elaborada con pertinencia? Es una Constitución capaz de entender la manera en que se comporta la población”.

*

Hay tres grandes desafíos relativos a la legitimidad de los procesos constitucionales por un lado, y de las Constituciones por otro: ¿de qué modo pueden las Constituciones ir más lejos en la articulación entre un umbral de valores colectivos e internacionalmente reconocidos y la especificidad de los modos de regulación propios de cada sociedad?; ¿cómo permitir, además, que se tome en cuenta la evolución de los modos de regulación propios de cada sociedad?; ¿cómo garantizar que la legitimidad

y la aplicación efectiva de las normas constitucionales no sean puestas en tela de juicio por las mismas prácticas constitucionales?

El objeto “Constitución” es, al mismo tiempo, fuente y vector de legitimidad. En la mayoría de los países de África del Sur los procesos constitucionales resultaron de procesos participativos e incluyentes propulsados por una dinámica de reconciliación nacional. De allí se deriva su carácter innovador y eminentemente político, que ha dado lugar a textos constitucionales internacionalmente reconocidos por su voluntad de tomar en cuenta el pluralismo social de las sociedades en cuestión. Sin embargo, persiste todavía un desfase entre esa referencia o mención constitucional y la práctica cotidiana de las poblaciones. Estas últimas, en su mayoría, no encuentran hoy por hoy en la constitución y la normatividad legal racional que de ella se deriva (derecho público, etc.) una fuente de regulación que estructure sus prácticas cotidianas. La tradición y/o la religión siguen siendo movilizadas como sustituto de la norma legal/racional, o a veces en situación de competencia con ella.

En ese nivel, el pluralismo jurídico permite abrir nuevas perspectivas. Si la legitimidad del poder no puede fundarse sobre la referencia a una sola fuente de legitimidad (la legitimidad internacional, legal/racional, etc.), tampoco puede confundirse con una simple superposición de las distintas fuentes de legitimidad del poder. El tema de la legitimidad del poder no puede resolverse mediante un efecto mosaico. Requiere de un mestizaje y una hibridación, es decir del surgimiento de una nueva normativa que supere la simple adición (en este caso la simple referencia) de las distintas fuentes de legitimidad. La gobernanza legítima necesita, en efecto, una búsqueda creadora que debe arraigarse en el análisis de las prácticas de confrontación, de hibridación, etc., entre las distintas fuentes de legitimidad. Tal como lo señala Dominique Darbon, “la gobernanza no concierne solamente el dominio de un orden (normativo) por sobre los demás o la coexistencia de esos diversos órdenes: también es la discusión y el seguimiento, la organización de los impactos de sus hibridaciones”.

II.4. Constituciones y constitucionalismo en África: informe de la situación y diagnóstico elaborado en conjunto sobre África Occidental, Austral, Oriental y Central

Por Télésphore ONDO⁴⁶

Las reflexiones sintetizadas en la presente ficha son fruto de un análisis transversal realizado por Télésphore Ondo sobre la base de los debates que tuvieron lugar en cada uno de los encuentros subregionales coordinados por el IRG desde 2007 en África, dentro del marco del Recorrido internacional de debate y propuestas sobre la gobernanza. Con el propósito de poder profundizarlos, el IRG y sus colaboradores lanzaron el Grupo Internacional sobre las Constituciones y el Constitucionalismo (GIC).

Informe de la situación y diagnóstico elaborado en conjunto

Los años 1990 se caracterizaron por una verdadera efervescencia constitucional en África que consagró la democracia pluralista después de tres décadas de dictadura fundada sobre el sistema monolítico. Esa renovación constitucional y democrática, llevada adelante por las fuerzas vivas de la nación, fue particularmente portadora de esperanza para las poblaciones.

Esa esperanza que se puso en las nuevas o reformadas Constituciones se justificaba al menos por dos grandes razones.

Por un lado, era la primera vez que los procesos de elaboración o de reforma de las Constituciones, manifiestamente en ruptura con el pasado constitucional reciente, eran abiertos, inclusivos y participativos. En efecto, los procedimientos constituyentes hicieron creer legítimamente que la constitución era realmente una obra colectiva que involucraba a todos los segmentos de la nación y que, partiendo de allí, los compromisos que formalizaba gozaban de cierta intangibilidad que debía garantizar su durabilidad y preservación contra las voluntades individuales.

Por otra parte, los nuevos textos tenían como rol esencial la descalificación del régimen presidencialista mediante la aplicación de un marco jurídico al poder presidencial y la construcción de un Estado de derecho democrático, garante de los derechos fundamentales de los ciudadanos.

Estos diversos mecanismos contribuyeron ampliamente a fortalecer los valores democráticos y promover los derechos humanos a partir de la legitimación de las Constituciones en los Estados africanos.

No obstante ello, más de veinte años después, el balance de las conquistas democráticas y del desarrollo correlativo de las Constituciones y del constitucionalismo es globalmente moderado, genera perplejidad e interrogaciones frente a un régimen presidencialista inquebrantable que confina a los poderes constituyentes, poniendo así en peligro los avances democráticos y constitucionales y los derechos fundamentales de los ciudadanos.

⁴⁶. Télésphore ONDO es docente en la facultad de derecho de la Universidad Omar Bongo, Gabón, e investigador en el Centro de Estudio y de Investigación sobre el derecho y las Instituciones Políticas (CERDIP) de la Universidad de Omar Bongo.

Esta situación pone de relieve la crisis del constitucionalismo y de las Constituciones africanas, cuyas causas están claramente identificadas: una crisis de la democracia representativa que se deriva del unilateralismo y de la ausencia de consenso de los procesos de reformas constitucionales; una crisis de la justicia constitucional relacionada no sólo con el principio de autolimitación que los jueces se impusieron a sí mismos y con su proximidad real o supuesta con el poder de turno, sino también con las condiciones a menudo restrictivas del conocimiento jurisdiccional que suele favorecer a las instituciones políticas, excluyendo a los ciudadanos; una crisis de legitimidad de la norma constitucional, particularmente en razón de su carácter extrovertido o mimético y de su incapacidad para reflejar la diversidad de los valores sociales y de las fuentes de legitimidad, para regular el poder y para pacificar las relaciones sociales y políticas.

Pistas de reflexión y de propuestas

El desafío de la renovación constitucional es claro: garantizar la efectividad social o la inmersión social y política de las Leyes fundamentales, es decir, interrogarse sobre su legitimidad propia y sobre su capacidad para favorecer las interacciones positivas de diferentes fuentes de legitimidad que coexisten dentro de las sociedades que se supone regulan, dentro de una perspectiva plural.

Deberían evaluarse con mucha rapidez algunas propuestas al respecto:

- la institución de una asamblea constituyente permanente (derivada) que represente un cuarto poder dentro del Estado, garante del carácter sagrado de la Constitución, de la oportunidad y pertinencia de cualquier modificación y emanación de las diversas legitimidades de la sociedad por su composición;
- la reforma o la institución, en el seno de los Parlamentos, de unas segundas Cámaras que reflejen la diversidad social pero de las cuales queden excluidos los partidos políticos y quienes tienen el poder legislativo.

En lo que se refiere a la preservación del carácter consensual de las Constituciones y el mantenimiento de las barreras que simbolizan las limitaciones del poder, se sugiere reflexionar sobre:

- un mejor marco para las iniciativas de revisión constitucional, especialmente mediante la prohibición de que todo actor político inicie una reforma que afecte no sólo al ordenamiento constitucional de su propio estatuto y sus prerrogativas sino también a los derechos fundamentales de los ciudadanos, todo esto garantizado por un control jurisdiccional sobre las leyes de revisión constitucional;
- un mejor marco para el procedimiento de adopción de cualquier reforma, haciendo que sean obligatorias las consultas nacionales previas y procesos inclusivos y ya no exclusivamente políticos, suprimiendo la reforma por vía parlamentaria o bien imponiendo que los procesos de reforma se inscriban en el largo plazo e incluyan una evaluación de la totalidad del texto constitucional, para evitar las modificaciones coyunturales, hechas en la urgencia y que apuntan exclusivamente a instrumentalizar la Constitución con fines partidarios y meramente políticos;
- la internacionalización de las garantías constitucionales mediante el establecimiento de normas de convergencia constitucional a nivel regional y la implementación de mecanismos eficaces de sanción de las violaciones a las Constituciones.

Para concluir, la última categoría de propuestas concierne a la justicia constitucional y tiene que ver con:

- el fortalecimiento de su independencia mediante la modificación de las modalidades de designación de los jueces constitucionales (en particular, o bien la obligación de asociar a organismos no electos en su nominación o bien, más enérgicamente y en virtud de una separación estricta de los poderes, retirar el poder de nominación al ejecutivo y al legislativo, y atribuirlo incluso a la asamblea constituyente);
- la modificación de la composición de las jurisdicciones constitucionales para abrirlas a no juristas en razón de las implicaciones de los temas sobre los cuales estatuyen y que no respondan exclusivamente a consideraciones de orden jurídico;
- la modificación de las condiciones de conocimiento de las jurisdicciones constitucionales, en particular mediante la generalización de la apertura del derecho de acción a los ciudadanos;
- la extensión de las categorías de actos que deben responder al control de constitucionalidad, incluyendo los actos infra-legislativos y la consagración de un principio general de competencia del juez constitucional en tanto intérprete de la Constitución, desde el momento en que el acto que se le somete pueda tener incidencias sobre la interpretación o la aplicación de la Constitución;
- la creación de una justicia constitucional supranacional, juez de apelación contra algunas decisiones de las jurisdicciones nacionales que afecten las normas de convergencia constitucional definidas en el plano regional.

El informe de la situación y el diagnóstico conjunto de las Constituciones y del constitucionalismo en África Occidental, Austral, Oriental y Central llevan a varias preguntas. ¿Las Constituciones africanas pueden constituir el fundamento o un vector de reconocimiento de las distintas legitimidades? Si tal es el caso, ¿cómo articulan la diversidad de las autoridades, la pluralidad de normas y de valores vehiculados por las distintas fuentes de legitimidad del poder? ¿Cómo se traducen esos textos en la práctica? ¿Cuáles son los principales obstáculos para su efectividad y su respeto, tanto por parte de los gobernantes como de las poblaciones? ¿Cómo reestablecer o fortalecer la socialización de la Constitución, o bien la función política y simbólica de la Ley fundamental, más allá de su dimensión jurídica?

Para responder a estas preguntas, el IRG y sus colaboradores lanzaron el Grupo Internacional sobre las Constituciones y el Constitucionalismo (GIC), justificado por la pertinencia del entrecruzamiento de miradas entre el continente sudamericano y el africano, constatada a su vez en el coloquio de Yaundé en 2010 y confirmada por la candente actualidad en la primavera árabe. A través de ese mecanismo, se trata de propiciar un diagnóstico internacional sobre los procesos constituyentes e identificar los criterios de elaboración nacional, de puesta en práctica local y de ajuste en el tiempo favorables a la promoción de Constituciones legítimas que encarnen el proyecto colectivo de las sociedades en cuestión. En resumidas cuentas, se trata de co-elaborar un pensamiento sobre el enfoque plural aplicado a las Constituciones.

III. LA TOMA EN CONSIDERACIÓN Y LA APLICACIÓN DEL PLURALISMO DE PARTE DE LAS DISTINTAS JURISDICCIONES

III.1. Cosmovisión y derechos humanos: Una jurisprudencia basada en un enfoque intercultural La Corte Interamericana de Derechos Humanos

Por Melisa LÓPEZ⁴⁷

De la gestión de las realidades multiculturales ...

La Corte Interamericana de Derechos Humanos⁴⁸, institución judicial autónoma de la Organización de Estados Americanos (OEA) encargada de aplicar e interpretar la Convención Americana sobre Derechos Humanos (CADH), se afirma como un espacio de discusión y de gestión de la coexistencia de las diferentes realidades culturales y normativas presentes en el continente americano. De manera más específica, desde el caso de la Comunidad Mayagna Awas Tingni⁴⁹ en el 2001, la CIDH enfrenta el reto de interpretar la CADH teniendo en cuenta las diversas concepciones del mundo de los pueblos indígenas. La CIDH, remitiéndose al principio establecido por la Corte Europea de Derechos Humanos (CEDH) según el cual las normas internacionales de los Derechos Humanos son “instrumentos vivientes”⁵⁰ y su interpretación debe evaluarse en función de la evolución de las condiciones de vida⁵¹, considera que esas normas deben adaptarse e interpretarse según el contexto en el cual se aplican⁵². Para la CIDH esto implica que la CADH debe implementarse tomando en cuenta el derecho a la identidad cultural de los pueblos indígenas⁵³. La aplicación de ese principio abrió el sistema jurisdiccional interamericano a las diferentes cosmovisiones de las comunidades indígenas. Adaptar los instrumentos internacionales a los contextos significa aceptar que otras prácticas sociales existen y que por consiguiente el sistema interamericano de derechos humanos debe dialogar con esas

47. Doctoranda en el Centro de Estudios y de Investigación en Derecho, Historia y Administración Pública, Universidad Grenoble II, Francia.

48. La CIDH fue creada en 1970 y tiene su sede en San José, Costa Rica. Sus funciones principales son de arbitraje y de consejo. En virtud de la CADH, solo la Comisión Interamericana de Derechos Humanos y los Estados partes pueden interponer un recurso a la CIDH. A diferencia de la Corte Europea de Derechos Humanos, los ciudadanos de los Estados miembros no tienen la autorización para dirigirse directamente a la Corte. Los particulares que consideren que sus derechos han sido violados deben depositar primero una queja en la Comisión. Ésta se pronuncia sobre su admisibilidad. Si se declara el caso admisible y el Estado es considerado culpable, la Comisión presenta generalmente una lista de recomendaciones y una multa por dicha violación. La Corte solo es solicitada en caso que el Estado no respete esas recomendaciones o que la Comisión decida que el caso es de importancia o de interés jurídico particular.

49. Corte I .D.H, Caso de la Comunidad Mayagna (sumo) Awas Tingni, la Comunidad Yakye Axa Vs. Nicaragua. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 31 de agosto de 2001. Serie C No. 79. En este caso, el Estado de Nicaragua había otorgado a una compañía extranjera una concesión para la extracción de la madera en las tierras ancestrales de la Comunidad Mayagna (Summo) Awas Tigni. La CIDH consideró que con esta concesión el Estado de Nicaragua había violado el derecho a la propiedad de los miembros de la comunidad indígena.

50. Este principio se estableció en los casos *Johnston y otros Vs. Irlanda* (No 9697/82) sentencia del 18 de diciembre de 1986, CDH y *Pretty Vs. el Reino Unido* (No 2346/02) sentencia del 29 abril 2002, CEDH.

51. Opinión consultiva OC-16/99 de 1 de octubre de 1999. Serie A No. 16. párr 114. “El Derecho a la Información sobre la Asistencia Consular en el Marco de las Garantías del Debido Proceso Legal.”

52. Con esta fuerte interpretación del principio establecido por la CEDH, la CIDH da paso a una jurisprudencia en la cual la CEDH no incursionó. En efecto, la jurisprudencia de esta última jurisdicción es más moderada en materia de interpretación cultural pues dejó en manos de los Estados y del juez nacional la resolución específica de sus problemáticas socioculturales.

53. Este principio se estableció en el caso Comunidad Indígena Yakye Axa, Vs. Paraguay. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia 17 de junio de 2005. Serie C No. 125.

realidades y tomarlas en cuenta al momento de definir lo que es una violación de los derechos de los pueblos indígenas.

... a la elaboración de un derecho internacional plural en materia de derechos humanos

Las decisiones de la CIDH referentes a las comunidades indígenas mejoraron la comprensión intercultural de los derechos humanos permitiendo un entendimiento de lo que significa un perjuicio según los valores culturales de una comunidad indígena determinada y facilitando la adaptación de las decisiones en materia de violaciones de los derechos humanos a las realidades culturales de los pueblos indígenas. Un procedimiento como este permite una verdadera hibridación de los sistemas normativos movilizados –CADH y normatividad local- por parte de los actores implicados. Acentúa el respeto a las decisiones tomadas por la CIDH en la medida en que estas responden a una concepción y a una finalidad de la justicia aceptadas y reconocidas por los actores implicados.

- El reconocimiento de la propiedad colectiva de las tierras ancestrales

En el caso de la Comunidad Mayagna Awas Tingni, la CIDH adopta un procedimiento intercultural y pronuncia una decisión fundadora a través de la cual asume los retos que implica tomar en cuenta el multiculturalismo para la aplicación del CADH. Esta sentencia también es la primera decisión judicial internacional que estableció los derechos colectivos de los pueblos indígenas a la propiedad de la tierra y los recursos naturales. En este caso, la CIDH, basándose en los testimonios de las personas de la comunidad implicada y en informes de expertos, concluyó que para los indígenas la propiedad territorial se considera como una propiedad colectiva en la medida en que no se concentra en un individuo sino en el grupo y su comunidad. De la misma manera, la naturaleza de las relaciones que los indígenas tienen con la tierra debe reconocerse y comprenderse como la base fundamental de su cultura, su vida espiritual, su supervivencia económica, su preservación y la transmisión de su cultura a las generaciones futuras⁵⁴.

En el 2007, en el caso del pueblo Saramaka Vs Surinam, la CIDH⁵⁵ confirma esta tendencia considerando que el Estado no puede autorizar el desarrollo de proyectos económicos en los territorios de los pueblos indígenas si estos proyectos ponen en riesgo la capacidad de supervivencia del pueblo indígena. La Corte declaró que, para determinar este riesgo, el Estado debe consultar al pueblo indígena antes de llevar a cabo dichos proyectos. De esta manera, la jurisprudencia de la CIDH contribuye a la construcción de un espacio consuetudinario autóctono para la gestión y la protección del medio ambiente en las tierras tradicionales de los pueblos indígenas⁵⁶.

- La influencia de la visión del mundo de los pueblos indígenas en la concepción del perjuicio inmaterial.

54. Ibidem. Parágrafo 149 .

55. Corte I.D.H Caso del Pueblo Saramaka Vs Suriname. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 28 de Noviembre de 2007. Serie C No. 172. Consultar también RIVERA Francisco, RINALDI Karine "Pueblo Pueblo Saramaka Vs Suriname: el derecho a la supervivencia de los pueblos indígenas y tribales como pueblos" En: Revista CEJIL 2008.

56. Ghislain Otis, "Costumbre autóctona y gobernanza medioambiental : el ejemplo del sistema interamericano de protección de derechos humanos".

En el 2004, la CIDH propone una concepción del perjuicio inmaterial desde una perspectiva cultural y colectiva en el caso “masacre de Plan Sánchez Vs. Guatemala”. En el caso de masacres contra pueblos indígenas la Corte consideró como perjuicio inmaterial el hecho que la comunidad no haya podido enterrar, según sus ritos y tradiciones, a los indígenas que fueron masacrados y luego incinerados. Al momento de estimar los perjuicios, la Corte tomó en cuenta el lugar esencial que ocupan los ritos y las costumbres en la vida comunitaria tradicional del pueblo Maya Achi. La espiritualidad de esta comunidad se manifiesta en la relación estrecha que existe entre los vivos y los muertos. Esta relación, se expresa, partiendo de la práctica de los rituales de enterramiento, como una forma de contacto permanente, en solidaridad con los ancestros⁵⁷.

Igualmente en el caso Escué Zapata Vs Colombia ⁵⁸ en el 2007, para hacer la estimación de los perjuicios inmateriales, la Corte consideró la importancia de la relación que existe entre los vivos, los muertos y la tierra en la cultura Nasa, basándose en testimonios de los miembros de la comunidad. En esta cultura, cuando nace un niño es como si brotara de la tierra y siguiera ligado a ella por el cordón umbilical. Y cuando la persona muere debe sembrarse en la tierra. La CIDH estimó que la larga espera de los restos mortales del líder indígena Zapata, asesinado de manera arbitraria por el ejército colombiano, tuvo repercusiones negativas de carácter espiritual y moral para su familia y su cultura, afectando de esta manera la armonía del territorio⁵⁹.

57. En este caso, miembros del Ejército guatemalteco masacraron a 268 personas pertenecientes al pueblo Maya Achi. Los sobrevivientes tuvieron que enterrar los cuerpos incinerados de las víctimas en el lugar del crimen. Corte IDH. Caso masacre Plan Sánchez vs. Guatemala. Fondo. Sentencia del 29 de abril de 2004. Serie C No 105. Citado en: Parra Op. Cit. p. 1.

58. Corte I.D.H. caso Escué Zapata Vs. Colombia. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 4 de Julio de 2007. Serie C No. 165.

59. *Ibidem*. Párrafo 153. Pág. 41.

III.2. Pluralismo jurídico en Bolivia: institucionalización de mecanismos de coordinación y de cooperación entre justicias indígenas originarias y justicia ordinaria

Por Elise GADEA⁶⁰

Desde hace varias décadas en América Latina, las comunidades indígenas luchan para ser aceptadas como pueblos. Este movimiento volvió a ser una demanda política, con el fin que los gobiernos tomaran en cuenta sus especificidades al nivel nacional. El caso de Bolivia es, en la actualidad, uno de los ejemplos más relevantes de reconocimiento político a sus etnias nativas.

La cifra de indígenas en Bolivia es una de la más elevada del continente – es mucho mayor que la población mestiza o la de origen europeo⁶¹. Por otras partes, la ascensión de Evo Morales representa un símbolo político que rompe con las oligarquías tradicionales. Se le considera como el primer presidente indígena del país y su política se basa en destruir los símbolos de la dominación colonial y neocolonial; dando ahora espacio a la promoción de los derechos y a la libre determinación de los distintos pueblos “indígenas - originarios”.

Las políticas públicas de “descolonización” buscan hacer del reconocimiento del pluralismo cultural del país una de sus prioridades: la igualdad entre los distintos pueblos presentes en el territorio nacional está legitimada por la Nueva Constitución Política del Estado Plurinacional Boliviano de 2009, la cual valoriza los derechos colectivos y culturales, y promueve el reconocimiento de las tradiciones y de los saberes indígenas, en particular, conciérnela la aplicación de la justicia.

Así los pueblos indígenas supieron demostrar que el derecho no es fijo, muchas veces se resume a un conjunto de prácticas jurídicas complejas y evolutivas, con una dimensión política, incluso oportunista.⁶² El derecho no es neutro, siempre está culturalmente y socialmente marcado. Este funciona como actor del mundo social, es el modelo tanto como el que sufre los cambios⁶³.

Nos enfocaremos en este artículo sobre un concepto del derecho como un conjunto de doctrinas y de reglas que evolucionan en función de las obligaciones y de presiones sociales, oponiéndonos a una definición según la cual el derecho es su propio fundamento. La definición del derecho esta todavía en debate, sin embargo la definiremos como una selección de normas de conducta vigentes en una sociedad, imponiéndole a un individuo o a un grupo obligaciones que se deben obedecer por razones

60. Elise Gadea es doctorante en antropología en el Instituto de Altos Estudios de América Latina, IHEAL, de París-Sorbona Nueva, sobre el pluralismo jurídico y la aplicación de la ley de Deslinde jurisdiccional en Bolivia.

61. Según el último censo efectuado en Bolivia en 2002 el 62% de la población se identificaba como perteneciente a algún pueblo indígena.

62. Según Gilda Nicolau, Geneviève Pignarre y Régis Lafargue, *“Ethnologie juridique”*, Dalloz, París, 2007.

63. Según Bronislaw Malinowski en *“tres ensayos sobre la vida social de los primitivos”*, edición Pavot & Rivage, París, 2001. Incluyamos en esa definición el derecho o consuetudinario, o sea conocido de todos por la costumbre. Su función consiste en asumir una cooperación que se basa sobre concesiones y sacrificios mutuos con el objetivo de alcanzar una meta común. El derecho, por sus reglas y sus procesos constituye un ente social orgánico.

morales, sentimentales o pragmáticas. Pierre Bourdieu consideraba el derecho y la jurisprudencia como un efecto de las relaciones de fuerza existentes y en particular aquellos intereses de la clase dominante,⁶⁴ a dentro del campo jurídico caracterizado por un proceso de universalización de sus características históricas. Según él no hay “derecho natural”. El contacto entre varias culturas instaaura una relación de poder, haciendo del acceso al saber jurídico, uno de los desafíos de ese enfrentamiento.

Primero nos dedicaremos a analizar el proceso de reconocimiento de la justicia indígena originaria en este país. Veremos como se llego a la promulgación de la ley de Deslinde jurisdiccional y cuales son las principales características de dicho proceso en Bolivia. Luego observaremos que si bien la justicia originaria ingreso en el agenda del gobierno, el pluralismo jurídico no solo sea una invención política sino mas bien una práctica real que revela mucho de la constitución de los pueblos indígenas bolivianos actuales.

El proceso de institucionalización del pluralismo jurídico en Bolivia

La justicia comunitaria indígena, aun reconocida en algunos países, queda muchas veces subordinada a la llamada justicia ordinaria, cuyo origen está en el derecho greco-romano europeo. Por ejemplo, si bien Colombia es pionera en el tema del reconocimiento de la justicia indígena, como lo dice Esther Sánchez, en este país la justicia indígena “*representa una piedra en el zapato*”.⁶⁵ ⁶⁶ El proceso de legitimación llevada a cabo en los territorios indígenas locales de muchos países ha sido novedoso en su momento pero no permite dar cuenta de las verdaderas relaciones entre distintos sistemas judiciales.

En Bolivia el reconocimiento constitucional más reciente de la justicia indígena, pretende garantizar una verdadera igualdad jerárquica entre distintas jurisdicciones. En adecuación con las políticas “descolonizadoras” de este país, la aplicación del pluralismo en la administración de la justicia en Bolivia no quiere aislar los pueblos indígenas del resto de la sociedad, sino más bien posibilitar los encuentros entre los diferentes grupos étnicos.

Desde la Constitución de 1994, la justicia indígena está reconocida pero siempre que esté en adecuación con la justicia ordinaria. Los márgenes de libertad en la implementación oficial de la justicia indígena estaban reducidos. En la Constitución del 2009, Evo Morales no solo reconoció a la justicia indígena originaria dentro de los territorios indígenas, la cual puede ser aplicada en cualquier lugar donde se afecta de cualquier modo los intereses de alguna comunidad indígena.

Según el artículo 191 de la nueva Constitución Política del Estado Plurinacional de 2009 la denominada Justicia Indígena Originaria Campesina no está delimitada territorialmente, materialmente o personalmente. La ley indígena se podría aplicar a todos los casos en que se afecte el interés de alguna comunidad autóctona o que implique a un indígena; ya sea él quien demande o esté causando el conflicto. De hecho en Bolivia la coordinación y las relaciones entre jurisdicciones que aplican la

64. Pierre Bourdieu, «*La force du droit, éléments pour une sociologie du champ juridique*» publicado en el n° 64 («De quel droit ?») de la revista «*Actes de la recherche en sciences sociales*», edición Maison des sciences de l'homme, Paris, 1986.

65. Esther Sánchez, “*El Ejercicio de la Jurisdicción Especial Indígena como Fuente de Legitimidad del Estado Colombiano*”, artículo parecido en seminario del IRG, Lima, 2009.

66. Una realidad que se puede explicar por una cifra muy baja de poblaciones indígenas. En Colombia, Según el último censo nacional de 2005, la población indígena es del 1,03%. Lo que es incomparable con país donde mas de mitad de la población se auto-definen como perteneciendo a un pueblo indígena.

justicia son muy importantes, puesto que la justicia comunitaria no se restringe a límites establecidos, siendo posible para una Autoridad Originaria el juzgar sobre cualquier conflicto que ocurra dentro o fuera de su territorio indígena, así mismo implicar a terceros sin que este sea necesariamente de origen indígena. La relación entre ambas jurisdicciones es fundamental en Bolivia, ya que en la Constitución se borra la jerarquía implícita que existe muchas veces entre jurisdicciones originaria y ordinaria.

La relación de coordinación inter-jurisdicciones solo existe cuando hay igualdad jerárquica. La coordinación es un buen indicador del grado de aceptación de la justicia indígena. Reconocer la justicia originaria no siempre se traduce por la instauración de verdaderos mecanismos de coordinación y de cooperación entre ambas justicias. Por ejemplo bajo la Colonia española la justicia indígena estaba ya reconocida pero solo en los territorios indígenas, limitada a los casos que incluían indígenas y siempre que los casos sean leves⁶⁷. Esta forma de reconocimiento se acerca más a alguna forma de tolerancia, donde la justicia indígena se puede aplicar pero solo en lugar segregado del centro de la vida colonial⁶⁸. Esa forma de tolerancia, basada en un concepto de superioridad de la cultura europea, es restringida y no expresa una verdadera toma en consideración de los méritos y los valores de otras culturas.

En Bolivia no se trata de hacer coexistir dos sistemas jurídicos independientes, que se aplicarán cada uno en su territorio, sino que se crea un sistema integrador con varios subsistemas y varias culturas étnicas jurídicas. Como lo decía Ramiro Molina, se trata de: *“un sistema que se rigen bajo dos tipos de racionalidades, pero bajo una misma lógica.”*⁶⁹ El sistema es uno pero las racionalidades culturales que lo rigen son múltiples. Al igual que una casa que se funda sobre varios pilares, el sistema jurídico en Bolivia trata de encontrar un buen funcionamiento sobre varias lógicas culturales.

El desafío de la aplicación de políticas novedosas sobre el pluralismo reside en el hecho que varias lógicas culturales tienen que interactuar dentro de un mismo conjunto. El equilibrio del sistema global depende de esas distintas culturas como de las interrelaciones que existen entre ellas. Dichas políticas plurinacionales implementadas en Bolivia se inspiran mucho en el enfoque taylorista donde la noción moderna de igualdad se remite a la creación de políticas de la diferencia y del reconocimiento de la especificidad cultural. Para Charles Taylor se considera universal lo que es particular a cada uno. El rechaza las políticas con enfoque neutral, ya que, a su juicio *“impiden un molde hegemónico que no es neutro y que genera discriminaciones”*⁷⁰. Taylor preconiza dejar vivir las culturas y reconocer sus méritos. Según él, el estado no debe garantizar la neutralidad sino más bien el bienestar de toda cultura sin tener miedo a cambiar la cultura dominante.

Inspirándose de este enfoque, el pluralismo jurídico en Bolivia significa un cambio en la administración global de la justicia. Al convertirse en un nuevo sistema plural el antiguo sistema oficial monolítico tiene que evolucionar e integrar nuevos valores culturales de aplicación de la justicia. El pluralismo

67. Las colonias de indios eran controladas por las villas españolas donde vivían los españoles o mestizos pero al ser un sistema reconocido como distintos del principal, este gozaba de una cierta autonomía en la justicia como en la administración concerniente de su territorio.

68. Una segregación que pretende preservar la diferencia cultural y racial entre indios y españoles, basándose en el supuesto de la inferioridad natural de los indios.

69. Ob. Cit. *“¿Dos racionalidades y una lógica jurídica? La justicia comunitaria en el altiplano boliviano”*, Ramiro Molina, Ana Arteaga, Publicación ministerio de Justicia, La Paz, octubre 2008.

70. Charles Taylor, *“El multiculturalismo y la política del reconocimiento”*, México, 2003.

jurídico significa un desafío pero al igual refleja una necesidad real. El malfuncionamiento de la justicia ordinaria estatal o su ausencia en zonas rurales puede explicar, en parte, la permanencia de la justicia originaria en muchas comunidades indígenas: en la época contemporánea, la justicia ordinaria estatal pasa por una verdadera crisis⁷¹, caracterizada por un retardo procesal en todas las instancias formales judiciales (tribunales, fiscalías, defensorías públicas), altos niveles de corrupción e impunidad, constantes abusos por parte de los funcionarios estatales, escasez de fiscales y de jueces, bajos recursos para investigar en las zonas rurales. Al no permitir una buena resolución de todos los casos la justicia ordinaria ha favorecido la permanencia de otras maneras de solucionar los conflictos, que en buena mayoría de ellos, vulnerando directa o indirectamente los derechos humanos como las garantías constitucionales. Así, el reconocimiento de la justicia indígena puede ser visto como una mejor oportunidad en comparación al sistema global.

De hecho en muchas comunidades indígenas bolivianas la colaboración entre jurisdicción ordinaria y Autoridades Originarias se ha implementado desde mucho más antes que la ley lo obligue. En varias comunidades del Altiplano boliviano el juzgado ordinario necesita la cooperación de las Autoridades Originarias como intermediario entre él y la población, para poder traducir las diferencias culturales que dificultan el diálogo entre jueces y comunarios, ya que generalmente, los jueces no conocen bien el modo de vida campesino indígena del lugar donde fueron afectados. La presencia de las Autoridades les permite comprender los casos para poder establecer un juicio entendiendo claramente la situación, son verdaderos “traductores culturales” entre el juez y las partes en juego en el conflicto. Al igual, en muchas áreas rurales no existen fiscales, así que muchas veces la jurisdicción ordinaria pide ayuda a las Autoridades Originarias para investigar.

En el ejemplo estamos refiriéndonos a la escasez de fiscales en zona rural, situación bastante común en todo el territorio nacional, pero hay que cuidarse de no homogeneizar las prácticas de los distintos pueblos indígenas - originarios. En Bolivia están reconocidas oficialmente 36 naciones y pueblos indígenas. Cada nación tiene distintas maneras de administrar la justicia. En realidad no existe en este país una justicia indígena sino varias. Además dentro del mismo pueblo indígena las maneras de administrar la justicia pueden ser variadas debido a las distintas trayectorias e influencias externas que ha conocido cada comunidad, por ejemplo la presencia de sindicatos, de haciendas en el tiempo colonial, la distancia y la accesibilidad de la comunidad con el centro urbano más cercano, así como la interpretación de los valores sociales y culturales.

La diversidad en la administración de la justicia indígena se encuentra tanto en el proceso como en el ámbito de competencia. En algunas comunidades la justicia indígena se especializó en algunos temas. Muchas veces se trata de temas que tienen más relevancia en esas culturas (el tema agrario o en relación con la tierra por ejemplo) o conflictos leves⁷². Pero en otras comunidades el ámbito de competencia que abarca la justicia indígena es mucho más amplio y puede resolver casos penales

71. El Informe de la Alta Comisionada de las Naciones Unidas para los Derechos Humanos sobre las actividades de su oficina en el Estado Plurinacional de Bolivia de 2009 establece que la administración de justicia en este país “continúa sumida en una profunda crisis estructural y de larga data”.

72. La subordinación jurídica impedida por los españoles desde su llegada dejó huella fuerte. En muchas comunidades la justicia indígena sigue siendo vista como una “pre-justicia”.

(asesinatos, violaciones, etc.). Algunas comunidades, las más aisladas, suelen juzgar casi la totalidad de los casos jurisdiccionales.

Hay una heterogeneidad importante en la administración de la justicia en las varias comunidades indígenas del país. Las dificultades al aplicar una norma de coordinación y cooperación entre distintas formas de aplicar justicia no solo emanan del choque cultural entre justicia indígena y ordinaria. Las prácticas y los ámbitos de competencia de los distintos tipos de justicia indígena no son iguales.

La ley de Deslinde jurisdiccional

Ha sido muy difícil sistematizar todas esas prácticas dentro de una sola ley. La Ley de Deslinde jurisdiccional, que pretende establecer mecanismos de coordinación y de cooperación dictados en la Constitución, es primordial ya que define el campo de aplicación de cada una de las jurisdicciones y cuál va a ser la relación entre justicia ordinaria y justicia indígena. En el derecho boliviano la relación entre distintas formas de justicia es primordial porque de ella fluye el equilibrio del sistema en su conjunto. La ley de Deslinde, aprobada por el Senado en diciembre de 2010⁷³ pone varias interrogantes sobre la mesa.

Primero establece en el artículo 5 que “*garantizan el derecho a la vida, y los demás derechos y garantías reconocidos por la Constitución Política del Estado*” y que “*las autoridades de la jurisdicción indígena originaria campesina no sancionarán con la pérdida de tierras o la expulsión*”. ¿Podemos preguntarnos como se van a adecuar esas obligaciones o prohibiciones con las prácticas reales de las Autoridades Originarias⁷⁴? ¿Las Autoridades Originarias aceptarán cambiar sus practicas o el Tribunal Supremo Plurinacional tolerará algunas excepciones de la ley?

Acá vemos emerger “el derecho negociado” que interviene cuando “*las reglas del juego no son más capaces de enfrentar los problemas que encuentran los actores de la vida social y cuando, por razones diversas, el modo formal o oficial de movilización del Derecho (escrito y estático) es inoperante o evanescente. Más precisamente cuando las soluciones usadas anteriormente no pueden aplicarse y que la manera de pensar los contactos sociales debe privilegiar los problemas nuevos todavía por resolver.*”⁷⁵

Luego podemos ver que la ley de Deslinde sigue un enfoque radicalmente distinto al que caracterizaba la aplicación del pluralismo jurídico en la Constitución. Si bien la Constitución plantea un reconocimiento amplio de la justicia indígena esta ley lo restringe. El ámbito de competencia extra-territorio indígena, presente en la Constitución, desaparece en la ley de Deslinde Jurisdiccional. Además en la ley de Deslinde la justicia indígena no puede juzgar los casos cuyos ámbitos de competencia son, según el artículo 10 de dicha ley:

“a) En materia penal, los delitos contra el Derecho Internacional, los delitos por crímenes de lesa humanidad, los delitos contra la seguridad interna y externa del Estado, los delitos de terrorismo, los delitos tributarios y aduaneros, los delitos por corrupción o

73. Delimitación jurisdiccional entre justicia indígena y justicia ordinaria.

74. El derrote sigue siendo una sanción usada para resolver conflictos en varios pueblos indígenas bolivianos.

75. Ob. Cit. p 341, Etienne Le Roy, «*Droit négocié, Droit imposé ?*» publicado por las Ediciones Philippe Gérard, François Ost et Michel van de Kerchove, Bruccella, Publicación de las Facultés Universitaires Saint Louis, 1996.

cualquier otro delito cuya víctima sea el Estado, trata y tráfico de personas, tráfico de armas y delitos de narcotráfico. Los delitos cometidos en contra de la integridad corporal de niños, niñas y adolescentes, los delitos de violación, asesinato u homicidio;

b) En materia civil, cualquier proceso en el cual sea parte o tercero interesado el Estado, a través de su administración central, descentralizada, desconcentrada, autónoma y lo relacionado al derecho propietario;

c) Derecho Laboral, Derecho de la Seguridad Social, Derecho Tributario, Derecho Administrativo, Derecho Minero, Derecho de Hidrocarburos, Derecho Forestal, Derecho Informático, Derecho Internacional público y privado, y Derecho Agrario, excepto la distribución interna de tierras en las comunidades que tengan posesión legal o derecho propietario colectivo sobre las mismas;⁷⁶

d) Otras que estén reservadas por la Constitución Política del Estado y la Ley a las jurisdicciones ordinaria, agroambiental y otras reconocidas legalmente.”

Podemos interrogarnos qué será entonces de los pueblos que todavía juzgan casos penales, como es el caso de los pueblos del Norte de la provincia de Potosí. ¿Respetarán esa ley y acudirán ahora a la justicia ordinaria cuando se presenten casos penales? ¿Habrá alguna derogación respecto al derecho agroambiental, que queda de la mayor parte de los casos que resuelve la justicia indígena en muchas comunidades del altiplano?

Aunque los ámbitos de competencias sean definidos claramente, el artículo 2 de esta ley “*garantiza la libre determinación, la autonomía y el autogobierno*” y el artículo 10 establece que “*la jurisdicción indígena originaria campesina conoce los asuntos o conflictos que histórica y tradicionalmente conocieron*”. Estos dos artículos permitan matizar y entender de manera amplia los ámbitos de competencia otorgados a la justicia indígena. De hecho esta ley fue fuente de vivas peleas y confrontaciones al llegar al parlamento. La negociación entre los opositores y partidarios por el reconocimiento de la justicia indígena fue dura, de lo que se entiende en el texto aprobado, donde varios artículos se contradicen entre sí.

Según la luz con la cual alumbramos esta ley podemos ver que la justicia indígena – originaria se aplica tomando en cuenta las prácticas consuetudinarias y las experiencias reales, o bajo otra óptica, esta ley es más prohibitiva con respecto a los ámbitos de competencia de la justicia originaria. ¿Cual será la lectura que va a privilegiar el tribunal supremo plurinacional⁷⁷?

Solo la jurisprudencia que se desarrollará sabrá decir cual interpretación de la ley prevalecerá. Así la ley de Deslinde que tenía como meta acercar las prácticas sociales de la institución normativa sorprendió mucho al considerar la justicia indígena como una forma de pre-justicia, aterrizando los principios de la Constitución de manera muy restringida. La ley de Deslinde vuelve a asumir una jerarquía procedimental donde la justicia ordinaria esta por encima de la originaria.

76. Esa restricción respecto al derecho agroambiental se hizo para “proteger” los territorios de los pueblos indígenas amazónicos. Las tierras amazónicas son tierras cultivables muy codiciadas por los terratenientes, así los pueblos indígenas podrían querer venderla.

77. Elegido por sufragio directo en 16 de octubre de 2011, el Tribunal Supremo Plurinacional entrará en funcionamiento al principio del año 2012.

De hecho podemos cuestionar las diferencias de perspectiva que hay entre la Constitución y la ley de Deslinde. Cómo explicar esas distorsiones entre Constitución y ley de aplicación de dicha Constitución. Uno de los factores explicativos tiene que ver con la Constitución del Estado Plurinacional. Dicha Constitución tiene una dimensión muy política. Si bien tiene que ser la base del derecho del país, esta Constitución está entendida como un conjunto de valores que se quieren aplicar y no tanto como una norma legal suprema nacional.

Pero podemos preguntarnos ¿cómo los mismos parlamentarios dejaron promulgar la Constitución para luego oponerse a la aplicación de sus preceptos? Al igual podemos preguntarnos sobre los aportes de esta constitución muy politizada ¿cuáles serán los verdaderos alcances de esa Constitución en la práctica?

Los pueblos indígenas bolivianos y la reivindicación de una justicia propia

La ascensión de Evo Morales al poder, en Bolivia, ha permitido que los pueblos se constituyan como una verdadera fuerza social. Las distintas naciones y pueblos originarios están reunidos bajo varias organizaciones que representan tanto a los indígenas de la Amazonía (llamados del Oriente) y del Altiplano, como a las mujeres indígenas o a los indígenas sindicalizados. La organización y la capacidad de negociación con el poder político que tienen dichos pueblos les dejan en una posición iconoclasta en Latinoamérica, donde la mayoría de las relaciones entre pueblos y estado suelen ser verticales y conflictivas.

Desde la Constitución de 2009 los pueblos indígenas están reconocidos como sujetos de derecho colectivo. El reconocimiento de su forma de administrar la justicia es un ejemplo de los derechos que el Estado le otorga a nombre de su valor cultural. Sin embargo, si bien hoy en día los pueblos indígenas están organizados y empoderados⁷⁸, no manifestaron mucho interés público para el pluralismo jurídico. Si bien el reconocimiento de la justicia indígena fue una de sus reivindicaciones iniciales y hubo un proceso de consulta respecto a la ley de Deslinde jurisdiccional, no se manifestó mucha reacción cuando se promulgo la ley de Deslinde. Los distintos pueblos indígenas no se apropiaron del tema de la justicia indígena pero tienen en sus manos las herramientas que les permitiesen hacerlo.

De la misma manera que observamos el nivel de organización de los pueblos indígenas bolivianos con respecto a la forma de revindicar su justicia, el pluralismo jurídico nos permite analizar los poderosos mecanismos sociales y de integración cultural que interactúan dentro de una comunidad. La manera de aplicar la justicia es singular y permite mostrar las fuerzas sociales de coalición que sostienen una sociedad. Desde la manera de considerar la gravedad al no respetar una regla, hasta la forma en que se castiga dicho delito, todos los aspectos constitutivos del proceso judicial revelan los mecanismos sociales que crean esa misma sociedad.

El pluralismo jurídico puede ser analizado como un indicador de la relación entre dos culturas o de la evolución cultural y social de una unidad local. Al igual que el sincretismo religioso, el pluralismo jurídico permite darnos cuenta de cómo se desarrolló la integración cultural al nivel local. A través de la permanencia de un sistema jurídico híbrido, se puede analizar cuales y porque esos rasgos culturales

78. El recién conflicto del TIPNIS que opone el gobierno y a los pueblos indígenas, ilustra muy bien esta temática.

siguen vigentes y legítimos en una comunidad indígena. Así el pluralismo jurídico nos permite visualizar la interacción entre fenómenos de integración y de contra-aculturación que intervienen en una comunidad. Porqué se siguen respetando varios tipos de justicias a la vez? En que casos se acude a la justicia indígena y/o a la ordinaria y porqué?

Del mismo modo, la evolución de las prácticas del pluralismo jurídico nos da mucho por conocer, ya que las prácticas de la justicia indígena de hoy en día no son las mismas que las que existían cuando llegaron los españoles. Actualmente la justicia indígena es una mezcla de prácticas prehispánicas y rasgos culturales introducidos por los españoles o por los criollos. De hecho, las prácticas actuales de las comunidades indígenas campesinas revelan, ante todo, una construcción histórica y social.

La cultura está en perpetua evolución y reinención. En todos los tiempos hubo encuentro, mezcla e intercambio entre culturas. En materia de aplicación de la justicia es interesante analizar las raíces históricas de cada práctica para poder seguir su evolución, de donde viene y si ha sido influenciada por otra cultura. Por ejemplo, el látigo, símbolo principal de la justicia indígena del oriente como del altiplano, fue introducido originalmente por los españoles. Es interesante ver que hoy en día, este elemento está siendo reivindicado como algo prehispánico. Podemos a través de este ejemplo cómo el derecho exógeno pudo haber sido asimilado para volverse derecho endógeno.

*

En Bolivia la justicia comunitaria indígena está muchas veces asociada a los fenómenos de justicia por mano propia (linchamiento por ejemplo). Más allá de esta distorsión que se suele hacer tanto en las discusiones comunes y corrientes, en la prensa nacional e internacional, como dentro mismo de las comunidades indígenas hay confusión entre la justicia indígena y los ajusticiamientos por mano propia. En teoría la justicia indígena no es nada similar a esos actos de linchamientos o de tortura física, pero esa confusión puede tener consecuencias en la práctica. Si la justicia indígena en el discurso se asocia a las prácticas de justicia por mano propia, al reivindicar la justicia indígena se podría incrementar el número de casos de justicia por mano propia. En el Alto⁷⁹, por ejemplo, los casos de linchamientos han aumentado estos últimos años⁸⁰ y eso podría ser un efecto directo de esa confusión.

La justicia indígena, como cada tipo de justicia, se caracteriza por tener una institución legítima quien la administra, quien dicta normas específicas, procedimientos propios, y sanciones definidas y conocidas por todos. Además dentro del proceso la justicia indígena garantiza una seguridad judicial con derecho a la defensa de la parte acusada. Por lo contrario la justicia por mano propia no tiene las características de un sistema jurídico, aparece como una forma de “no justicia” que se desarrolla por falta de un procedimiento judicial y de seguridad ciudadana. Además es un fenómeno urbano más que rural. Pero podríamos preguntarnos ¿porque la justicia por mano propia está siendo reivindicada como justicia indígena, o como una forma de justicia en sí?

79. El Alto fue originalmente una extensión de la mancha urbana de la ciudad de La Paz, - la capital política y administrativa del país - esto debido a las limitaciones topográficas que impedían el crecimiento de la urbe. En la actualidad y debido a su crecimiento vertiginoso, la ciudad de El Alto es reconocida como un nuevo municipio. Esta ciudad está compuesta por una población resultado de la migración interna, en especial aquella proveniente del área rural.

80. El Alta Comisionado de las Naciones Unidas para los Derechos Humanos declara en su Informe anual de 2009 estar preocupado “por la violencia empleada y por el hecho de que el número de linchamientos se haya triplicado desde 2008”.

Bibliografía

Bastienier Albert, “*Qu’est ce qu’une société ethnique*”, PUF, Paris, 2004.

Bengoa José, “*La emergencia de los movimientos indígenas en América Latina*”, Fondo de cultura económica, Santiago de Chile, 2000.

Bourdieu Pierre, artículo «*La force du droit, éléments pour une sociologie du champ juridique*» publicado en el n° 64 («*De quel droit ?*») de la revista «*Actes de la recherche en sciences sociales*», edición Maison des sciences de l’homme, Paris, 1986.

Etxeberria Xavier, “*Sociedades multiculturales*”, Bilbao, Edition Mensajero, 2004.

Fernández Osco Marcelo, “*Práctica del derecho indígena originario en Bolivia*”, Edición Rubén Vargas, La Paz, 2009.

Fernández Osco Marcelo, “*Modos Originarios de Resolución de Conflictos en Pueblos Indígenas de Bolivia*”, PIEB/UNIR, La Paz, 2007.

Giraud Laura, “*Derecho, costumbres y jurisdicciones indígenas en América Latina contemporánea*”, Centro de estudios Políticos y Constitucionales, Madrid 2008.

Gomez Magdalena, “*Derecho indígena*”, 1a Edición, México D.F., 1997.

Guachalla Escobar Jennifer, “*Propuestas para la ley de deslinde jurisdiccional*”, Publicación del programa Construir, La Paz, 2009.

Molina Ramiro et Arteaga Ana, “*Dos racionalidades y una lógica jurídica, la justicia comunitaria en el altiplano boliviano*”, Fundación Dialogo, La Paz, 2008.

Le Roy Etienne, “*Droit négocié, Droit imposé ?*” publicado por las Ediciones Philippe Gérard, François Ost et Michel van de Kerchove, Bruccella, Publicación de las Facultés Universitaires Saint Louis, 1996.

Ordoñez Cifuentes José Emilio Rolando, “*Análisis interdisciplinario del convenio 169 de la OIT, IX Jornadas Lascasianas*”, UNAM, ciudad de México, 2000.

Platt Tristan, “*Estado boliviano y ayllu andino. Tierra y tributo en el Norte de Potosí*”, La Paz, 1982.

Sánchez Esther, “*El Ejercicio de la Jurisdicción Especial Indígena como Fuente de Legitimidad del Estado Colombiano*”, artículo parecido en seminario del IRG, Lima, 2009.

Taylor Charles, “*El multiculturalismo*”, Londres, 2003.

Yhonny Mollericona Juan, Tinini Nicoska, Paredes Adriana “*La seguridad ciudadana en la ciudad de El Alto, fronteras entre el miedo y la acción vecinal*”, Investigación Regionales El Alto, La Paz, 2007.