

Primera parte - Comprendiendo la interculturalidad desde la
perspectiva jurídica
Pluralismo jurídico e interculturalidad: un discurso sobre la
diversidad

Giammaria Milani

SciELO Books / SciELO Livros / SciELO Libros

MILANI, G. Pluralismo jurídico e interculturalidad: un discurso sobre la diversidad. In: RESTREPO MEDINA, M. A., ed. *Interculturalidad, protección de la naturaleza y construcción de paz* [online]. Bogotá: Editorial Universidad del Rosario, 2020, pp. 2-21. ISBN: 978-958-784-454-2. Available from: Available from: <https://books.scielo.org/id/nx7x4/pdf/restrepo-9789587844535-03.pdf>. <https://doi.org/10.12804/tj9789587844535>.



All the contents of this work, except where otherwise noted, is licensed under a [Creative Commons Attribution 4.0 International license](https://creativecommons.org/licenses/by/4.0/).

Todo o conteúdo deste trabalho, exceto quando houver ressalva, é publicado sob a licença [Creative Commons Atribuição 4.0](https://creativecommons.org/licenses/by/4.0/).

Todo el contenido de esta obra, excepto donde se indique lo contrario, está bajo licencia de la licencia [Creative Commons Reconocimiento 4.0](https://creativecommons.org/licenses/by/4.0/).

Pluralismo jurídico e interculturalidad: un discurso sobre la diversidad

Giammaria Milani*

Introducción

El discurso relativo al pluralismo jurídico y la interculturalidad se fundamenta sobre la base de la relación existente entre ambos conceptos, que requieren una clara definición y un análisis en profundidad; definición y análisis que no solo han sido llevados a cabo desde la perspectiva jurídica, sino por otras disciplinas, tales como sociología, filosofía, historia, geografía, etc.

Pese a las diversas definiciones de pluralismo jurídico e interculturalidad que se pueden encontrar, todas ellas tienen una matriz común: “la diversidad”; es decir, tanto el pluralismo jurídico como la interculturalidad son expresiones de la diversidad, manifestadas en diferentes niveles y modalidades.

A priori, podemos afirmar que el pluralismo jurídico hace referencia a la diversidad desde la perspectiva jurídica; dicho de otro modo, el pluralismo jurídico hace alusión a las múltiples fuentes del derecho. Sin embargo, al hablar de interculturalidad estamos refiriéndonos a la diversidad de sistemas y valores culturales.

En este sentido, abordar la conceptualización del pluralismo jurídico y de la interculturalidad partiendo como premisa del principio de diversidad tiene como consecuencia inmediata la disparidad de significados, criterios, causas y efectos geográficos, históricos y culturales en el que se desarrollen. Por todo ello, en el presente capítulo será necesario determinar ¿qué es el pluralismo jurídico?, ¿qué se entiende por interculturalidad?, para poder analizar la

* Doctor en Derecho Público Comparado, Università degli Studi di Siena. milani@unisi.it

relación de ambos conceptos en el ámbito de América Latina, finalizando con algunos retos y conclusiones al respecto.

1. ¿Qué es el pluralismo jurídico?

Grosso modo, podemos advertir que el pluralismo jurídico describe la coexistencia de varios sistemas jurídicos, mezclados, separados o en conflicto¹, en un espacio geopolítico determinado o en un mismo Estado, cuya idiosincrasia radica en las diferentes formas de resolución de conflictos².

En este sentido, como se puede apreciar, el pluralismo jurídico no tendría un valor prescriptivo, siendo al contrario una expresión descriptiva que representa una realidad determinada; es decir, la coexistencia de múltiples sistemas jurídicos en un mismo espacio.

No obstante, es sencillo comprender que esta coexistencia entre distintos sistemas jurídicos puede manifestarse con diferentes y opuestas modalidades. A modo ejemplificativo: por un lado, podemos hablar de pluralismo jurídico social³ o de pluralismo formal⁴; mientras que, por otro lado, podemos estar ante supuestos de pluralismo comunitario⁵ o de pluralismo estatal⁶.

Estos ejemplos de diferentes acepciones del concepto de pluralismo jurídico nos permiten introducir en nuestro discurso, en aras a la mayor comprensión del fenómeno objeto de estudio, un sujeto fundamental: el Estado. Y es que no debemos obviar que el análisis del pluralismo jurídico, hoy en día,

¹ Véase Cruz Rodríguez, Edwin, "Pluralismo jurídico, multiculturalismo e interculturalidad", *Criterio Jurídico*, vol. 13, n.º 2 (2013), pp. 69-101, p. 71.

² Véase Ramírez, Silvina, "Diversidad cultural y pluralismo jurídico: administración de justicia indígena", *Jura Gentium. Rivista di filosofia del diritto internazionale e della politica globale*, n.º 1 (2005), pp. 1-6.

³ Entendiendo por pluralismo social la existencia de uno o varios sistemas jurídicos no reconocidos por el Estado. Véase Hoekema, André, "Hacia un pluralismo jurídico formal de tipo igualitario", *El otro derecho*, n.º 26-27, (2002), pp. 63-98, p. 70.

⁴ Concibiendo la idea de pluralismo formal, a diferencia del pluralismo social, como el reconocimiento por parte del Estado de más de un sistema jurídico vigente. Véase Hoekema, André, "Hacia un pluralismo jurídico formal de tipo igualitario", cit., p. 70.

⁵ Pluralismo comunitario predicable de aquellos espacios integrados por fuerzas sociales y sujetos colectivos con identidad y autonomía propias, que existen independientemente del control estatal. Véase Wolkmer, Antonio Carlos, *Pluralismo jurídico. Fundamentos de una nueva cultura del derecho*, MAD, Sevilla, 2006, pp. 198-199.

⁶ Pluralismo estatal entendido como el pluralismo reconocido, permitido y controlado por el Estado. Véase Wolkmer, Antonio Carlos, *Pluralismo jurídico. Fundamentos de una nueva cultura del derecho*, cit., pp. 198-199.

se encuadra en el horizonte estatal; siendo esencial y necesariamente conectado al análisis de las distintas modalidades existentes mediante las que el Estado trata la pluralidad de sistemas jurídicos.

Cabe subrayar que, desde el punto de vista teórico e histórico, la relación entre Estado y pluralismo jurídico, desde sus orígenes más remotos, se concibe como una relación conflictual⁷. De hecho, podemos afirmar que el Estado moderno nace, en Europa, en contraposición con el pluralismo feudal de la época medieval, del mismo modo que el Estado moderno surge como una manifestación clara y firme del monismo jurídico.

En el panorama europeo medieval, la descentralización y fragmentación del poder conlleva la existencia de una pluralidad de fuentes del derecho: el derecho común, las costumbres locales, las reglas municipales, los estatutos de las corporaciones, los dictámenes reales, el derecho producido por el Imperio y la Iglesia⁸.

Es a partir del siglo XV, con el surgimiento de una racionalización política centralizadora, cuando se empieza a reducir esta fragmentación hasta la unidad total, dando lugar a la instauración del Estado absoluto. La creación de un ejército permanente y de una burocracia son algunas manifestaciones de la voluntad de los Estados de reafirmarse como sistemas políticos de referencia; inclusive, en el plano jurídico, se produce una subordinación de la justicia a la voluntad estatal soberana.

Sin embargo, no es sino hasta finales del siglo XVIII cuando el diseño monista tiene un mayor auge, gracias a la difusión del denominado Estado liberal. Los principios fruto de las grandes revoluciones políticas, en particular de la Revolución francesa, son las bases fundamentales de este proceso. La igualdad formal y el principio de legalidad formal presuponen la subordinación de todos los individuos a un mismo sistema jurídico, con reglas comunes y abstractas aplicables a cada individuo de forma indistinta.

El sistema de división de poderes consagra el principio monista: el poder legislativo es el único facultado para producir las normas generales que rijan la vida de los ciudadanos; el poder ejecutivo tiene como función gobernar aplicando las leyes aprobadas por el Parlamento; y el poder judicial es el encargado de

⁷ Véase Ardila, Édgar, "Pluralismo jurídico: apuntes para el debate", *El otro derecho*, n.º 26-27 (2002), pp. 49-61, p. 50.

⁸ Véase Grossi, Paolo, *Mitología jurídica de la Modernidad*, Trotta, Madrid, 2003, p. 29.

administrar justicia y aplicar las leyes a las controversias concretas. Cabe destacar que, salvo los poderes descritos con anterioridad, no existen individuos o instituciones con facultad para producir normas.

La idea monista tiene su máximo esplendor con afirmación del Estado-Nación. La legitimidad política del Estado se basa en el supuesto de que representa la organización jurídico-política de una nación; en otras palabras: un solo pueblo, con una única cultura, un mismo idioma y religión. Es legítimo pensar, en este contexto, que el Estado tenga un solo sistema normativo, porque se supone que representa un conjunto social homogéneo en términos de idioma, religión, cultura.

En definitiva, como se puede observar, la creación del Estado absoluto y su transformación en Estado liberal introdujeron la identidad Estado-Derecho, a la base del monismo jurídico. Esta concepción se impuso como eje central de la doctrina del positivismo jurídico, destacando como máximo exponente las obras de Hans Kelsen⁹. Al respecto, esta idea presupone, por un lado, que a cada Estado le corresponde un solo sistema jurídico y viceversa, por otro lado, que el Estado es el único facultado para la elaboración del derecho. Desde esta perspectiva, solo se puede llamar “derecho” al sistema normativo estatal y, por ende, a las normas producidas por el Estado.

No obstante, esta identidad entre Estado y derecho deviene rápida y evidentemente precaria, temporal, ilusoria, fictiva. En esta línea, autores como Santi Romano y Norberto Bobbio han relacionado la pluralidad de sistemas jurídicos con la crisis de la hegemonía del Estado moderno: el germen del Estado moderno fue fruto de la eliminación y de la absorción de los órdenes jurídicos superiores e inferiores, así como de la monopolización de la producción jurídica. Según Santi Romano, toda fuerza que es organizada, es decir que se puede calificar como social, es derecho¹⁰. Del mismo modo, Norberto Bobbio considera que existe un sistema jurídico dondequiera que haya una institución, es decir, un grupo social organizado¹¹.

⁹ Véase Kelsen, Hans, *Teoría pura del derecho*, Eudeba, Buenos Aires, 1982.

¹⁰ Véase Romano, Santi, *El ordenamiento jurídico*, Instituto de Estudios Políticos, Madrid, 1963.

¹¹ Véase Bobbio, Norberto, *Filosofía del derecho y teoría general del derecho. Contribución a la teoría del derecho*, Debate, Madrid, 1990.

Con la creación del Estado constitucional, en la segunda mitad del siglo XX, se produjeron cambios trascendentales en la idea misma de Estado, poniéndose en tela de juicio los principios fundamentales del monismo jurídico.

El Estado constitucional es un sistema jurídico que reconoce, entre otros, la necesidad de apertura al orden jurídico internacional y de reconocimiento de la autonomía local. Estas características conllevan una proliferación de los sistemas jurídicos en un mismo contexto geopolítico: el derecho estatal, el derecho internacional y el derecho local, por lo menos, elaboran normativa vinculante para todos los sujetos que habitan en un mismo lugar.

Adicionalmente, los principios típicos del Estado liberal entran en crisis y evolucionan hasta una configuración que considera la complejidad social y cultural que el derecho es llamado a regular. El principio de legalidad sustancial y la igualdad material representan instrumentos y fines del Estado constitucional, que testimonian la necesidad de tomar en cuenta la diversidad. El Estado es el encargado de garantizar la unidad en una situación de pluralismo, desde la perspectiva del Estado constitucional¹².

Fuera de Europa, la crisis del monismo jurídico se manifiesta con causas y factores aún más evidentes y antiguos que han aumentado el carácter precario, temporal, ilusorio, fictivo del concepto. Esto sucedió sobre todo en los territorios colonizados¹³, en los que se impuso, mediante el uso de la fuerza, la unificación legal de la colonia, posibilitándose así la coexistencia en un mismo espacio del derecho del Estado colonizador y de los derechos tradicionales. Con la independencia de dichos países, pese a que el monismo jurídico ha seguido siendo el marco teórico de referencia, se ha desarrollado un pluralismo de sistemas jurídicos, ocasionado principalmente por la supervivencia de los sistemas normativos indígenas.

Estos sistemas normativos han sido progresivamente reconocidos en los contextos coloniales y poscoloniales, pero en el marco del monismo jurídico; considerando que solo es derecho el producido por el Estado. En efecto, la historia

¹² Véase Groppi, Tania y Simoncini, Andrea, *Introduzione allo studio del diritto pubblico e delle sue fonti*, Giappichelli, Torino, 2017, p. 34.

¹³ Entendiendo por territorios colonizados en aquellos territorios que fueron dominados económica y políticamente, siendo obligados los pueblos originarios a aceptar las normas jurídicas de las metrópolis. Véase De Sousa Santos, Boaventura, *El discurso y el poder. Ensayo sobre la sociología de la retórica jurídica*, Sergio A. Fabris, Porto Alegre, 1988, pp. 73-74.

de represión y la condición políticamente subordinada de los pueblos indígenas los ha obligado a adoptar nuevas instituciones y a clandestinizar sus prácticas.

Se han destruido sus sistemas superiores de autoridad y solo han quedado sistemas fragmentados: autoridades, normas y conocimientos de carácter local. La clandestinización de los sistemas, o su desestructuración, ha dado lugar a que en muchas regiones solo surjan o se mantengan prácticas aparentemente aisladas¹⁴.

Los sistemas normativos no estatales, al no estar formalizados como el estatal, son vistos como sistemas retrógrados, premodernos y aislados, que deben superarse para posibilitar la civilización e integración de las poblaciones igualmente no evolucionadas y señeras.

El derecho consuetudinario, los usos y costumbres, las convenciones, denominaciones que han recibido estos sistemas normativos, son admisibles como fuente del derecho en ausencia de ley que regule la misma materia, y nunca en contra de ella; suponiendo una subordinación, tanto política como jurídica, al derecho estatal¹⁵.

Esta subordinación, en la actualidad, sigue siendo la realidad en los territorios poscoloniales, incluso el latinoamericano, aunque se observa una tendencia, como veremos más adelante, a elaborar mecanismos y principios para superar la situación descrita con anterioridad, en aras a la implementación de un pluralismo jurídico intercultural.

2. ¿Qué se entiende por interculturalidad?

La afirmación descrita en el párrafo precedente nos lleva a reflexionar sobre el significado de la palabra interculturalidad. A diferencia del concepto de pluralismo jurídico, que tiene un valor prevalentemente descriptivo, la expresión interculturalidad es prescriptiva, presuponiendo una modalidad particular de organizar y pensar la diversidad cultural¹⁶.

En efecto, la diversidad cultural puede dar vida a diferentes modelos sociales, tales como la multiculturalidad, la pluriculturalidad y, precisamente, la interculturalidad. Todos estos modelos sociales tienen una perspectiva

¹⁴ Véase Yrigoyen Fajardo, Raquel, *Pautas de coordinación entre el derecho indígena y el derecho estatal*, Fundación Myrna Mack, Guatemala, 1999, pp. 11-45.

¹⁵ *Ibíd.*

¹⁶ Véase Cruz Rodríguez, Edwin, "Pluralismo jurídico, multiculturalismo e interculturalidad", *cit.*, pp. 73 y ss.

común: la heterogeneidad cultural, debida a la presencia, en un determinado contexto geopolítico, de diversas culturas; contraponiéndose de este modo a la homogeneidad cultural, entendida como la presencia de un único sistema cultural en un espacio determinado.

Como hemos visto, la idea de homogeneidad cultural ha sido central en el ámbito europeo, bien sea por la creación del Estado absoluto, o bien por la afirmación del Estado liberal. La idea de homogeneidad ha sido fundamental para la constitución de las naciones, los sujetos políticos colectivos que siguen siendo hoy el marco de referencia no solo en Europa, sino en todo el mundo, a pesar de la crisis de las categorías de Estado nacional o de Estado-nación.

La nación es un concepto prejurídico, que se sitúa en la historia y en la política, y define a un conjunto de individuos caracterizados por compartir una sola religión, un único idioma y una sola cultura. En este caso también, la idea de nación, entendida estrictamente como un conjunto culturalmente homogéneo, conoce una crisis en el ámbito europeo, donde aquella idea nació en el siglo XIX.

Es a partir de la primera mitad del siglo XX, con la transformación de los Estados europeos en territorios de inmigración (frente a las tierras de emigración de antaño), cuando la homogeneidad de las sociedades europeas es cuestionada por la presencia en los territorios de minorías portadoras de principios, valores y usos distintos de los mayoritariamente aceptados.

En la segunda mitad del siglo XX, se asiste, por un lado, a la eclosión de los flujos migratorios hacia Europa, provenientes de contextos sociales y culturales muy lejanos y heterogéneos; y, por otro lado, a la constitucionalización e internacionalización difusa de la diversidad, o sea, a la elaboración de instrumentos de garantía y tutela de la diversidad cultural.

Estas transformaciones acentúan la contradicción entre la realidad social europea actual, caracterizada por una amplia heterogeneidad cultural, y el discurso político monocultural, perseguido mediante políticas de migración y de nacionalidad restrictivas.

En el ámbito extraeuropeo, el discurso monocultural parece tener aún menos sentido, sobre todo en los contextos poscoloniales. Ya que estos sistemas son necesariamente heterogéneos desde el punto de vista cultural.

Los sistemas políticos y sociales contemporáneos africanos, asiáticos y de la América anglosajona y latina han nacido con posterioridad a la superposición de culturas distintas: en los países americanos esta situación es particularmente

evidente considerando que, a menudo, estas sociedades están integradas por varias poblaciones nativas o indígenas, por poblaciones de descendencia europea, por poblaciones de descendencia africana o asiática y por poblaciones que se han desarrollado y consolidado como una fusión de las anteriores.

A pesar de esta realidad heterogénea, también en América se ha perseguido y se sigue persiguiendo una política monocultural, a través de la subordinación a los colonizadores y a sus descendientes de los otros grupos culturales, que han sido excluidos y marginados, a pesar de su reconocimiento formal.

No obstante, en las últimas décadas se ha hecho cada vez más evidente la imposibilidad de continuar adoptando este modelo monocultural, debido a la necesidad de reconocer, no solo formalmente, sino también sustancialmente, la naturaleza heterogénea de las sociedades americanas.

La respuesta más empleada a esta demanda de reconocimiento ha sido la multiculturalidad, que se ha difundido desde América del Norte y cuyo contenido lo podemos encontrar en las obras del filósofo canadiense Will Kymlicka¹⁷.

En general, podemos decir que el multiculturalismo se basa en la tolerancia y la coexistencia entre grupos culturales. Bajo esta perspectiva, el enfoque multicultural implica un aislamiento que limita las posibilidades de intercambio, aprendizaje mutuo y coordinación entre los distintos sistemas jurídicos, así como una desigualdad entre ellos.

La tolerancia conlleva que el intercambio o el diálogo entre culturas, y la misma “existencia del otro”, no se piensan como un bien en sí mismo, sino como algo no del todo deseable o como un mal menor. En esta perspectiva, la diferencia puede existir y las culturas pueden coexistir, pero separadas o aisladas, es decir, no existe convivencia. Por todo ello, el multiculturalismo sería la base de un pluralismo jurídico desigual.

Desde un punto de vista estrictamente jurídico, esta impostación conlleva el establecimiento de férreas limitaciones en términos personales, territoriales y materiales a las jurisdicciones de los sistemas jurídicos de grupos no mayoritarios. Las limitaciones en términos territoriales y personales implican que los sistemas jurídicos de las culturas minoritarias permanezcan subordinados, con competencia únicamente sobre los sujetos miembros de sus culturas y en territorios claramente delimitados, fuera de los cuales priman los principios del sistema jurídico de la cultura liberal mayoritaria. A estas limitaciones se suman

¹⁷ Véase Kymlicka, Will, *Ciudadanía multicultural*, Paidós, Buenos Aires, 1996.

otras de tipo material: el derecho no liberal tiene una competencia limitada, siendo aplicable solo para la resolución de controversias de leve magnitud.

El enfoque multicultural acepta el pluralismo jurídico, siempre y cuando los sistemas jurídicos no liberales adopten los principios liberales, concebidos como universales y moralmente superiores. Esta perspectiva tiene importantes reflejos en lo referente a la garantía de los derechos humanos. El propósito del multiculturalismo es hacer compatibles los derechos humanos individuales con la igualdad entre grupos culturales. Con el fin de proteger los derechos humanos, la igualdad entre culturas solo es posible si se adopta una concepción liberal de tales derechos; en otras palabras, los principios del liberalismo, entre los que se incluye la intangibilidad de los derechos humanos, y en particular los derechos individuales, se plantean como un marco universal.

Recientemente se están elaborando, desde un punto de vista doctrinal y normativo, posiciones distintas con respecto a la diversidad cultural, entre las que podemos destacar la interculturalidad¹⁸. En vez de la tolerancia y la coexistencia, objetivos típicos del multiculturalismo, la interculturalidad tiene como propósito el respeto y la convivencia, así como el diálogo y el aprendizaje mutuo entre los diferentes grupos culturales.

Mientras el multiculturalismo proclama los principios liberales como universales y moralmente superiores, persiguiendo la liberalización de los sistemas jurídicos no liberales y su adaptación al modelo liberal, el interculturalismo acepta la legitimidad de distintas concepciones de “vida buena” y se inclina por promover las relaciones igualitarias entre los distintos grupos culturales. Por consiguiente, podemos afirmar que el interculturalismo es la base de un pluralismo jurídico igualitario.

En este sentido, resulta obvio que el interculturalismo no desarrolla instrumentos destinados a limitar las jurisdicciones de los sistemas no liberales, lo que termina por aislarlos, sino que promueve formas de intercambio y cooperación entre ellos. Las herramientas típicas del interculturalismo son los mecanismos institucionales para promover el diálogo entre culturas, que permiten fomentar los intercambios, la coordinación y la complementación entre distintos sistemas jurídicos. Cabe dilucidar que la implementación de estos mecanismos institucionales no implica eliminar el carácter siempre

¹⁸ Véase Walsh, Catherine, *Interculturalidad, Estado, sociedad. Luchas (de) coloniales de nuestra época*, Universidad Andina Simón Bolívar, Quito, 2009.

conflictivo de las relaciones entre culturas, sino que se trata de romper con las relaciones de subordinación entre culturas con el objetivo de garantizar una convivencia en condiciones de respeto mutuo.

Uno de los aspectos diferenciadores más evidentes con respecto al enfoque multicultural es la impostación frente a los derechos humanos. El interculturalismo no define con claridad ni antelación los criterios para proteger los derechos humanos, dado que la definición apriorística de esos criterios implicaría una concepción monocultural del derecho basada sobre la supuesta superioridad de una cultura en particular. Por el contrario, el interculturalismo se inclina a hacer del diálogo entre culturas el medio para definirlos conjuntamente.

Sin embargo, esta perspectiva presenta el problema de no dar una respuesta sólida frente a la protección de los derechos humanos individualizados. El respeto absoluto por la otra cultura implica una tolerancia ilimitada que, en la práctica, podría terminar anulando los mismos valores e ideales interculturales. En otras palabras: no definir un límite a la tolerancia implica admitir la legitimidad de prácticas y concepciones de culturas contrarias a los ideales de respeto, convivencia, igualdad y justicia. Y es que no debemos olvidar que la única respuesta que el interculturalismo puede dar a dicha cuestión es el diálogo entre culturas.

3. Pluralismo jurídico e interculturalidad en América Latina

La relación entre pluralismo jurídico e interculturalidad tiene un sentido particular en América Latina, cuya población actual es el resultado de siglos de estratificaciones y fusiones de diversas culturas y etnias. El progresivo reconocimiento de esta situación ha llevado a la aprobación tanto a nivel de derecho constitucional como a nivel de derecho internacional, de normas tendentes a garantizar los derechos de diferentes grupos culturales minoritarios respecto a los mayoritarios y, en particular, los derechos de los pueblos indígenas.

El reconocimiento en el plano internacional y constitucional de los derechos de los pueblos indígenas, y de los propios sistemas jurídicos indígenas, es el resultado de un largo camino que, solo en los últimos años y en muy pocos casos, ha llevado a la adopción de un verdadero enfoque intercultural; es decir, a la implementación de un pluralismo jurídico igualitario.

Los sectores doctrinales que han analizado este camino han puesto en evidencia la existencia de diferentes etapas que han marcado la evolución tanto

de las políticas en la materia, como de las manifestaciones jurídicas de dichas políticas en términos de derecho internacional y constitucional¹⁹.

Históricamente, la primera etapa de esta evolución es la fase de ocupación y sometimiento de naciones originarias en el siglo XVI. Este resultado se implementó a través de la ocupación político-militar de los pueblos precolombinos.

La segunda etapa es la subordinación política y segregación colonial de los indígenas. El derecho indiano establecía un régimen de separación física y diferenciación legal, que se llevó a cabo desde el siglo XVI hasta inicios del siglo XIX. En este período, los indígenas fueron reducidos a la categoría de pueblos de indios, y sujetos a cargas coloniales (tributos, trabajos forzosos, penas especiales); permitiendo, en cambio, la existencia de autoridades indígenas y formas de pluralismo legal subordinado.

La tercera etapa es la de la independencia, cuando surge el proyecto asimilacionista, que durará desde el siglo XIX hasta el siglo XX. El objetivo de este proyecto era convertir a los indios en ciudadanos, mediante el levantamiento de sus cargas coloniales y la desaparición de sus protecciones colectivas.

La cuarta etapa se desarrolla con posterioridad, con el advenir del proyecto integracionista a mediados del siglo XX. El proyecto integracionista reconocía ciertos derechos colectivos y especificidades indígenas, pero sin renunciar al marco del monismo legal ni al modelo del Estado-nación.

Finalmente, la quinta etapa es representada por el horizonte pluralista que se desarrolla a finales del siglo XX e inicios del siglo XXI, gracias a diversas reformas constitucionales y a la ratificación del Convenio 169 de la OIT. Dichas constituciones reconocen el carácter pluricultural del Estado-nación, la existencia de los pueblos indígenas y el pluralismo legal.

Estas etapas relativas a la posición frente a los pueblos indígenas, como hemos mencionado con anterioridad, han tenido una gran incidencia sobre los modelos constitucionales adoptados en América Latina a partir de la independencia, es decir, desde el siglo XIX²⁰.

¹⁹ Véase Yrigoyen Fajardo, Raquel, *Sometimiento constitucional y penal de los indígenas en los países andinos en el s. XIX*, Universidad de Barcelona, Barcelona, 2005.

²⁰ Véase Yrigoyen Fajardo, Raquel, *Sometimiento constitucional y penal*, cit.; Barié, Cletus Gregor, *Pueblos indígenas y derechos constitucionales en América Latina: un panorama*, Instituto Indigenista Interamericano para el Desarrollo de los Pueblos Indígenas, México D.F., 2003; y Castillo Vegas, Jesús Luis,

El modelo de constitucionalismo liberal adoptado por las primeras constituciones latinoamericanas utilizaba un enfoque de tipo asimilacionista, según el diseño de la Constitución Federal para los Estados de Venezuela de 1811 (primera Constitución de Hispanoamérica tras la independencia). Este modelo, dirigiéndose a los indígenas ya sometidos y reducidos en pueblos de indios durante la era colonial, tenía el propósito de dar fin al régimen diferenciado establecido por el derecho indiano, buscando la asimilación de los indígenas a la nación.

En el marco de la ideología individualista liberal, los estados reforzaron el carácter monista de sus sistemas jurídicos, proscribiendo las comunidades indígenas y propugnando la conversión de indios en ciudadanos, es decir, en individuos iguales ante la ley. Esta política se tradujo, por un lado, en el levantamiento constitucional de las cargas coloniales de los indios, y, por otro lado, en la interrupción de las protecciones colectivas que existían bajo el derecho colonial a favor de los indígenas.

Bajo la ideología propia del Estado-nación y del monismo legal, las constituciones reconocían un solo idioma, una única cultura y religión; y, desde el punto de vista jurídico, un solo derecho igual para todos los ciudadanos.

Con el acaecimiento del constitucionalismo social en Latinoamérica, a partir de la promulgación de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos de 1917, se introdujeron los derechos sociales y colectivos, que ponían en tela de juicio el modelo liberal.

El constitucionalismo social introdujo el modelo integracionista, posibilitando el reconocimiento legal del sujeto colectivo indígena, derechos específicos de carácter protector y el desarrollo de políticas proactivas o intervencionistas del Estado, en favor de derechos sociales de la población indígena.

Tomando como referencia este modelo, las temáticas indígenas son tratadas como asuntos de marginalidad socioeconómica: se reconocen entes colectivos como comunidades indígenas, sindicatos, cooperativas y otras formas de organización colectiva. Asimismo, las constituciones establecen protecciones frente al abuso en el trabajo y a la servidumbre indígena, dotando al Estado de facultades en materia de educación, salud e integración de los indígenas, y reconociendo también tierras colectivas con carácter inalienable.

“El estatuto jurídico de los indígenas en las constituciones hispanoamericanas del período de la emancipación”, *Revista de Estudios Histórico-Jurídicos*, n.º 35 (2013), pp. 431-459.

Desde el punto de vista cultural, se admite el uso de los idiomas y prácticas culturales indígenas. Esta apertura se refleja, a nivel jurídico, a través del reconocimiento de algunas instituciones, autoridades y sistemas jurídicos indígenas para la regulación de la vida social y la resolución de conflictos, siempre subordinadas a la ley y sin que, en ningún caso, amenacen la integridad territorial, el orden público o la unidad nacional.

Sin embargo, no es hasta finales del siglo XX cuando se producen los cambios necesarios para permitir la instauración de los modelos constitucionales pluralistas. La transición empieza con las constituciones de Guatemala (1985), Nicaragua (1987) y Brasil (1988), que empiezan a reconocer la conformación multicultural de la nación, el derecho a la identidad cultural y nuevos derechos indígenas.

Esta primera apertura continúa, en los siguientes años, con el reconocimiento de la jurisdicción indígena, con sus propias autoridades y según sus propias normas y procedimientos, que se consagra en la Constitución Política de Colombia de 1991, a la que le siguen las constituciones andinas de Perú (1993), Bolivia (1994), Ecuador (1998) y Venezuela (1999).

Conjuntamente al cambio de paradigma a nivel constitucional, se produce un evidente cambio a nivel internacional, derivado de la adopción, en 1989, del Convenio 169 de la OIT²¹. Este tratado internacional permite la incorporación en el derecho internacional del concepto de “pueblos indígenas y tribales”, superando el de “poblaciones indígenas y tribales” que tenía el Convenio 107 de la OIT²², adoptado en 1957.

Del mismo modo, el Convenio 169 de la OIT hace una declaración explícita de superación de las políticas asimilacionistas e integracionistas, que los Estados habían desarrollado con los pueblos indígenas. Este Convenio reconoce de modo expreso las aspiraciones de los pueblos indígenas a controlar sus propias instituciones sociales, políticas y culturales, y su desarrollo económico, superándose así el modelo tutelar típico de las primeras fases del constitucionalismo latinoamericano.

No obstante, cabe destacar que el Convenio contiene algunas importantes limitaciones: a nivel externo, el concepto de pueblo es interpretado

²¹ Convenio n.º 169 de la Organización Internacional del Trabajo sobre Pueblos Indígenas y Tribales.

²² Convenio n.º 107 de la Organización Internacional del Trabajo sobre Poblaciones Indígenas y Tribales.

en un sentido atípico, con el objetivo de que no se interprete en el sentido tradicional del derecho internacional, y buscando evitar alguna forma de secesión o reclamo independentista; a nivel interno, la aplicación del derecho indígena se permite siempre y cuando no suponga una vulneración de los derechos humanos²³.

Como hemos puesto de manifiesto en los párrafos precedentes, las múltiples reformas constitucionales y la aprobación del Convenio 169 introducen algunos cambios que podemos definir como paradigmáticos del modelo pluralista: el reconocimiento del carácter pluricultural del Estado-nación; el reconocimiento de la semejante dignidad de las culturas; el carácter de sujetos políticos de los pueblos y comunidades indígenas; el reconocimiento de diversas formas de participación, consulta y representación directa de pueblos indígenas; el reconocimiento del derecho indígena y la jurisdicción especial.

En el marco general de estas reformas, se pueden identificar tres ciclos constitucionales distintos, que corresponden a tres diferentes niveles de reconocimiento del pluralismo jurídico con tendencia hacia un modelo de tipo intercultural²⁴. En otras palabras, el ciclo del constitucionalismo pluralista se articula en diferentes fases, correspondientes a distintos niveles de intensidad del reconocimiento del pluralismo jurídico.

El primer ciclo de reformas constitucionales que cabe destacar en el ámbito del constitucionalismo pluralista se desarrolló durante los años ochenta del siglo XX y estuvo marcado por el emerger del multiculturalismo y su incorporación a nivel constitucional. En este ciclo, las constituciones introducían el concepto de diversidad cultural, el reconocimiento de la configuración multicultural y multilingüe de la sociedad, el derecho a la identidad cultural y algunos derechos indígenas específicos.

La Constitución de Guatemala de 1985 y la Constitución de Nicaragua de 1987 adoptaron un enfoque multicultural, con el fin de reconciliar a sus sociedades y dar respuesta a demandas indígenas en el ámbito de procesos bélicos y posbélicos.

²³ Véase Yrigoyen Fajardo, Raquel, *Sometimiento constitucional y penal*, cit.

²⁴ Cfr. Yrigoyen Fajardo, Raquel, *El horizonte del constitucionalismo pluralista: del multiculturalismo a la descolonización*, Instituto Internacional de Derecho y Sociedad, Lima, 2010; Ariza Santamaría, Rosember, "El pluralismo jurídico en América Latina y la nueva fase del colonialismo jurídico en los estados constitucionales", *Revista InSURgência*, vol. 1, n.º 1 (2015), pp. 165-194.

En este sentido, la Constitución de Guatemala reafirmaba el carácter multiétnico, multicultural y multilingüe del país, y “el derecho de las personas y de las comunidades a su identidad cultural”; reconociendo al mismo tiempo algunos derechos específicos a favor de grupos étnicos y comunidades indígenas.

Asimismo, la Constitución de Nicaragua subrayaba la “naturaleza multiétnica” del pueblo y, por ende, la garantía de los derechos culturales, lingüísticos y territoriales de las comunidades indígenas, para que se organizaran según “sus tradiciones históricas y culturales”, llegando a desarrollar un régimen de autonomías.

En este ciclo, sin embargo, las constituciones no realizan reconocimiento explícito del pluralismo jurídico, lo que conlleva una reafirmación del carácter monista de sus sistemas jurídicos.

El segundo ciclo de reformas, denominado el constitucionalismo pluricultural, fue desarrollado durante los años noventa del siglo pasado. Este modelo se impuso en muchas constituciones latinoamericanas y, en particular, en los textos normativos que en aquellos años fueron aprobados o modificados en los países de la región andina. En este sentido, se pueden citar los textos constitucionales de Colombia (1991), Perú (1993), Bolivia (1994), Ecuador (1996) y Venezuela (1999).

En este ciclo, las constituciones afirmaban el derecho a la identidad y diversidad cultural, y desarrollaban además el concepto de “Estado pluricultural”. El pluralismo y la diversidad cultural se convirtieron en principios constitucionales y permitieron la creación de sistemas jurídicos tanto de indígenas, como de afrodescendientes y de otros grupos minoritarios.

Las constituciones de este ciclo incorporaron un nuevo y largo listado de derechos indígenas, tales como la oficialización de idiomas indígenas, educación bilingüe intercultural, tierras, la consulta y nuevas formas de participación, entre otros. Adicionalmente, dichas constituciones contemplaban fórmulas de pluralismo jurídico, al reconocer a las autoridades indígenas, sus propias normas y procedimientos, o su derecho consuetudinario y funciones jurisdiccionales o de justicia.

Sin embargo, esta primera apertura al pluralismo jurídico presenta importantes limitaciones y problemas de implementación. En primer lugar, las disposiciones que afirman la naturaleza plural del sistema jurídico carecen de una adecuada organización y sistematización, adoleciendo de una ausencia de instrumentos para garantizar su eficacia. En segundo lugar, la mayoría de

las constituciones de este ciclo limitan el reconocimiento del derecho indígena a no contradecir “la Constitución y las leyes” o “el orden público”, lo que evidentemente restringe la supuesta igualdad entre sistemas jurídicos.

El tercer ciclo de reformas dentro del panorama pluralista es el constitucionalismo plurinacional. Este ciclo se ha desarrollado principalmente en dos procesos constituyentes, los procesos de Bolivia (2006–2009)²⁵ y de Ecuador (2008)²⁶. Estas constituciones proponen una reformulación del Estado, partiendo del reconocimiento explícito de las raíces milenarias de los pueblos indígenas, que fueron ignoradas desde la época colonial hasta los primeros siglos del constitucionalismo independentista²⁷. Como se puede deducir, el objetivo principal de este ciclo es poner fin al colonialismo. Los pueblos indígenas son reconocidos no solo como culturas diversas o minoritarias, sino como naciones originarias o nacionalidades, con derecho a la autodeterminación o a la libre determinación.

El Estado plurinacional nace como resultado de un pacto entre naciones, entre pueblos. En otras palabras, se superan los modelos precedentes, basados en el reconocimiento por parte del Estado de los pueblos indígenas, para considerar a estos mismos pueblos como sujetos constituyentes y, junto con otros pueblos, se les faculta, mediante la promulgación de la Constitución, para contribuir a la determinación de la forma de Estado y de las relaciones entre los diferentes pueblos que lo conforman²⁸.

²⁵ Cfr. Alba, Óscar y Castro, Sergio (eds.), *Pluralismo Jurídico e Interculturalidad*, Comisión de Justicia de la Asamblea Constituyente, Sucre, 2005; De Sousa Santos, Boaventura y Exeni Rodríguez, José Luis (eds.), *Justicia indígena, plurinacionalidad e interculturalidad en Bolivia*, Fundación Rosa Luxemburg, Quito, 2012; y Vestri, Gabriele, “‘Recibiréis la constitución más liberal del mundo’. Constitucionalismo y pluralismo jurídico: una ventana abierta sobre América latina. El caso boliviano”, *Revista de los Derechos Sociales*, n.º 1 (2012), pp. 55-73.

²⁶ Cfr. Carpio Frixione, María Bernarda, “Pluralismo jurídico en el Ecuador ¿existencia de una verdadera aplicabilidad en el ámbito penal?”, *USFQ Law Review*, vol. 2, n.º 2 (2015), pp. 207-230; y Díaz Ocampo, Eduardo y Antúnez Sánchez, Alcides, “La justicia indígena y el pluralismo jurídico en Ecuador. El constitucionalismo en América Latina”, *Derecho y Cambio Social*, n.º 1 (2016), pp. 1-38.

²⁷ Cfr. Preámbulo Constitución Ecuador: “Reconociendo nuestras raíces milenarias, forjadas por mujeres y hombres de distintos pueblos”.

²⁸ Cfr. art. 56 Constitución Ecuador: “Las comunidades, pueblos, y nacionalidades indígenas, el pueblo afroecuatoriano, el pueblo montubio y las comunas forman parte del Estado ecuatoriano, único e indivisible”; y art. 3 Constitución Bolivia: “La nación boliviana está conformada por la totalidad de las bolivianas y los bolivianos, las naciones y pueblos indígena originario campesinos, y las comunidades interculturales y afrobolivianas que en conjunto constituyen el pueblo boliviano”.

El constitucionalismo plurinacional se funda sobre la base de un pluralismo jurídico igualitario que, utilizando las categorías que hemos mencionado con anterioridad, se puede definir como un pluralismo intercultural. El fundamento del pluralismo jurídico en estos países no radica solamente en la diversidad cultural, que a su vez es reafirmada a través del principio de la interculturalidad, sino que se cimienta sobre la base del reconocimiento del derecho a la autodeterminación o a la libre determinación de los pueblos indígenas²⁹.

Bajo la denominación de Estado plurinacional, se reconocen nuevos principios de organización del poder basados en la diversidad, la igual dignidad de los pueblos, la interculturalidad y un modelo de pluralismo legal igualitario, con un expreso reconocimiento de las funciones jurisdiccionales indígenas. Se pluraliza la definición de derechos, la democracia y la composición de los órganos públicos, así como las formas de ejercicio del poder.

Un claro ejemplo de tales extremos sería la Constitución de Bolivia, que reconoce simultáneamente varias formas de participación política, incluyendo la forma clásica representativa, pero también prevé formas de participación directa y nuevas formas de participación, como la democracia comunitaria. Además, la misma Constitución de Bolivia establece nuevas instituciones plurinacionales, como el Tribunal Constitucional plurinacional, que debe tener una composición plural y reflejar una visión intercultural o plural, incluyendo la visión indígena y ordinaria³⁰.

4. Retos y conclusiones

La actuación del modelo intercultural de pluralismo jurídico presenta retos y desafíos de difícil resolución, pero imprescindibles para la consecución efectiva de este modelo, de conformidad con sus principios idiosincrásicos.

Un primer reto que los diferentes textos constitucionales expuestos con anterioridad plantean es la necesidad de construir herramientas para una

²⁹ Cfr. Preámbulo Constitución Bolivia: “Dejamos en el pasado el Estado colonial, republicano y neoliberal. Asumimos el reto histórico de construir colectivamente el Estado Unitario Social de Derecho Plurinacional Comunitario, que integra y articula los propósitos de avanzar hacia una Bolivia democrática, productiva, portadora e inspiradora de la paz, comprometida con el desarrollo integral y con la libre determinación de los pueblos”.

³⁰ Cfr. art. 197 Constitución Bolivia: “El Tribunal Constitucional Plurinacional estará integrado por Magistradas y Magistrados elegidos con criterios de plurinacionalidad, con representación del sistema ordinario y del sistema indígena originario campesino”.

hermenéutica y una doctrina pluralista, con el fin de “salvar” sus limitaciones o inconsistencias y poder garantizar que el principio del pluralismo igualitario y el proyecto descolonizador se proyecten en las normas secundarias, la jurisprudencia y las políticas públicas.

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

Un tercer reto es la necesidad de establecer mecanismos o herramientas para que se definan límites a la tolerancia, lo que se conseguiría, de conformidad con lo afirmado al hablar del modelo intercultural, con una retroalimentación continua que resulte útil para la búsqueda de valores comunes, sobre la base del respeto mutuo y la convivencia.

Bibliografía

- Alba, Óscar y Castro, Sergio (eds.), *Pluralismo jurídico e interculturalidad*, Comisión de Justicia de la Asamblea Constituyente, Sucre, 2005.
- Ardila, Édgar, “Pluralismo jurídico: apuntes para el debate”, *El otro derecho*, 26-27, 2002, pp. 63-98.
- Ariza Santamaría, Rosember, “El pluralismo jurídico en América Latina y la nueva fase del colonialismo jurídico en los estados constitucionales”, *Revista InSUR-gência*, vol. 1, n.º 1, (2015), pp. 165-194.
- Barié, Cletus Gregor, *Pueblos indígenas y derechos constitucionales en América Latina: un panorama*, Instituto Indigenista Interamericano para el Desarrollo de los Pueblos Indígenas, México D.F., 2003.
- Bobbio, Norberto, *Filosofía del derecho y teoría general del derecho. Contribución a la teoría del derecho*, Debate, Madrid, 1990.
- Carpio Frixione, María Bernarda, “Pluralismo jurídico en el Ecuador ¿existencia de una verdadera aplicabilidad en el ámbito penal?”, *USFQ Law Review*, vol. 2, n.º 2 (2015), pp. 207-230.
- Castillo Vegas, Jesús Luis, “El estatuto jurídico de los indígenas en las constituciones hispanoamericanas del período de la emancipación”, *Revista de estudios histórico-jurídicos*, n.º 35 (2013), pp. 431-459.
- Cruz Rodríguez, Edwin, “Pluralismo jurídico, multiculturalismo e interculturalidad”, *Criterio Jurídico*, vol. 13, n.º 2 (2013), pp. 69-101.

- De Sousa Santos, Boaventura y Exeni Rodríguez, José Luis (eds.), *Justicia indígena, plurinacionalidad e interculturalidad en Bolivia*, Fundación Rosa Luxemburg, Quito, 2012.
- De Sousa Santos, Boaventura, *El discurso y el poder. Ensayo sobre la sociología de la retórica jurídica*, Sergio A Fabris, Porto Alegre, 1988.
- Díaz Ocampo, Eduardo y Antúnez Sánchez, Alcides, “La justicia indígena y el pluralismo jurídico en Ecuador. El constitucionalismo en América latina”, *Derecho y Cambio Social*, n.º 1 (2016), pp. 1-38.
- Groppi, Tania y Simoncini, Andrea, *Introduzione allo studio del diritto pubblico e delle sue fonti*, Giappichelli, Torino, 2017.
- Grossi, Paolo, *Mitología jurídica de la Modernidad*, Trotta, Madrid, 2003.
- Hoekema, André, “Hacia un pluralismo jurídico formal de tipo igualitario”, *El otro derecho*, n.º 26-27 (2002), pp. 63-98.
- Kelsen, Hans, *Teoría pura del derecho*, Eudeba, Buenos Aires, 1982.
- Kymlicka, Will, *Ciudadanía multicultural*, Paidós, Buenos Aires, 1996.
- Ramirez, Silvina, “Diversidad cultural y pluralismo jurídico: administración de justicia indígena”, *Jura Gentium. Rivista di filosofia del diritto internazionale e della politica globale*, n.º 1 (2005), pp. 1-6.
- Romano, Santi, *El ordenamiento jurídico*, Instituto de Estudios Políticos, Madrid, 1963.
- Vestri, Gabriele, “‘Recibiréis la constitución más liberal del mundo’. Constitucionalismo y pluralismo jurídico: una ventana abierta sobre América latina. El caso boliviano”, *Revista de los Derechos Sociales*, n.º 1, (2012), pp. 55-73.
- Walsh, Catherine, *Interculturalidad, Estado, sociedad. Luchas (de)coloniales de nuestra época*, Universidad Andina Simón Bolívar, Quito, 2009.
- Wolkmer, Antonio Carlos, *Pluralismo jurídico. Fundamentos de una nueva cultura del Derecho*, MAD, Sevilla, 2006.
- Yrigoyen Fajardo, Raquel, *El horizonte del constitucionalismo pluralista: del multiculturalismo a la descolonización*, Instituto Internacional de Derecho y Sociedad, Lima, 2010.
- Yrigoyen Fajardo, Raquel, *Pautas de coordinación entre el derecho indígena y el derecho estatal*, Fundación Myrna Mack, Guatemala, 1999.
- Yrigoyen Fajardo, Raquel, *Sometimiento constitucional y penal de los indígenas en los países andinos en el s. XIX*, Universidad de Barcelona, Barcelona, 2005.