

LOS LÍMITES DEL PLURALISMO JURÍDICO. UNA REVISIÓN DEL CASO DE VENEZUELA: ¿FRACTURA O APORÍA?

Fátima Josefina El Fakih Rodríguez

Per citar o enllaçar aquest document:

Para citar o enlazar este documento:

Use this url to cite or link to this publication:

<http://hdl.handle.net/10803/674814>

ADVERTIMENT. L'accés als continguts d'aquesta tesi doctoral i la seva utilització ha de respectar els drets de la persona autora. Pot ser utilitzada per a consulta o estudi personal, així com en activitats o materials d'investigació i docència en els termes establerts a l'art. 32 del Text Refós de la Llei de Propietat Intel·lectual (RDL 1/1996). Per altres utilitzacions es requereix l'autorització prèvia i expressa de la persona autora. En qualsevol cas, en la utilització dels seus continguts caldrà indicar de forma clara el nom i cognoms de la persona autora i el títol de la tesi doctoral. No s'autoritza la seva reproducció o altres formes d'explotació efectuades amb finalitats de lucre ni la seva comunicació pública des d'un lloc aliè al servei TDX. Tampoc s'autoritza la presentació del seu contingut en una finestra o marc aliè a TDX (framing). Aquesta reserva de drets afecta tant als continguts de la tesi com als seus resums i índexs.

ADVERTENCIA. El acceso a los contenidos de esta tesis doctoral y su utilización debe respetar los derechos de la persona autora. Puede ser utilizada para consulta o estudio personal, así como en actividades o materiales de investigación y docencia en los términos establecidos en el art. 32 del Texto Refundido de la Ley de Propiedad Intelectual (RDL 1/1996). Para otros usos se requiere la autorización previa y expresa de la persona autora. En cualquier caso, en la utilización de sus contenidos se deberá indicar de forma clara el nombre y apellidos de la persona autora y el título de la tesis doctoral. No se autoriza su reproducción u otras formas de explotación efectuadas con fines lucrativos ni su comunicación pública desde un sitio ajeno al servicio TDR. Tampoco se autoriza la presentación de su contenido en una ventana o marco ajeno a TDR (framing). Esta reserva de derechos afecta tanto al contenido de la tesis como a sus resúmenes e índices.

WARNING. Access to the contents of this doctoral thesis and its use must respect the rights of the author. It can be used for reference or private study, as well as research and learning activities or materials in the terms established by the 32nd article of the Spanish Consolidated Copyright Act (RDL 1/1996). Express and previous authorization of the author is required for any other uses. In any case, when using its content, full name of the author and title of the thesis must be clearly indicated. Reproduction or other forms of for profit use or public communication from outside TDX service is not allowed. Presentation of its content in a window or frame external to TDX (framing) is not authorized either. These rights affect both the content of the thesis and its abstracts and indexes.



TESIS DOCTORAL

LOS LÍMITES DEL PLURALISMO JURÍDICO

Una revisión del caso de Venezuela: ¿Fractura o aporía?

Fátima Josefina El Fakih Rodríguez

2021



TESIS DOCTORAL

LOS LÍMITES DEL PLURALISMO JURÍDICO

Una revisión del caso de Venezuela: ¿Fractura o aporía?

Fátima Josefina El Fakih Rodríguez

2021

PROGRAMA DE DOCTORADO EN DERECHO, ECONOMÍA Y EMPRESA

Dirigida por:

Marco Aparicio Wilhelmi

Memoria presentada para optar al título de doctor/a por la Universidad de Girona



El Dr. Marco Aparicio Wilhelmi, de la Universitat de Girona,

DECLARO:

Que el trabajo titulado “Los límites del pluralismo jurídico. Una revisión del caso de Venezuela: ¿Fractura o aporía?”, que presenta Fátima Josefina El Fakih Rodríguez para la obtención del título de doctora, se ha realizado bajo mi dirección y que cumple los requisitos para poder optar a Mención Internacional.

Y para que así conste y tenga los efectos oportunos, firmo el presente documento.

Firma:

Girona, 10 de septiembre de 2021

“El derecho es la forma más poderosa que tenemos,
cuando menos los juristas,
de resistir el derecho”.

(Peter Fitzpatrick)

A Mamá y a Papá,

a tía Brígida,

y por Izkarralde:

Porque son el sentido de toda mi vida.

A los pueblos de la Amazonia venezolana:

Porque mi voz contribuya a que su canto sea escuchado.

ADIWA

“Los países no existen.

Son constructos abstractos como el ser, o los números,
las banderas, los pasaportes, las fronteras, las lenguas.

Son de la misma naturaleza que los dioses:

Convenciones. Conceptos.

Lo que existe es la casa donde hacía café tu abuela,
La calle donde tu madre te dejó sólo por vez primera
para que entraras a la escuela.

El olor a pan de la cocina de tu casa,

Los brazos de tu padre y tú dormido frente al televisor.

Lo que existe es el sitio donde están enterrados los huesos de tu perro.

El columpio, el árbol de tu casa, la arena del patio del colegio,
el cine de tu barrio, la tierra donde estuvo la sombra de tu bicicleta.

Un país no es una foto con sellos, ni banderas, ni colores de un mapa.

Por eso nadie te puede dar un país.

Aunque te den papeles y mapas y fronteras.

Porque nadie puede darte el sol en los cabellos de tu madre
ni el sitio en que tu padre recibía de tu madre el plato del almuerzo.

Tu país es este.

Nadie te va a dar otro.

Me han dicho que su nombre no cabe en un poema,
pero lo pongo aquí, con rabia, con dolor. Venezuela”.

(Freddy Sosa)

Agradecimientos

Con el temor de obviar mi gratitud para con tantas personas que me han sostenido, impulsado y guiado en la larga terminación de este proyecto, quiero agradecer al Dr. Marco Aparicio Wilhelmi, quien se ha arriesgado a creer en esta investigación, guiado por su fidelidad y apoyo a los pueblos indígenas de Venezuela. Por el apoyo y la constancia durante todos estos años. Por el tiempo que ha dedicado a ser mi soporte y mi revisor en cada una de estas líneas. Merci per tant!

Al profesor Jon Leonardo Aurtenetxe, de la Universidad de Deusto, en Bilbao, quien me ha leído, corregido y vuelto a leer con paciencia y cariño. Por todas sus instrucciones en la escritura y en el aprendizaje metodológico que aún no termino. Por su apoyo y amistad. Por hacerme más fácil los días de redacción, con su entusiasmo, el café y las frutas picadas de cada mañana. Eskerrikasko.

Al profesor Juan Eduardo Fernández San Martín quien siendo Jefe de Carrera, cuando llegué a la Universidad Católica de Temuco, en Chile, me empujó a retomar la tesis, siguiendo de cerca, él y su esposa Alejandra, cada uno de los traspies y de los aciertos. Gracias.

A Girona, l'eterna estimada i amant; la qual encara m'enamora. A la ciutat que banya l'Onyar i que em va regalar un fill i va veure construir la meva família i als gironins amics, que el temps ha amarrat a la meva vida: moltes gracies.

A Luis Bello, por enseñarme la fuerza de la lucha en el silencio.

A la Universidad de Los Andes, a mi querida Escuela de Derecho que allá, en medio de las montañas y la Sierra Nevada, continúa resistiendo con la vibrante estrofa de empuje y libertad. A los que siguen allí, decididos, con tono vigoroso, construyendo país y creyendo en la patria. A los que lo hacemos desde afuera, con el corazón en la serrana altiva, en nuestra tierra y en nuestra Urita querida, la Universidad.

Sumario

Introducción	17
Antecedentes	18
El problema	21
Hipótesis	21
Metodología	22
Estructura	23
PARTE I	26
Capítulo 1. Hacia una comprensión del Pluralismo Jurídico	27
1. Categorías fundamentales para abordar el conocimiento del Derecho: ¿Monismo o pluralismo jurídico?	31
1.1. Contraste entre pluralismo y monismo jurídicos	33
1.2. Algunos presupuestos de partida del pluralismo jurídico	39
1.3. Diversas acepciones del pluralismo jurídico: hacia una definición	46
2. Evolución y clasificación del pluralismo jurídico. Contexto y etapas	55
2.1. Etapas	56
2.2. Clasificación según Hoekema: Pluralismo jurídico social y formal	58
2.3. Pluralismo jurídico colonial subordinado e igualitario	60
2.4. Los nuevos pluralismos jurídicos	65
3. Los elementos que conforman el pluralismo jurídico. Algunas nociones elementales	70
3.1. La definición del sistema jurídico como concepto transversal para hablar del pluralismo jurídico	71
3.2. Los sujetos del pluralismo jurídico	77
3.3. Los mecanismos de coordinación	106
Capítulo 2. Los fundamentos epistemológicos del pluralismo jurídico	128
1. Los elementos políticos que sustentan el pluralismo jurídico	130
1.1. La crisis de la modernidad como crisis de la sociedad liberal	131

1.2. El debate entre el liberalismo y el multiculturalismo: sus efectos sobre el pluralismo jurídico	134
1.3. Multiculturalismo y los límites del liberalismo	148
2. El problema de la comunicación entre culturas: posibilidades y limitaciones	154
2.1 Las máximas valorativas fundantes del Pluralismo Jurídico	161
2.2. La igualdad como base para la aceptación de la diferencia	163
2.3. La alteridad como concepto desarrollador del reconocimiento del otro	176
3. Repercusiones del pluralismo jurídico en el conocimiento del Derecho	183
3.1. El Pluralismo Jurídico y la ampliación de las fuentes del Derecho	188
3.2. Los Principios Generales del Derecho y el Pluralismo Jurídico	192
3.3. Implicaciones del Pluralismo Jurídico en la Teoría del Derecho	194
Reflexiones finales de la PARTE I	202
PARTE II	204
DETERMINACIÓN DEL PLURALISMO JURÍDICO EN VENEZUELA: PASOS ENTRE HORIZONTES FRACTURADOS	204
Introducción	205
Capítulo 3. Contexto jurídico internacional del Pluralismo Jurídico	208
1. Marco jurídico internacional para el reconocimiento de los Derechos de los Pueblos indígenas.....	210
2. Brecha de implementación de los derechos indígenas	222
3. Casos referenciales latinoamericanos	224
3.1. El pluralismo jurídico en la Constitución de Colombia del 1991	225
3.2. El pluralismo jurídico en la Constitución de Ecuador del 2008.....	228
3.3. El pluralismo jurídico en la Constitución de Bolivia de 2009	233
3.4. Tablas comparativas del pluralismo jurídico en las Constituciones de Colombia, Ecuador y Bolivia	238
Capítulo 4. Los pueblos indígenas venezolanos como sujetos de Pluralismo Jurídico.....	250
1. Contexto y situación de los pueblos indígenas en Venezuela.....	251
2. El sistema normativo precolombino en Venezuela. Precedentes del Derecho Indígena venezolano. Leyes de Indias	260

2.1. La política indigenista del sometimiento	267
2.2. El pluralismo jurídico subordinado y la segregación colonial: Los Derechos de los Indígenas en las Leyes de Indias	272
3. El reconocimiento de los derechos indígenas en los procesos constitucionales venezolanos: Una breve revisión desde 1811 hasta 1999	278
4. El giro constitucionalista de 1999	281
4.1. El proceso constituyente de 1999.....	285
4.2. Reconocimiento de los Pueblos Indígenas en Venezuela	292
4.3. Derechos Indígenas en la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela	294
5. Otros instrumentos jurídicos nacionales. La Ley Orgánica de Pueblos y Comunidades Indígenas. Jurisprudencia	297
6. Proceso de adscripción de Venezuela a las leyes internacionales en materia de Derechos Indígenas y Tratados Internacionales suscritos	302
Reflexiones finales de la PARTE II.....	313
PARTE III	318
LOS LIMITES DEL PLURALISMO JURÍDICO.....	318
Introducción	319
Capítulo 5. Los intereses políticos y económicos como impedimentos al respeto de la pluralidad jurídica	323
1. Acerca de la liminalidad política y económica del pluralismo jurídico.....	323
1.1. La situación en los países de la región.....	324
1.2. La participación ciudadana entre el pluralismo y la democracia. La consulta previa como pilar de un horizonte democrático, pluralista e intercultural.....	331
1.3. La propuesta de un horizonte democrático, pluralista e intercultural para el diálogo hermenéutico y agonístico. Desafío primero	341
2. La universalidad de los valores y la pluralidad cultural. Del miedo a lo desconocido al odio por la diferencia.....	349
2.1. El diálogo frente a la pluralidad cultural, una necesidad imperiosa e inexorable	349
2.2. Los puntos de conexión y de inflexión en la universalidad de valores	356

2.3. Positivismo y pluralismo jurídico, ¿dos puntos antagónicos en la construcción de valores?	362
2.4. La propuesta de un concepto formal y externo de bien como superación a la contradicción. Desafío segundo	367
3. La falsa utopía de la coherencia entre sistemas jurídicos. Acerca de los límites jurídicos del Pluralismo jurídico.....	373
3.1. Superando el concepto de sistemas jurídicos alternativos	373
3.2. ¿Es el constitucionalismo un prerrequisito para la coordinación?	378
3.3 ¿Dónde se juntan y donde se separan los sistemas jurídicos a “coordinarse” en el pluralismo jurídico? Desafío tercero	386
Capítulo 6: Los desafíos del Pluralismo Jurídico en Venezuela. Hacia la propuesta de un pluralismo agonístico	391
1. Consideraciones sobre los límites en la regulación jurídica del pluralismo jurídico y su proyección al caso Venezuela	391
1.1. Deudas y atraso legislativo en la delimitación territorial. Propuestas ignoradas de mapeo de los pueblos indígenas.....	393
1.2. La difícil regulación de los medios de coordinación. Superación de la liminalidad jurídica del Pluralismo jurídico, aplicada al caso Venezuela.....	398
1.3. La violación del Pluralismo Jurídico por el órgano legislativo de Venezuela	402
2. Los breves políticos para el reconocimiento de los derechos de los pueblos indígenas en Venezuela.....	405
2.1. Entre el reconocimiento y la ausencia de materialización del Pluralismo Jurídico en Venezuela. Una revisión a sus límites teóricos y políticos.....	405
2.2. Elementos determinantes de la realidad de los pueblos indígenas venezolanos: La cooptación, el extractivismo, la fragmentación de territorios y la participación política.....	418
2.3. Pandemia global y la doble amenaza que enfrentan los pueblos indígenas de Venezuela	425
3. Hacia una ruta hermenéutica para la proyección del pluralismo jurídico en Venezuela	426
3.1. El carácter dialógico del horizonte democrático, pluralista e intercultural.....	426
3.2. El pluralismo agonístico como premisa articuladora de la superación de los campos liminales del pluralismo jurídico en Venezuela	428

Conclusiones	431
BIBLIOGRAFÍA	441

RESUMEN: Desde la aprobación de la Constitución en 1999, el estado venezolano reconoce un conjunto de derechos colectivos para los pueblos indígenas que implican, como consecuencia, la incorporación del pluralismo jurídico como principio regulador de las relaciones internormativas. No obstante, la ausencia del pleno desarrollo normativo, así como la no aplicación de la Ley Orgánica de Pueblos y Comunidades Indígenas, la obstrucción o paralización del proceso de delimitación territorial y la intensificación de políticas extractivistas, entre otras causas, han venido destruyendo los territorios y las formas específicas de vida de los pueblos indígenas venezolanos, lo que pone en cuestionamiento los alcances de dichas previsiones constitucionales.

A partir de esto, la presente investigación busca demostrar cómo en Venezuela los derechos de los pueblos indígenas no han transitado de modo mínimamente aceptable desde su reconocimiento formal hacia su efectividad, manteniéndose en el paradigma monocultural, a través de un proceso de desconstrucción negativa del Estado de Derecho. A estos fines, se fija como propósito la identificación de los obstáculos que llevan a la falta de materialización de estos derechos, entendiendo tales obstáculos como límites al pluralismo jurídico. Reconociendo que el problema de la realización del pluralismo jurídico no constituye únicamente una dificultad de comprensión teórica, sino que responde a conflictos materiales de base, donde la lucha de intereses, principalmente socioeconómicos, culturales y políticos, impiden el desarrollo del reconocimiento de los derechos de los pueblos indígenas, se plantea la necesidad de una aproximación al análisis de las implicaciones de dichas teorías epistemológicas. Asimismo, se busca aportar elementos que ayuden a deshacer los equívocos de las concepciones teóricas no fundamentadas o mal fundamentadas, que tienden a perpetuar la hegemonía de patrón monocultural; igualmente se quieren desactivar las objeciones teóricas y epistemológicas al pluralismo jurídico, colaborando con ello en la construcción de una cultura jurídica que sea capaz de promover una justicia cultural y, con ella, el reconocimiento efectivo de los derechos de los pueblos indígenas en general, con su articulación al caso venezolano, en particular.

Para ello, la tesis se organiza a partir de tres perspectivas diferenciadas: la necesidad de identificar al pluralismo jurídico como una nueva forma de comprender el Derecho a través del análisis de los elementos que lo componen; prever los límites que se le presentan al pluralismo jurídico, identificando unos campos liminales, a saber: político/económico, filosófico/axiológico y teórico/jurídico. Con todo ello, y finalmente, se busca demostrar que el pluralismo jurídico es posible para el caso de Venezuela, sobre el reconocimiento de una justicia cultural, en afirmación

y respeto a los derechos de los pueblos indígenas y articulado en un horizonte democrático, pluralista e intercultural.

Palabras clave: pueblos indígenas, derechos colectivos, pluralismo jurídico, epistemología del Derecho, pluralismo agonístico, Venezuela.

RESUM: Des de l'aprovació de la Constitució el 1999, l'Estat veneçolà reconeix un conjunt de drets col·lectius per als pobles indígenes que impliquen, com a conseqüència, la incorporació del pluralisme legal com a principi regulador de les relacions internormatives. No obstant això, l'absència de ple desenvolupament normatiu, així com la no aplicació de la Llei Orgànica de Pobles i Comunitats Indígenes, l'obstrucció o paràlisi del procés de delimitació territorial i la intensificació de les polítiques extractivistes, entre d'altres causes, han anat destruint els territoris i formes de vida específiques dels pobles indígenes veneçolans, la qual cosa posa en dubte l'abast d'aquestes disposicions constitucionals.

Sobre la base d'això, aquesta investigació busca demostrar com a Veneçuela els drets dels pobles indígenes no han transitat d'una manera mínimament acceptable des del seu reconeixement formal a la seva eficàcia, romanent en el paradigma monocultural, a través d'un procés de desconstrucció negativa de l'Estat de Dret. Amb aquesta finalitat, es pretén identificar els obstacles que condueixen a la manca de materialització d'aquests drets, entenent-los com a límits al pluralisme jurídic. Reconeixent que el problema de la realització del pluralisme jurídic no només constitueix una dificultat de comprensió teòrica, sinó que respon a conflictes materials bàsics, on la lluita d'interessos, principalment socioeconòmica, cultural i política, impedeix el desenvolupament del reconeixement dels drets dels pobles indígenes, sorgeix la necessitat d'un enfocament per a l'anàlisi de les implicacions d'aquestes teories epistemològiques. Es busca proporcionar elements que ajudin a desfer els malentesos de concepcions teòriques infundades o mal fundades, que tendeixen a perpetuar l'hegemonia del patró monocultural; igualment, es volen desactivar les objeccions teòriques i epistemològiques al pluralisme jurídic, col·laborant així en la construcció d'una cultura jurídica específica, com a opció per aconseguir la justícia cultural i, amb ella, el reconeixement efectiu dels drets dels pobles indígenes en general, amb la seva articulació al cas veneçolà, en particular.

Amb aquesta finalitat, la tesi s'organitza des de tres perspectives diferents: la necessitat d'identificar el pluralisme jurídic com una nova manera d'entendre el dret a través de l'anàlisi dels elements que el componen; preveure els límits que es presenten al pluralisme jurídic, identificant alguns camps liminals, és a dir: polític/econòmic, filosòfic/axiològic i teòric/jurídic. Amb tot això, i finalment, es pretén demostrar que el pluralisme legal és possible per al cas de Veneçuela, sobre el reconeixement de la justícia cultural, en l'afirmació i el respecte als drets dels pobles indígenes i articulada en un horitzó democràtic, pluralista i intercultural.

Paraules clau: pobles indígenes, drets col·lectius, pluralisme legal, epistemologia del dret, pluralisme agonista, Veneçuela.

ABSTRACT: Since the approval of the Constitution in 1999, the Venezuelan state recognizes a set of collective rights for indigenous peoples that imply, therefore, the incorporation of legal pluralism as a regulating principle of internormative relations. However, the absence of full normative development, as well as the non-application of the Organic Law on Indigenous Peoples and Communities, the obstruction or paralysis of the territorial delimitation process and the intensification of extractivist policies, among others, have been destroying the territories and specific ways of life of Venezuelan indigenous peoples, which calls into question the scope of these constitutional provisions.

Based on this, this research seeks to demonstrate how in Venezuela the rights of indigenous peoples have not moved in a minimally acceptable way from their formal recognition to their effectiveness, remaining in the monocultural paradigm, through a process of negative deconstruction of the rule of law. To this end, the purpose is to identify the obstacles that lead to the lack of materialization of these rights, understanding them as limits to legal pluralism. Recognizing that the problem of the realization of legal pluralism does not only constitute a difficulty of theoretical understanding, but responds to basic material conflicts, where the struggle of interests, mainly socioeconomic, cultural, and political, impede the development of the recognition of the rights of indigenous peoples, the need arises for an approach to the analysis of the implications of these epistemological theories. Provide elements that help to undo the misunderstandings of unfounded or ill-founded theoretical conceptions, which tend to perpetuate the hegemony of monocultural pattern; deactivate theoretical and epistemological objections to

legal pluralism, thereby collaborating in the construction of a specific legal culture, as an option to achieve cultural justice and, with it, the effective recognition of the rights of indigenous peoples in general, with their articulation to the Venezuelan case, in particular.

To this end, the thesis is organized from three different perspectives: the need to identify legal pluralism as a new way of understanding law through the analysis of the elements that compose it; foresee the limits that are presented to legal pluralism, identifying some liminal fields, namely: political/economic, philosophical/axiological, and theoretical/legal. With all this, and finally, it seeks to demonstrate that legal pluralism is possible for the case of Venezuela, on the recognition of cultural justice, in affirmation and respect for the rights of indigenous peoples and articulated in a democratic, pluralistic, and intercultural horizon.

Keywords: indigenous peoples, collective rights, legal pluralism, epistemology of law, agonistic pluralism, Venezuela.

Introducción

En las últimas décadas el pluralismo jurídico (PJ, en adelante) se ha venido posicionando como una categoría de análisis relativa al concepto y comprensión epistémica del Derecho, pero, sobre todo, asumiendo la necesidad de analizar el Derecho en términos de la justicia, como justicia cultural, particularmente en el reconocimiento de los derechos de los pueblos indígenas en América Latina. El PJ aparece en ese sentido para fortalecer el reconocimiento de las normas que reclaman su obediencia en un mismo territorio, pero que pertenecen a sistemas jurídicos distintos y son el resultado de diversas cosmovisiones que imponen pautas de conducta a diferentes grupos sociales, culturas o pueblos.

En ese sentido, el PJ no puede ser considerado solamente como una postura alternativa acerca del Derecho de moda entre sociólogos y antropólogos jurídicos; por el contrario, está llamado a ser una toma de posición coherente en la imperiosa necesidad de promover un derecho que haga resistencia frente a la hegemonía del patrón monocultural; que desmonte, a través de objeciones teóricas y epistemológicas, los obstáculos en la construcción de la justicia cultural y, con ella, favorezca el reconocimiento efectivo de los derechos de los pueblos indígenas. El PJ comprende al Derecho en una perspectiva más amplia que la restringida a la existencia normativa: reconoce, articula y coordina sistemas normativos complejos en contextos socio valorativos amplios, producto de la diversidad étnica y cultural a la que pertenecen los diversos actores sociales en juego. Este es el caso de Venezuela en el cual, a partir de la aprobación de la constitución en 1999, se reconocieron un conjunto de derechos colectivos de los pueblos indígenas que implicaron la incorporación del pluralismo jurídico como principio regulador de sus relaciones internormativas. Sin embargo, la ausencia del pleno desarrollo normativo tales como la no delimitación por parte del Estado de los territorios pertenecientes a los pueblos indígenas y la carencia de políticas públicas en respeto de los derechos de estos pueblos, nos refieren la necesidad de revisar la eficacia del pluralismo jurídico en el país.

La demostración de que en Venezuela los derechos de los pueblos indígenas no han transitado efectivamente, desde su enunciación formal, hacia su vigencia material, sino que se han quedado dentro del paradigma monocultural logrando con ello un proceso de desconstrucción negativa del Estado de Derecho, amerita depurar la noción del pluralismo jurídico, las dimensiones conceptuales desde la que se comprende, articulándolo luego con la realidad normativa, política y

social venezolana, a fin de identificar las resistencias que lo limitan y poder aportar, finalmente, elementos para su superación, más allá de los nuevos pluralismos, descansando en la propuesta de un pluralismo agonista.

Antecedentes

El PJ parte de una idea elemental acerca del Derecho: desde una perspectiva más bien de carácter antropológico refiere a la diversidad del ser humano, pero al mismo tiempo reconoce que esta diversidad tiene que lidiar con la aspiración ilustrada en la igualdad, criterio fundante del Estado moderno, y que a la postre, moldeó el Derecho hegemónico que hemos conocido y aprendido bajo la perspectiva monista. Sin embargo, referirnos al reconocimiento de la diversidad nos retrotrae a los orígenes de la Historia, cuando esta adquiere carta protagónica en la naturaleza del Derecho, a partir de las décadas de los 50, 60 y 70 del siglo pasado, lo que hace que se comience a hablar propiamente del PJ.

Fundamentado en esta primera idea, se puede afirmar que el PJ ha venido cobrando relevancia en los últimos años como el enfoque epistémico-normativo acertado, en el campo del estudio del Derecho, para comprender y lograr regular las situaciones de diversidad cultural y social. No es extraño, por tanto, que desde la Filosofía del Derecho y de la Sociología Jurídica, aunque con orientaciones y posturas diversas entre sí, se haya venido revisando, estudiando y abordando esta posibilidad epistemológica al momento de estudiar al Derecho, ya que se entiende que caza mejor con la diversidad del mundo actual.

No es difícil darse cuenta de que, por otra parte, y empujado por la realidad social, política y también jurídica, sobre todo en nuestros países de América Latina, en un sentido amplio, el PJ viene siendo considerado como resultado de la necesidad de reconocer o admitir la coexistencia de varios sistemas normativos dentro de un mismo espacio geopolítico¹, especialmente para el caso de los derechos de nuestros pueblos originarios, siendo necesario resaltar su utilidad como herramienta para activar resistencias teóricas y argumentos ideológicos en contra de los que

¹ Son muchos los autores que han venido, contemporáneamente, trabajando esta teoría. En cuanto al tema, y como será referido a lo largo de la presente tesis, en América Latina son referentes, por su claridad y sistematicidad, entre otros: Carlos Wolkmer, Boaventura de Sousa Santos, André Hoekema, Oscar Correas, Elisa Cruz Rueda, Esther Sánchez Botero, Raquel Yrigoyen, entre otros autores y autoras

mantiene la hegemonía estatal en una invisibilidad de la diversidad de algunos actores sociales. En este sentido, el PJ supone entonces, además del planteamiento teórico, una política de reconocimiento de sistemas normativos de pueblos o colectivos, diferentes al Estado, tal y como nos explica Yrigoyen, con sus propias fuentes de producción de normas, valores, instituciones y procedimientos², como los de nuestros pueblos indígenas.

Visto así, los antecedentes del PJ aluden directamente a la necesidad de reconocimiento, desde el Derecho, de que los grupos indígenas conservan además de su patrimonio cultural, un sistema jurídico normativo cuya integridad ha superado la prueba del tiempo y ha demostrado ser eficaz. No es por casualidad que la Sociología Jurídica ha considerado al PJ como un hecho social imposible de ser ignorado y uno de los temas transversales en sus investigaciones, proyectos y aportaciones a la comprensión del mundo jurídico.

Hoy día, el interés en el tema del PJ está fundamentado en la consideración de este como una herramienta para la reclamación de derechos ignorados y de invisibilidades sociales. Podemos decir, que ya se ha superado (aunque no podemos decir lo mismo de su grado de aprovechamiento) la fase del debate de la utilidad de este enfoque teórico-jurídico como un paso adelante en el camino de innovación e incorporación de esta perspectiva a niveles jurídico/constitucionales. La tarea pendiente es la identificación de los obstáculos que llevan a la falta de materialización de estos derechos, entendiéndolos como límites al pluralismo jurídico.

Por otra parte, desde la Filosofía del Derecho, se viene debatiendo también el marco gnoseológico, axiológico y estrictamente moral del pluralismo jurídico, con el fin de atender el enorme sufrimiento que el no reconocimiento de las culturas ha venido ocasionado en los últimos siglos a la humanidad, al individuo mismo y al conocimiento que este tiene de sí mismo y de su interacción con los demás.

El no reconocimiento de la pluralidad jurídica (que es la forma institucionalizada de no reconocer otras culturas y naciones) así como la declaración tácita o no, de no tolerancia, han generado no sólo una gran pesadumbre para los pueblos no reconocidos, sino una devastación misma de cosmovisiones fundamentales para la propia supervivencia, tal y como lo explica Boaventura

² A lo largo de su extensa obra, Raquel Yrigoyen se dedica a explicar ampliamente estas características del pluralismo jurídico en América Latina. Podemos revisarlo, entre otros, en: Yrigoyen Fajardo, R. (1999). *Pautas de coordinación entre el derecho indígena y el derecho estatal*. Mirna Mack, Guatemala.

cuando se refiere a su concepto de “epistemicidio”³. Según este autor, lejos de colaborar a la comprensión del ser humano, el no reconocimiento del PJ ha supuesto una difuminación del sujeto de derecho, dando pie a todo tipo de violaciones continuadas de los derechos fundamentales del individuo.

A efectos de la fundamentación del enfoque del PJ, conviene tener en cuenta que los antecedentes más remotos de esta disciplina pueden rastrearse en las ideas y explicaciones preliminares del Derecho como fundamento de la vida social. En este sentido, desde los albores de la historia ha estado vigente una cosmovisión de la sociedad como realidad conflictiva y colectiva a la vez, que ha dado lugar a una visión del Derecho como un sistema regulatorio que busca algo más que orden y el control social, y que ha intentado combinar los valores anteriores con otro de orden superior: la Justicia. Esto llevará a tener en consideración en los marcos regulatorios no sólo aquellas cuestiones que tienen que ver con las condiciones materiales de existencia, sino con otras de carácter espiritual en las que se basa un principio básico de afirmación de la Vida (con mayúsculas). Es así como desde el iusnaturalismo sociológico⁴, por ejemplo, se comenzará a hablar de la necesidad de comprender la naturaleza de la cultura y de la sociedad, para poder entender el contenido moral del ordenamiento jurídico. Esto convertirá al Derecho en un elemento cultural tan relevante como la lengua, el arte, la economía o las formas de manifestar los sentimientos y de concebir la vida y la muerte.⁵

³ Se entiende el epistemicidio en tanto que idea expositora de otro tipo de racionalidad científica. De Sousa Santos nos habla del paradigma científico dominante y de cómo éste actúa bajo las premisas de un verdadero epistemicidio. Según el autor, el epistemicidio no viene a ser otra cosa que la destrucción de formas diversas del conocimiento, de parte del carácter hegemónico del saber en medio del cual nos movemos, que, en su tarea de dominación, homogeneiza todo a través de su impositiva óptica y niega la existencia de cualquier otro conocimiento, diferente a sí mismo. Nos referimos a ello precisamente como una consecuencia del no reconocimiento del Pluralismo Jurídico frente a la “otredad” de los pueblos indígenas y más allá, del reconocimiento de sus derechos. *Cfr./ De Sousa Santos, B. (2009). Epistemología del sur. Siglo XXI Editores, México, p. 368.*

⁴ En este contexto se habla de “iusnaturalismo sociológico” pretendiendo juntar el iusnaturalismo con los presupuestos básicos del sociologismo, en los términos en que García Máynez explica tres grandes corrientes doctrinales sobre el concepto del derecho: El positivismo jurídico, el realismo sociológico y el iusnaturalismo, entendiéndolo, desde el ángulo visual de la teoría de los tres círculos. *Cfr./ García Máynez, E. (2011). Positivismo Jurídico, realismo sociológico e iusnaturalismo. Distribuciones Fontamara, México.*

⁵ Se trata de explicar la experiencia jurídica basada en un primer momento, en la justicia, en los términos de la concepción iusnaturalista, partiendo de la premisa de que el derecho natural es el que establece lo justo de modo universalmente válido. A partir del orden divino o del orden de la naturaleza, se entiende que el derecho se ordena con los elementos fundamentales de la elaboración de las reglas de convivencia en la sociedad, con especial atención a las evoluciones de la realidad social. Se trata así, pues, de una percepción del derecho que prima por la eficacia, además de por la justicia o por la validez. Este es el sentido de la perspectiva del iusnaturalismo sociológico.

El problema

El Estado venezolano desde el reconocimiento en 1999 de los derechos colectivos de los pueblos indígenas asumió la incorporación del pluralismo jurídico como elemento fundante de su ordenamiento jurídico. Sin embargo, a veintidós años de haber sido aprobada una Constitución nacional de corte pluralista y reivindicativa de los derechos de los pueblos indígenas venezolanos, la destrucción de los territorios ancestrales de estos pueblos a partir de políticas públicas extractivistas, la ignorancia de las auto demarcaciones territoriales que han venido haciendo las comunidades indígenas por su propia cuenta y en general, la no aplicabilidad del orden normativo orgánico, atentando contra las formas específicas de vida de los pueblos indígenas venezolanos, pone en cuestionamiento la presencia de un pluralismo jurídico efectivo en el país.

A partir de esto se plantea una incoherencia entre el pluralismo jurídico registrado constitucionalmente y respaldado por un orden normativo de carácter orgánico, y una ausencia de ejecución material de este reconocimiento de los derechos, tanto territoriales como de respeto a la identidad cultural de los pueblos indígenas venezolanos, a partir del mantenimiento de un paradigma monocultural y un proceso de desconstrucción negativa del Estado de Derecho que lo limita. De cara a la superación de dicha problemática, se hace necesario desactivar resistencias teóricas y argumentos ideológicos que mantienen no solo la hegemonía de un poder estatal que invisibiliza los pueblos indígenas y el reconocimiento a sus derechos y vida propia, sino además, clarificar las dimensiones desde las cuales se puede trazar una ruta de superación de las aristas de liminalidad existentes, de modo tal que puedan ser superadas y articuladas en un proceso viable aplicable en cuanto al caso venezolano, pero con posibilidades de expansión a otros casos.

Hipótesis

En Venezuela es posible reconstituir un orden jurídico, social y político plural adoptando la forma de un Estado multiétnico e intercultural donde coexistan armónicamente el sistema jurídico estatal y el sistema jurídico indígenas (y su cosmovisión ancestral) acoplados en simetrías normativas de características agonísticas con la justicia nacional, más allá del pluralismo jurídico constitucional aprobado en 1999.

A partir de la proyección hermenéutica de los tres campos de liminalidad que se encuentran en la aproximación epistemológica del PJ, se logran articular los diversos presupuestos conducentes a un orden de justicia cultural para el caso de Venezuela.

Metodología

La investigación utiliza como herramienta metodológica el análisis documental. Se efectúa una exégesis de la abundante bibliografía, informes científicos y textos legales existentes sobre el tema. Esta bibliografía es analizada siguiendo una lógica fundamentada en el estudio, síntesis, deducción e inducción de lo recopilado en las fuentes documentales de manera tal que sobre la base de ellas se hace el planteamiento de nuevas categorías, desactivando con ello resistencias teóricas y epistémicas y sustentando argumentos ideológicos que fundamenten la necesidad de un nuevo pluralismo jurídico, que se pretende eficaz cuando menos para el caso venezolano.

Siguiendo la metodología de la interpretación jurídica se utiliza el método hermenéutico-dialéctico como base del análisis documental. En este sentido, el proceso es el siguiente:

- i. La primera fase está dedicada a la revisión de las categorías conceptuales que definen el PJ, su evolución y sus elementos. En segunda instancia se analizan las bases que fundamentan al PJ desde las aristas político-económica, axiológica-filosófica y teórico-jurídica.
- ii. La segunda fase está orientada a la sistematización de la información recogida, lo cual permite hacer una reflexión analítica y una crítica de los conceptos utilizados, demostrando que cuando menos existen tres campos claramente identificados en los cuales se puede hablar de limitaciones a la convalidación del PJ. Estos los hemos denominado “campos liminales del PJ” y se comprenden en un sentido teórico.
- iii. En un tercer momento se articula la tipificación de estas resistencias del PJ en el caso venezolano, identificando las mismas en tres dimensiones político-económica, axiológica-filosófica y teórico-jurídica; buscando aportar elementos para su superación.

Una de las condiciones de la presente investigación tiene que ver con la metodología a aplicar y el cuidado necesario en la integración del plano teórico con el plano político y sociológico del PJ, sobre todo desde la perspectiva de su aplicación a la realidad venezolana. En ese sentido, la presente investigación intenta definir dos visiones o miradas convergentes; una ceñida estrictamente al plano teórico-filosófico y la otra centrada en la proyección de éste hacia la experiencia jurídico/política venezolana. Es por ello por lo que el riesgo de traspasar exitosamente los límites del rigor científico y aterrizar en el plano pragmático de lo jurídico y lo político, obviamente, es muy elevado. Todo es cuestión de dejarse llevar desde el plano filosófico-conceptual, por un discurso hermenéutico del problema y deslizarse, a través de este, por la experiencia concreta del caso venezolano.

Estructura

La primera parte de esta investigación está dedicada a la revisión de las bases conceptuales del pluralismo jurídico, y los elementos que la definen. Esta parte comprenderá dos capítulos, a saber:

El primer capítulo es de carácter teórico y tiene por finalidad un acercamiento al modelo denominado: PJ. En él se procederá a establecer los conceptos básicos fundamentales y las teorías que de ellos se derivan. De este modo, se aspira a lograr el esclarecimiento lingüístico necesario para evitar discordancias o extravíos conceptuales. Se pondrá de manifiesto cómo el pluralismo jurídico es un modo de abordar la realidad jurídica, cuyos efectos impactan en los presupuestos gnoseológicos de la teoría del Derecho, sobre todo al tema relativo a las fuentes del derecho y su legitimidad; en la redefinición del sistema jurídico; en la concepción misma de norma de derecho y, en fin, en las propias definiciones de las disciplinas jurídicas.

El segundo capítulo está destinado a estudiar los fundamentos que sirven de base al PJ. Partiendo de la revisión de los fundamentos políticos que sustentan el pluralismo jurídico, se estudia el debate entre el liberalismo y el multiculturalismo, resaltando la distinción entre los derechos individuales y derechos colectivos, como premisa básica para cualquier aproximación que se desee hacer al PJ. En segundo lugar, se revisan las bases axiológicas/filosóficas que cimentan al PJ como una forma de resistencia teórica. Se analizan los argumentos ideológicos sobre los cuales este se basa, puntualizando el reconocimiento del “Otro” como sujeto de derecho, y desde esa otredad se tratará

de fundamentar la necesidad de aceptación del respeto a los otros, en este caso los pueblos indígenas y sus sistemas jurídicos. Se revisan conceptos tales como los de alteridad, igualdad, equidad y tolerancia y justicia cultural, que servirán de base para fundar la necesidad de reconocer los derechos de los pueblos indígenas y demás grupos considerados en este enfoque pluralista. Luego se revisan los fundamentos teórico-jurídicos y las repercusiones del pluralismo jurídico en el conocimiento del Derecho, en la Teoría del Derecho, en la consideración de las fuentes del derecho y en los Principios Generales del Derecho.

La segunda parte de esta investigación proyecta las dimensiones conceptuales vistas acerca del PJ al caso particular de Venezuela. Así pues, a través de la hermenéutica jurídica, se busca descender desde los ámbitos teórico y epistemológico respectivamente, hacia la realidad histórica y jurídica venezolana, siempre teniendo cuenta la compatibilidad de ambos enfoques con la capacidad de inserción en un horizonte democrático, pluralista e intercultural, de respeto hacia los derechos de los pueblos indígenas. En este sentido:

En el tercer capítulo se estudian los aspectos históricos de Venezuela como nuevo Estado surgido del proceso de independencia del siglo XIX y, en particular, los intentos por adoptar el modelo Estado-nación acorde a los estándares liberales europeos, sin considerar las circunstancias específicas que concurrían y concurren en el caso venezolano, provenientes tanto de la época colonial como después de la guerra de la independencia. La idea de este capítulo es mostrar cómo la independencia no fue una recuperación histórica del camino de nuestras esencias culturales, sino que, por el contrario, se hizo tabla rasa de las diferencias previas existentes.

En el cuarto capítulo se hace un recuento de los desarrollos normativos internacionales que regulan los derechos de los pueblos indígenas a nivel internacional, haciendo una mención especial a las regulaciones constitucionales de Colombia, Ecuador y Bolivia. Se muestra, asimismo, cómo en el caso venezolano ha habido un olvido sistemático de la compleja realidad de los pueblos indígenas, no tanto por los que atañe a los textos constitucionales o legales, sino en la configuración del poder político-económico. La investigación pretende realizar una crónica de ese “olvido legal”, de los intentos fallidos por salvaguardar las fracturas y plantear las reflexiones según el estado de la cuestión, de cara a proponer una ruta jurídica, política y filosófica para el reconocimiento del PJ.

La tercera parte de la investigación se plantea como una decantación de las dos primeras, sobre el trazo de los límites correspondientes al PJ. A partir de los capítulos precedentes, se busca

identificar los elementos de resistencia del PJ al caso Venezuela, buscando aportar luego elementos para su superación.

En el quinto capítulo se aborda la revisión de los intereses políticos y económicos que, al uso, se proponen y actúan como los impedimentos del respeto a la pluralidad jurídica, inquiriendo lo que se ha denominado la liminalidad política y económica del PJ. Luego, frente a la universalidad de los valores y la pluralidad cultural, se propone un concepto formal y externo de bien, como posible superación a la segunda resistencia determinada como filosófica-axiológica. Y finalmente, se plantea la falsa utopía de la integración del pluralismo jurídico en los ordenamientos del derecho positivo como resistencia del PJ en el campo de lo jurídico, apelando en el plano teórico, a la Justicia Cultural como superación a este tipo de obstáculo.

Finalmente, el capítulo seis, despliega las diversas liminidades del PJ en su proyección al caso de Venezuela. Se concibe al PJ agonístico como la superación de esta limitación, en el intento de adaptarse a la consecución de un horizonte democrático, pluralista e intercultural, en el marco de un diálogo hermenéutico a partir del enfoque de la justicia cultural.

PARTE I
BASES CONCEPTUALES DEL PLURALISMO JURÍDICO

Capítulo 1. Hacia una comprensión del Pluralismo Jurídico

El pluralismo jurídico se ha venido entendiendo como uno de los conceptos clave en la visión postmoderna del derecho, a partir del reconocimiento de la coexistencia de espacios legales superpuestos, interconectados e interrelacionados, donde la interlegalidad de los diversos sistemas normativos alcanza cualquier relación social⁶. Ahora bien, el pluralismo jurídico, como concepto que relaciona la sociología y la antropología con el derecho, si bien básicamente refiere a diferentes órdenes normativos existente en un mismo territorio de un Estado, se puede considerar un concepto en sí mismo más bien extenso y amplio en contenido. Acercarnos a las diversas dimensiones conceptuales con las cuales se ha identificado el pluralismo jurídico, por tanto, es indudablemente una tarea primera.

Se puede partir de una interrogante que pocas veces se hacen los abogados en ejercicio al desarrollar la praxis jurídica: ¿En un mismo territorio debe existir necesariamente un sólo ordenamiento jurídico? o ¿pueden concurrir distintos órdenes normativos que convivan en el mismo lugar y tiempo específico? Basta con presenciar las primeras clases de un curso de Introducción al Derecho en cualquiera de nuestras universidades o leer alguno de los libros de Teoría del Derecho en español, para colegir la idea del Derecho como un sistema de normas impero-atributivas⁷ que regulan la conducta del individuo en sociedad y que se aplican en un territorio, siempre respaldado por el aparato coercitivo del Estado.

Esta noción del Derecho se puede descomponer en tres cuestiones fundamentales: La primera, que el Derecho es siempre un conjunto de normas; en segundo lugar, relevante para esta explicación, la afirmación de que sólo hay un Derecho y de que no hay varios Derechos en un mismo Estado-nación porque únicamente existe un sistema jurídico; y, por último, que el Estado es el sujeto principal del fenómeno jurídico en tanto que sus normas y sus principios deben ser

⁶ Ianello, P. (2015). Pluralismo Jurídico. En: Fabra Z., J. y Núñez V., A. (coordinadores). *Enciclopedia de Filosofía y teoría del derecho*, volumen uno / México: UNAM, Instituto de Investigaciones Jurídicas, p. 767.

⁷ Se llaman imperativo-atributivas las normas, porque además de imponer deberes a un sujeto pasivo u obligado, atribuyen la potestad a otro, de realizar una determinada prestación. En tal sentido, estas definiciones preliminares del Derecho lo relacionan fundamentalmente con las normas en su carácter bilateral. La fórmula aparece muy sencilla: las normas bilaterales son jurídicas en contraste con las reglas morales, las religiosas y tal vez también con los convencionalismos sociales; ya que no tienen un sujeto activo acreditado para exigir el cumplimiento de una obligación. El pluralismo jurídico, en tanto que categoría para explicar el Derecho, posiblemente esté llamado a reorganizar estas ideas y re-caracterizar las normas, según nuevas perspectivas. De precisar esta afirmación y revisar sus límites, trata el capítulo segundo de esta I parte de la investigación.

acatados por todos, y es de él desde donde emanan las reglas donde las Cortes o los Tribunales toman e imponen sus decisiones. Consecuentemente con lo último, el Estado es la plataforma desde la cual las personas hacen contratos y establecen las condiciones para sus relaciones; el espacio en donde se tipifican y sancionan los delitos y se establecen impuestos, se erigen y exigen las reglas jurídicas y también las reglas macroeconómicas que guiarán la vida social y económica de una nación. Desde esta perspectiva, la autenticidad del Derecho es básicamente estatista. Es desde este guion cómo se enseña y se aprende y el Derecho en nuestras Universidades.

Pero la vida social no está compuesta por una realidad unidireccional, ni en los territorios se desarrollan formaciones culturales simples y únicas. Las situaciones que se plantean en la sociedad son múltiples o complejas y las escrituras con las que interpreta lo individual y lo colectivo son diversas, sobre todo en el mundo contemporáneo en el que el conocimiento de la realidad se presenta en forma caótica e infinita frente al sujeto. Por todo esto, se hace necesario apuntar a categorías epistemológicas que definan y estudien al Derecho, abordándolo desde la realidad plural que nos circunda, superando el monismo jurídico que tradicionalmente vinimos aprendiendo desde el derecho positivo y el derecho natural. En este sentido, en el caso latinoamericano, tal y como manifiesta al respecto Carlos Federico Marés Souza Filho: “el despertar de los pueblos indígenas para el Derecho son un buen primer ejemplo de ello”⁸. Cuando el autor refiere a este proceso, lo hace explicando el devenir paulatino en el que las constituciones de la región han venido reconociéndose como estados multiculturales, interculturales y hoy día, más concretamente, pluriculturales, lo que convierte entonces al PJ, además, en un argumento de resistencia frente a los estados hegemónicos, a través del modelo teórico-jurídico constitucionalista.

Un segundo ejemplo de la diversidad a la que el Derecho está llamado a tomar en cuenta para su regulación y comprensión, tiene que ver con los grupos que no necesariamente son étnicos. Se alude en esta categoría, a los grupos de personas pertenecientes a algunas religiones específica y subrayadamente normativas, como las mujeres islámicas en Francia, por ejemplo; o, en el caso de los testigos de Jehová, a quienes su religión no les permite recibir transfusiones sanguíneas como tratamiento urgente y que, en ambos casos, los tribunales han tenido que posicionarse en diversas ocasiones. A este respecto, dejamos para más adelante el examen de algunas pautas jurídicas sobre

⁸ Se puede revisar la extensa relación que este autor hace del proceso constitucionalista en América Latina y su relativo reconocimiento de los derechos de los pueblos indígenas. Concretamente en su obra: Marés Souza F., C. (2009). *O Renascer dos Povos Indígenas para o Direito*, Curitiba, Brasil, p. 5.

este tipo de conflictos que suponen para el PJ, cuando estudiemos los sistemas de coordinación. Idénticamente, cabe mencionar acá, el Derecho hallado en la calle, según expresión de Roberto Lira Filo, que nace de una experiencia de reflexión participada de algunos actores y movimientos sociales, quienes en la búsqueda de horizontes de justicia a partir de los cuales definir su acción, proponen en la práctica y en la teoría, encontrar sentido y razón para una acción política que derive de esa experiencia: el reconocimiento de su propia manera de regularse, de ordenarse. En el caso latinoamericano este enfoque está en consonancia con la idea de compatibilizar principios de organización social en situaciones de “guetización” o aislamiento, tal y como lo explica José Geraldo de Souza Junior⁹.

Existe una tercera situación que justifica la necesidad de fundamentación del PJ que tiene que ver con el escenario internacional, abierto, al que están abocadas las diferentes sociedades. Se sabe que hoy en día los Estados se encuentran inmersos en escenarios que podemos denominar “abiertos” que requieren conjugar diversos sistemas normativos. Así, en el caso latinoamericano, la “intromisión” de instituciones como la Corte Penal Internacional, o la regional de un país latinoamericano con la Corte Interamericana de Derechos Humanos, son situaciones corrientes. Normalmente este tipo de situaciones lleva inevitablemente a una “colisión” de sistemas normativos vigentes; esta situación requiere *per se* diversificar los enfoques que permitan armonizar diversas legislaciones en la línea de lo que el PJ propugna.¹⁰

⁹ Con relación a este concepto es importante destacar que cuando se habla de “derecho hallado en la calle”, se encuentra que los autores que la proponen y estudian, lo entienden como una categoría – de más interesante- con la cual se busca determinar el espacio político en el que se desenvuelven algunas prácticas sociales que manifiestan derechos conocidos o posibles de determinar, incluso como los derechos que en la Teoría del Derecho se entienden como *contra legem*. En este sentido, es perentorio definir la naturaleza jurídica del sujeto colectivo capaz de elaborar un proyecto político de transformación social y de representarse teóricamente como sujeto colectivo de derecho y finalmente encuadrar los indicios derivados de esas prácticas sociales creadoras de derechos de modo de establecer para ella nuevas categorías jurídicas. En este sentido la categoría jurídica de la que se podría hablar no es otra que la del pluralismo jurídico. Así lo explica profundamente: José Geraldo de Souza Junior (2007). “El derecho hallado en la calle. Tierra, trabajo, justicia y paz.” En el libro coordinado por: De la Torre Rangel, J., A., (coord.) *El pluralismo jurídico: teoría y experiencia*, Editorial Cenejus, México, pp. 235-247. Sobre este aspecto se profundiza en el subcapítulo referente a los “nuevos pluralismos jurídicos”.

¹⁰ Se pueden diferenciar diversos acercamientos posibles al término “pluralismo jurídico” y desde cualquiera de ellos encontraremos que, como categoría regulatoria del orden de la realidad social, se refiere el hecho de la existencia de una diversidad – pluralidad – de normas en un determinado espacio geopolítico. Sin embargo, también puede ser visto como una política de reconocimiento de sistemas normativos pertenecientes a pueblos o colectivos, diferentes al Estado, con sus propias fuentes de producción de normas, valores, instituciones y procedimientos. En este sentido se resalta que en tanto que política, es una tarea de los Estados o de los grupos de poder. Sin embargo, es necesario acotar que, en esta parte de la investigación, el propósito apunta a la revisión del PJ como una categoría epistémica para comprender al Derecho, esto es, como una categoría a partir de la cual realizar el análisis del conocimiento jurídico.

Otro presupuesto epistemológico desde el cual merece la pena examinar el pluralismo como categoría cognitiva, como lo indica la profesora Fariñas, se refiere a la carga de innovación epistemológica y de transformación radical del conocimiento y de la comprensión de la realidad que un enfoque como el PJ representa.¹¹ Tal y como la citada profesora expresa, la existencia de un derecho alternativo, fundamentado en una concepción crítica del mismo, tiene como exponente epistemológico de abordaje la idea de la “pluralidad”. Desde esta perspectiva -sigue explicando la autora- el conocimiento plural de la realidad contrasta con la idea de una especie de correspondencia lineal, gráfica o icónica con una realidad previamente existente y ontológicamente dada, que se presenta de forma inactiva, invariable e incuestionable¹². Es por ello por lo que la autora propone la superación de los mitos universalistas y simplificadores de los racionalismos occidentales y “hegelianamente” eurocéntricos, por otros de carácter pluralista. Es interesante resaltar -tal y como señala la autora- el carácter jerárquico de la cosmovisión tradicional deriva ese afán de “dualizar”, en términos inútilmente maniqueístas, elementos contrarios donde siempre resulta que “uno” de los elementos acaba dominando al opuesto considerándolo superior a él, lo cual supone la legitimación de la explotación y marginación de los “otros”, como ente inferior. Asimismo, la autora señala la aceptación y aprobación del presupuesto heurístico del paradigma en el que se basa el PJ, enfrentado, como es de suponer, a cualquier pretensión monista y, por lo tanto, a cualquier efecto homogeneizador o reductor de la diversidad y de la diferencia.¹³

Visto esto, es necesario revisar cómo es que aparece el PJ en condición epistemológica, frente al monismo jurídico, o salvando limitaciones de las posiciones del realismo jurídico, al momento de la comprensión y estudio del Derecho.

Se deja para la Parte II de este trabajo, el intento de revisarlo desde la proyección de este, a la realidad constitucional y política venezolana.

¹¹ María José Fariñas hace esta reflexión aludiendo los trabajos de Fonet Bentacour y exponiendo, sobre ellos, una síntesis del apareamiento de la tensión en el conocer epistémico que supone el “pluralismo”. *Cf.* /Fariñas Dulce, M. (2001). “La tensión del «pluralismo» desde la perspectiva filosófica intercultural”, *Derechos y Libertades*-revista del Instituto Bartolomé de Las Casas, Madrid: Universidad Carlos III de Madrid, p. 191-204. Y: Fonet B., R. (2001). *Transformación Intercultural de la Filosofía*. Bilbao, Ed. Desclée, p. 27.

¹² Fariñas Dulce, M. (2001), ob. cit., p. 192.

¹³ Este punto señalado por Fariñas Dulce es lo que se ampliará de seguida en el subapartado del capítulo, relativo al monismo jurídico, frente al pluralismo jurídico.

1. Categorías fundamentales para abordar el conocimiento del Derecho: ¿Monismo o pluralismo jurídico?

Sin el pluralismo jurídico, los teóricos del Derecho que estudian el ordenamiento jurídico romanista y revisan el derecho apegado estrictamente a la dogmática jurídica, se habían venido sintiendo indiscutiblemente a salvo. A pesar de las grandes dificultades para conseguir una definición de derecho más o menos aceptada por todos, dichos teóricos tendrían bastante con describirlo como un sistema de normas jurídicas coercibles, que tienen la posibilidad de ser impuestas por la fuerza física. Estas normas también son bilaterales porque existen dos sujetos: Un sujeto activo que tiene la posibilidad de exigir el cumplimiento de la obligación, para lo que cuenta con un grupo de instituciones y funcionarios que hacen efectiva su exigencia, dando vigor a la norma y sancionando su incumplimiento y, otro denominado sujeto pasivo, que está obligado a cumplirlo. Desde una visión estatista y unicista el Derecho impone el orden, acobija y es a su vez resguardado por el Estado de Derecho, cuida la unidad de la República, protege los intereses de los grupos dominantes y permite una mínima coordinación y coexistencia social. Ante tal listado de beneficios: ¿Qué sentido tendría hablar del pluralismo jurídico, si basta con reconocer los derechos de todos en la ley del Estado, de forma tal que los grupos se sientan incluidos en la sociedad? ¿El pluralismo jurídico no vendría entonces a implicar un desorden del Estado y pondría en riesgo las certezas de las fuentes de derecho que emanan de forma segura y confiable de la autoridad estatal?¹⁴

Según la postura epistemológica desde la cual se plantean los anteriores interrogantes — del monismo jurídico — se puede afirmar que el PJ surge específicamente como respuesta a la necesidad de salvar el abismo existente entre lo regulado por ese Derecho y lo extenso desregulado, ignorado, invisibilizado por el derecho estatal, en su afán por considerar cualquier forma de control social como si de ese único Derecho estatal se tratase. Esta forma de comprender la existencia del derecho se viene produciendo a partir de la tracción entre distintos polos, así lo expone Marco

¹⁴ Sin ánimos de abarcar todas las categorías epistemológicas desde las cuales la Teoría del Derecho y la Filosofía Jurídica hacen sus análisis acerca del derecho, tarea imposible por otra parte. Se hace necesario referir la clásica disertación acerca de los derechos individuales y el apareamiento de los Derechos Colectivos. La estructura jurídica de la Modernidad Ilustrada que concibe al Derecho sobre la base unificadora de los Derechos Individuales, cuya tradición reconstruye el sistema político centrado en el Sujeto, aparece superada por la categorización “colectiva” de los mismos. Esta idea se amplía en el punto 1.4 de este capítulo donde, a partir del estudio del PJ desde la Teoría del derecho, necesariamente se aborda el debate y progresión de los derechos individuales hacia los derechos colectivos, suponiendo un piso suficiente para el desarrollo y estudio de los derechos sociales, como resultado de las diversas generaciones de los derechos.

Aparicio: “frente al polo de la institucionalidad estatal y dada su incapacidad para garantizar el bien común, aparecen otros espacios cuya diferencia esencial reside en su legitimidad democrática. Por una parte, tenemos los poderes de naturaleza criminal y mafiosa, el espacio del narcotráfico, que ha generado sólidas redes de poder, muchas de ellas vinculadas a la propia institucionalidad estatal. Por otra parte, tenemos las expresiones de autoorganización popular, que se erigen como sujetos colectivos que reivindican y, al mismo tiempo, buscan formas de autotutela de sus derechos, tanto colectivos como individuales”¹⁵.

El reconocimiento de la diversidad, desde el Derecho, se quiera o no, toca de fondo las interacciones permanentes entre legalidad y legitimidad. Los procedimientos legales que el derecho hace poner en práctica, así como el sistema institucional del que se sirve, se conforman con el consentimiento de una población cuyos valores, prácticas y expectativas son al mismo tiempo diversos y evolutivos. Así pues, es imposible obviar el lazo entre el derecho -como instancia productora de normas- y la sociedad. Y esta es la falencia a partir de la cual hace aguas el monismo jurídico e irremediablemente se instituye el PJ. Como expone Elise Gadea, el Derecho es uno de los mecanismos de coerción social, y a su vez, matriz de dichos mecanismos sociales. El Derecho, del mismo modo que las sociedades en donde se aplica y desde las cuales nace, no es un elemento fijo.¹⁶

Desde una sola posibilidad teórica, con una cosmovisión jurídica individual y partiendo de una perspectiva única de la conducta humana social, que pretenda erigirse en único criterio normativo, se pierde de vista algo que es consustancial a comunidades diversas constituidas a partir de la pluralidad previa existente, garantes de una legitimidad y que, por otro lado, evidencia la existencia de situaciones que, bajo una aparente homogeneidad de tratamiento, ocultan la situación de desigualdad estructural existente que, en la mayoría de las ocasiones, invalidan los principios de igualdad y de universalidad en la que se apoya la corriente dominante del Derecho.¹⁷

¹⁵ Aparicio W., M. (2015). “Los pueblos indígenas y la disputa por la soberanía. El caso de México como referencia”, en: Martí i Puig, Salvador y otros. *La soberanía del poble*, Universitat de Girona, Girona, p. 83.

¹⁶ Gadea, E. (2011). “Introducción”, en: *El pluralismo jurídico y normativo una vía para refundar la gobernanza*, Editorial del instituto de investigación y debate sobre la gobernanza (I RG), Lima, pp. 5-13.

¹⁷ Aquí se habla de derechos en plural para introducir la idea de que no existe una sola forma de hacer derecho; en otras oportunidades, se hace en singular, pero debe entenderse que se parte de la base de que no existe una sola forma de construir derecho, sino que cada mundo cultural posee la suya propia y que la Teoría del Derecho debe poner atención a esta situación de pluralidad.

1.1. Contraste entre pluralismo y monismo jurídicos

Las noticias acerca del monismo, dualismo y pluralismo jurídico son propias del desarrollo de la filosofía jurídica del siglo XX. En la antropología, desde la aparición de la *Law & Society Association* y la fundación en 1978 de la *Commission on Folk Law and Legal Pluralism*¹⁸, la disputa acerca de las características de esta categorización ha tomado relevante interés en los procesos de codificación de las leyes estatales. Sin embargo, en relación con el conocimiento del derecho y su deslinde conceptual, el surgimiento de las crisis del Estado de Derecho y las discusiones sobre bienes jurídicos básicos como el agua, la tierra, los recursos minerales y otros, han venido a plantear la necesidad de ampliar la perspectiva de regulación jurídica y considerar al PJ oportuno a los cambios de la concepción del Derecho.

Comenzaremos por revisar las dos visiones epistemológicas del Derecho: en primer lugar, el monismo jurídico que tal y como afirma John Griffiths¹⁹, representa la ideología del centralismo jurídico; y, en segundo lugar, abordaremos el PJ que ha venido siendo el planteamiento de apertura de las fuentes del Derecho, considerándose, además, una herramienta útil de descolonización contemporánea y de resistencia al poder hegemónico estatuido a través del derecho estatal.

1.1.1. Algunos rasgos que definen el monismo jurídico

El monismo jurídico (en adelante, MJ), como paradigma convencional, se basa fundamentalmente en confundir “la parte con el todo”²⁰. Según este paradigma, sólo puede existir un ordenamiento jurídico capaz de regular una realidad social y territorial determinada. Por tanto, del monismo se pueden predicar algunos postulados básicos: primero, que hay una sola fuente de ingreso del derecho a la vida social; segundo, que las normas jurídicas como sistema regulatorio pertenece a un orden perfectamente diferenciable de otros, bien sean éstos de carácter moral o religioso; y, por último, este enfoque sólo reconoce una institucionalidad legitimada para hacer cumplir las normas y regulaciones derivadas.

¹⁸ En ese sentido el profesor Casanova fundamenta la necesidad de revisar el PJ y lo hace sobre la base de tres momentos a saber: (a) revisa los modelos clásicos del derecho (positivismo formalista, positivismo sociológico, iusrealismo); (b) revisa el pluralismo; (c) y finalmente revisa las dimensiones de los enfoques pluralistas. Acudir a: Casanovas, P. (2002). “Dimensiones del Pluralismo Jurídico”, Simposio 1: El recurso a la reciprocidad, Ponencia del IX Congrés d’Antropologia FAAEE, Coordinación: Larrea Cristina, Molina José Luis y Terradas Ignasi, Universitat de Barcelona.

¹⁹ Cfr. Griffiths, J. (1984). ¿What is legal pluralism? En: *Journal of Legal Pluralism*, vol. 24, p. 55.

²⁰ Cfr. Santos, B. (1987). “Law: a map of misreading. Toward a postmodern conception of law”, en: *Revista Derecho y Sociedad*, volumen 14, núm. 3, p. 280.

Para este enfoque la única fuente de ingreso del derecho en la vida social es a través del Estado²¹; en otras palabras, el Estado es el único sujeto capaz de derivar las normas o por lo menos tutelar y vigilar su nacimiento. Del Estado emanan todas las normas, incluyendo las que organizan al mismo Estado y su relación con los particulares; asimismo, de él emergen los derechos y garantías superiores que reconoce, las leyes impositivas, así como las penales que tipifican delitos o faltas, imputan penas, y establecen las reglas de tránsito; así como las pautas que rigen la economía, la vida civil, comercial, familiar, etc. Solo del Estado emanan las ordenanzas y cualquier regla del orden público, desconoce que existan otras fuentes de derecho, mucho menos, vinculadas a instituciones derivadas de sistemas institucionales particulares herederos de rasgos culturales idiosincráticos como pueden ser considerados los sistemas jurídicos de los pueblos indígenas.

La herencia estatista del monismo jurídico es casi tan antigua y consustancial al Derecho tal y como se estudia hoy día. Su origen tuvo su máxima aplicación en la Escuela de la Exégesis en 1804 con el Código de Napoleón y su famoso culto a la ley nacida del Estado. Para los defensores de la corriente monista, del Estado no sólo emanan las normas consideradas completas, perfectas y suficientes, sino que también la interpretación del Derecho consiste, solamente, en ceñirse a dichas normas desentrañando la intención del legislador y cerrando cualquier posibilidad de un juez creador.

En el método de la exégesis se prevé, excepcionalmente, la posibilidad de que, frente a los vacíos de carácter legal, de donde el Estado no haya emanado regulación alguna, dicho vacante se llene con normas de casos análogos que se encuentren regulados en la ley y también, incluso, que se busque como fundamento, en última instancia, a los principios generales del derecho positivizados o hechos ley dentro del marco normativo del mismo Estado. De allí que algunos autores consideren que el monismo no se identifica totalmente con el positivismo, porque en algunos aspectos, se refieren a temas distintos y puntos de partida diferentes. Sin embargo, consideramos que, tanto en el Iusnaturalismo, como en el Iuspositivismo, la concepción de lo que es derecho está siempre restringida a la existencia de la norma jurídica, y esta, en tanto que, circunscrita a una interpretación de lógica formal, en la cual la subsunción y completitud de un silogismo es determinante, no se puede sino ampliar a elementos de sistematización.

²¹ El Estado según esta visión, es la única fuente de ingreso del Derecho a la vida social o por lo menos el único ente capaz de decidir si una conducta se va a tomar como norma válida en el caso de las reglas contractuales o consuetudinarias.

Es solamente a partir del giro argumentativo que Atienza nos explica en la visión sociológica del Derecho, cuando el derecho se libera del monismo jurídico y puede ser considerado algo más que la Norma Jurídica. En ese sentido el Derecho es también, por ejemplo, la ponderación de sus principios, más que un principio general del derecho. Es a través de la lógica no formal y a través del auge de las teorías de la Argumentación, que se puede comenzar a considerar saltado el paradigma monista del derecho y construir y razonar tesis, normas y proposiciones jurídicas, no estrictamente monistas, al tenor de autores del siglo XX tales como Dworkin, Santiago Nino, Manuel Atienza o Robert Alexy.

El MJ abarca entonces el marco epistémico con el que se revisa el sistema de derecho continental llamado *civil law*, aunque incluye el sistema de derecho consuetudinario o de derecho común, como el que se aplica en Inglaterra, Estados Unidos y parte de Canadá, de manera limitada, deja para la jurisprudencia el papel protagónico, pero en ningún caso logra desmarcarse de la prevalencia de la Norma Jurídica. Para el monismo, el derecho consuetudinario y las normas que nacen de la voluntad de los particulares son reconocidos como fuente del derecho solamente dentro del marco de ciertas condiciones impuestas y revisadas por el Estado. Sólo en determinadas circunstancias y de acuerdo con las pautas determinadas por el Estado, la voluntad puede producir contratos como normas jurídicas. Hans Kelsen a esto lo denomina “normas individualizadas que se sustentan en normas generales”²². Por otro lado, también para el monismo son posibles los contratos y las convenciones obligatorias, siempre y cuando su objeto sea declarado lícito y dirigido por el Estado, y en el caso de que haya vacíos legales se debe volver a él, como mediador y fuente exclusiva del derecho, para que resuelva cualquier duda interpretativa o controversia que se pueda suscitar. Para el monismo, la costumbre jurídica que suele ser de vital importancia para el PJ tiene un escaso valor como fuente de derecho²³; sólo la aceptan a título indirecto, subsidiario, o cuando el mismo Estado la considera. Como es de sobra conocido, este enfoque nos remite a tres autores fundamentales: Hobbes, Locke y Kelsen,²⁴ a quienes habría que añadir la obra de Max Weber y su contribución a la consolidación del Estado moderno occidental.

²² Kelsen, H. (2009). *Teoría pura del derecho* (traductor Nilve, Moisés. 9a. reimpr.). Eudeba. Buenos Aires, p. 93.

²³ Acerca del valor de fuente del derecho otorgado a la costumbre, se ampliará con más detalles en los subcapítulos siguientes.

²⁴ Ariza, L. y Bonilla, D. (2007). “El pluralismo jurídico. Contribuciones, debilidades y retos de un concepto polémico”. En: Tamanaha, B., Engle M., S. y Griffiths, J., *Pluralismo Jurídico*, Siglo del Hombre Editores, Universidad de los Andes, Instituto Pensar, Bogotá, p.23.

Para los teóricos del MJ una de las preguntas fundamentales de la Teoría del Derecho debe ser: ¿cuál es el criterio de determinación de una norma en el sistema jurídico? De las múltiples respuestas habidas a esta cuestión, nos quedamos con la propuesta conocida como norma de identificación de Hart, que ha venido siendo considerada como la regla que determina visiblemente el criterio específico para identificar a las normas que pertenecen a un sistema jurídico.²⁵

Siguiendo la idea dominante del monismo donde sólo es posible un sistema institucional que crea, interpreta y exige el cumplimiento de las normas de derecho, autores como Cotterell y Griffiths²⁶ entienden que un fenómeno social visto desde esta perspectiva puede ser considerado como fuente de derecho, solamente, cuando es producido por los órganos competentes que se encuentra respaldado por el Estado.²⁷

Consecuentemente, no es extraño que esta concepción le lleve a Griffiths a afirmar, en consonancia con la ideología del centralismo jurídico que: “el Derecho es y debería ser el Derecho del Estado, uniforme para todas las personas, excluyentes de cualquier otro tipo de Derecho y administrado por un conjunto único de instituciones del Estado”²⁸. Se afirma equivocadamente, que la presencia de instituciones distintas con igual jurisdicción en la resolución de idénticos casos, devastaría la paz social, la credibilidad institucional, y no permitirían la aceptación de los resultados jurídicos ni la certeza jurídica; diferentes instituciones aplicando diversas jurisdicciones podrían crear diversidad de respuestas relativas al derecho que, si son contradictorias, no permitirían ni mucho menos, la resolución del conflicto; pareciendo evidentemente, más bien una forma de proteger la prerrogativa del poder hegemónico a partir de la amenaza del desconcierto.

²⁵ La idea de las “normas de reconocimiento” de Hart, nace en su obra: ¿Qué es el Derecho?, publicada en 1961, considerada como un modelo teórico positivista de gran éxito. Según el autor, el Derecho es una integración de normas primarias y secundarias: Las normas primarias van dirigidas a los destinatarios, imponiendo conductas que deben ser cumplidas y atribuyendo derechos subjetivos que pueden exigirse. Las normas secundarias, por otro lado, pueden ser de reconocimiento, cambio y adjudicación. Las normas de adjudicación permiten determinar las autoridades que van a interpretar y aplicar las normas primarias y las de reconocimiento, las reglas de cambio estipulan las pautas para modificar las reglas primarias y las de reconocimiento para identificarlas. El pluralismo jurídico plantea que existen muchas otras ópticas para construir un concepto de normas. La teoría del Derecho se coloca a prueba con el pluralismo, el derecho consuetudinario indígena, sus normas obligatorias, las formas de identificarlas, sus autoridades y las maneras como se pueden delegar la autoridad; todo ello es considerado como una prueba de fuego para el Derecho concebido de acuerdo con las categorías tradicionales del estudio del Derecho.

²⁶ Merry, S. (1988) “legal pluralism...”, ob. cit., p. 21.

²⁷ *Ibid.*

²⁸ *Ibid.*, p. 22.

En definitiva, la unión del Derecho y del Estado a partir del monopolio coercitivo de la aplicación en manos de los poderes estatales se aferra a la idea del centralismo jurídico como garantía de su propio poder. No obstante, la hegemonía de estas teorías monistas del Derecho y del Estado no ha impedido el impulso de la teorización e investigación empírica del Derecho como realidad social dinámica, independiente o paralela del Estado.²⁹ Lo que se persigue en este trabajo de investigación es una demostración de ello.

1.1.2. Críticas al monismo desde el pluralismo jurídico

Son varias las críticas que se pueden registrar a los postulados del monismo jurídico y que de manera directa llevan a la necesidad de nuevos planteamientos. Los críticos del monismo jurídico cuestionan la supuesta preeminencia del derecho estatal u oficial, así como su supuesta uniformidad, fundamentación y legitimación en el principio de soberanía.³⁰

En primer lugar, se cuestiona la correspondencia constitutiva que el monismo jurídico liberal hace del derecho con la soberanía. Así, desde el deconstructivismo se afirma que el momento fundador del derecho implica una fuerza realizadora³¹ y, desde la teoría de los sistemas,³² la sociedad es un sistema autopoiético y autorreferencial, por lo que, considerando a la comunicación como el elemento autopoiético, el intercambio de signos que realizan los individuos es lo que permite la existencia de la sociedad, y en ese sentido el contenido de las comunicaciones será lo que dará lugar a la consistencia del sistema. Así visto, el individuo no es la sociedad, pero la hace posible a través de su comunicación, y si la sociedad es concebida como un sistema que se autorrefiere, en ningún caso es definida por la individualidad del humano, logrando, en cambio, la reinterpretación de sí misma. En el mismo orden de ideas, se asegura que “el derecho está apoyado únicamente en sí mismo, basado en una violencia arbitraria que carece de fundamento”³³, lo que podría aparecer como una suerte de tautología, hermenéuticamente hablando. Igualmente, desde Foucault, se

²⁹ Barbero, I. (2012) “Pluralismo jurídico, Derecho alternativo y la irrupción de nuevos sujetos jurídicos”, *Corpus Iuris Regionis*. En: *Revista Jurídica Regional y Subregional Andina*, 12, p. 100.

³⁰ Así lo explican Ariza L., y Bonilla D., en el capítulo introductorio del texto clásico: Merry, S. (1988) “legal pluralism...”, ob. cit., pp. 7-48.

³¹ Derrida (2002), citado por Ariza, L., y Bonilla, D., (2007), ob. cit., p. 7.

³² Luhman, N. (1998). *Lineamientos para una teoría general*, 2ª ed, trad. de Javier Torres Nafarrete coord., México, Anthropos.

³³ Teubner (1997), citado por Ariza, L., y Bonilla, D., (2007), ob. cit., p. 8.

deduce la necesidad de separar el modelo jurídico de la soberanía para poder analizar las relaciones de poder.³⁴

En segundo lugar, el apareamiento de estudios coloniales y postcoloniales resaltan las relaciones constitutivas e interdependientes entre violencia, modernidad y derecho. Desde esta perspectiva, según los autores, el derecho occidental y el monismo jurídico liberal que lo justifica, no son, necesariamente, instrumentos al servicio de la civilización, la paz y la racionalidad, sino que representan la violencia, barbarie y destrucción que han sido definitivas para la consolidación del proyecto capitalista moderno³⁵.

En tercer lugar, los críticos enfatizan la relación existente entre el derecho con las ideas de coherencia, neutralidad y racionalidad que supuestamente debe representar resaltando el carácter ideológico y la representación perspectiva de sus fundamentos.

En cuarto lugar, desde la antropología se insiste en el carácter parcial del cual parten los presupuestos del MJ, enmascarados en una pretensión de universalidad. La antropología al hacer énfasis en la evolución histórica³⁶ de las instituciones tradicionales y de su papel como criterio regulador de la convivencia de estas minorías, indirectamente pone en jaque la pretensión de universalidad de la racionalidad occidental en la que se inspira la corriente dominante.³⁷

Finalmente, el MJ se ve superado indiscutiblemente por el PJ, desde cualquiera de sus presupuestos. Oponiéndose a todo tipo de fundamentalismo, absolutismo, etnocentrismo o dogmatismo cultural, el PJ pone de manifiesto la complejidad de voluntades, la variedad de determinaciones o consentimientos, en definitiva, la importancia del consenso como fuente de derecho. Es por ello por lo que el PJ se presenta desde el comienzo, atravesado por una constante tensión de perspectivas diversas y en ocasiones contrapuestas y mutuamente excluyentes que aun cuando nos parezca necesario superar a lo largo de esta investigación, más allá de los nuevos

³⁴ Ariza, L., y Bonilla, D., (2007), ob. cit., p. 8. Explican: “Dentro del pensamiento monista clásico, el poder es considerado como un derecho del soberano que puede ser ejercido legítima o ilegítimamente. El derecho, en este caso, no sólo funcionaría como el mecanismo que permite trasladar el poder desde el soberano a los demás miembros del cuerpo social por medio de una cesión contractual, sino que, al mismo tiempo, cumpliría un papel legitimador o de control de su ejercicio. Esta “analítica del poder jurídico-discursiva” (Foucault 1991: 100-101) hace énfasis en la relación indisoluble entre soberanía y derecho estatal. Por ello, “en el fondo, a pesar de la diferencia de épocas y de objetivos, la representación del poder ha permanecido acechada por la monarquía. En el pensamiento y en el análisis político, aún no se ha guillotinado al rey”.

³⁵ *Ibid.*

³⁶ Son las ideas de Geertz (1994), citadas por Ariza, L., y Bonilla, D., (2007), ob. cit., p. 7.

³⁷ Sinha (1995), citado por Ariza, L., y Bonilla, D., (2007), ob. cit., p. 8.

pluralismos – como veremos- en definitiva, dan por superado el monismo jurídico, irreversiblemente.

Como resumen a estas críticas, puede decirse que, en adelante, desde la perspectiva del PJ, el sistema jurídico oficial ya no puede seguir conformado por una lógica monolítica exclusiva. Tal y como sostienen Assane Mbaye y Ousmane Sy, en la obra: “Diversidad y gobierno legítimos en África: Elogio del pluralismo”, la historia ha demostrado un importante fracaso en el traspaso del concepto de Estado-nación, ya que resulta imposible pretender ver homogeneidad donde hay diversidad. Es inevitable y necesario entonces el pluralismo³⁸.

1.2. Algunos presupuestos de partida del pluralismo jurídico

El pluralismo jurídico sostiene que son múltiples las formas en las que se puede producir el Derecho y, por ende, con él, constituir una suerte de coordinación *ad intra* entre sistemas jurídicos diferentes, de manera que satisfagan las diversas posibilidades sociales y su inherente pluralidad. Para esta forma de concebir el derecho y de comprender sus fuentes, se entiende que un sólo paradigma hermenéutico jurídico no es suficiente.

Concebir un sistema de derecho en los términos del PJ es romper con el acaparamiento del poder en unas pocas manos e incrementar los procesos de interacción, aceptando esa realidad conflictual, entre los diferentes elementos de la sociedad y entre los distintos niveles institucionales. El PJ de esta manera, se presenta como una nueva configuración de desmontaje del poder, se nutre a partir de fuentes de legitimidad que hasta apenas hace poco habían venido siendo marginadas 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.³⁹

³⁸ Esta idea y las siguientes, las explica ampliamente Gadea, E. (2011), en la introducción de una recopilación hecha junto con Launay, Claire y Bellina, Severine, titulada: “El pluralismo jurídico y normativo ¿Una vía para refundar la gobernanza?”, que conforma un dossier publicado por el Instituto de investigación y debate sobre la Gobernanza (IRG), en Lima. p. 8.

³⁹ *Ibid.*

El PJ supone una redefinición de la relación Estado-sociedad, al aceptar compartir y diversificar las fuentes de legitimidad del poder. De este modo, la concepción unitaria, indivisible y monista del Estado debe evolucionar y permitir más visibilidad al poder local⁴⁰.

Además, adquiere una dimensión histórica ya que reconoce prácticas antiguas como fuente de derecho. Consecuentemente, de esta manera permite que el Estado se acerque a las comunidades locales, las reconozca y haga más visible a los actores locales. A nadie le extrañe entonces que la vía para el reconocimiento de los derechos de los Pueblos Indígenas y su consiguiente institucionalización de la justicia indígena se sirva del PJ. Sólo así es posible reparar esta realidad que durante muchos años se ha tratado de ocultar:

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.⁴¹

No es extraño que el PJ en la práctica haya topado con dos grandes dificultades: La primera, hace referencia a la comprensión hermenéutico-interpretativa de la doctrina; y, la segunda, a su puesta en práctica política. A esto nos referiremos más adelante cuando tratamos entre los obstáculos del desarrollo eficaz del PJ, sus límites de tipo político/económico.

En palabras de Marco Aparicio⁴², el PJ supone la inversión o cambio de sentido en el flujo hegemónico de conocimientos y aprendizajes, y, en ese sentido, conlleva tres ideas fundamentales:

- i. Que existe una diversidad de fuentes jurídicas capaces de constituirse en fuente de Derecho, lo que significa que pueden existir diversos sistemas de Derechos regulando la misma situación jurídica;
- ii. Que la ciencia del Derecho debe dar un giro y mirar la sociedad como raíz productora del mismo y no solamente al Estado, deslindando perfectamente ambos ámbitos y

⁴⁰ La misma autora, Gadea, E., explica algunas fuentes de comprensión del PJ, insistiendo en la importancia de cambiar de constitución. En el caso de África entre otros, el hecho de pasar de un modelo presidencial hacia un modelo más democrático y participativo permite preguntarse sobre los mecanismos de aplicación y de seguimiento de algunas constituciones que toma como ejemplos. Gadea, E. (2011). "Introducción". En: Launay, Claire y Bellina, Severine, en: *El pluralismo jurídico y normativo ¿Una vía para refundar la gobernanza?*, Instituto de investigación y debate sobre la Gobernanza (IRG), Lima, p. 9.

⁴¹ *Ibid.*

⁴² Aparicio, W., M. (2015). "Los pueblos indígenas y la disputa por la soberanía...", ob. cit., p. 83.

- iii. Que deben modificarse los paradigmas hermenéuticos relativos a la comprensión de lo jurídico, de lo institucional y de los conceptos de autoridad y coercibilidad. El pluralismo reconoce la pluralidad cultural y los derechos fundamentales del ser humano que son inherentes y provienen y dependen de ella.

Más allá del pluralismo filosófico, el primer referente epistemológico que permite hablar del pluralismo jurídico desde la teoría del derecho y que examina con criticismo al monismo erigido como única fórmula epistemológica para concebir el derecho, se puede conseguir en Eugenio Ehrlich quien habla de desestatizar el Derecho; plantea mover el Derecho desde el Estado hacia la sociedad, para comprenderlo mejor⁴³ contrario a los postulados propuestos por Hans Kelsen. El pluralismo jurídico es, entonces también, una corriente epistemológica que pretende observar la realidad jurídica de forma más circular, no desde el Estado y para el Estado (como Kelsen), sino comprendiendo al Estado como un hecho jurídico más y que a lo mejor ni siquiera es el fenómeno principal. Ehrlich piensa que la ciencia del Derecho no debe reducirse a realizar una crítica a las teorías jurídicas normativas que intentan explicar el Derecho a partir de la perspectiva de su propia estructura y racionalidad interna, sino dar una mirada razonable a la compleja realidad jurídica. No basta con etiquetar como moral los otros ordenamientos normativos que no emanan de Estado.⁴⁴

Para Ehrlich la unidad del orden jurídico era una especie de ficción y una idea arbitraria impuesta por el idealismo positivista keynesiano. Pensaba que el centro del Derecho no se encontraba en la ley sino en la sociedad y como la sociedad es un hecho dinámico, el Derecho tiene que ser dinámico también, vivo, por lo que hablaba de un Derecho viviente. Ese derecho viviente no podía estar atado a algo tan estático como el Estado, sino que el jurista debía observar directamente la vida social, los usos, los hábitos, examinar lo que la sociedad era para reconocerla en su totalidad y así construir la normatividad del derecho. El Derecho en realidad es Derecho social para Ehrlich.

⁴³ Aunque Eugene Ehrlich no utiliza exactamente ese término, se usa acá con la finalidad de sacar de la única órbita del Estado, al fenómeno jurídico. Hoy en día el hecho estatal es claramente influyente en lo que es el Derecho. Pero como se va a afirmar en muchas oportunidades, lo que es realmente jurídico son los valores de convivencia en el respeto para la organización social. El Derecho es mucho más que el Estado, aunque el Estado se haya convertido, sin que nadie se lo pidiera, por cierto, en su custodio y su defensor.

⁴⁴ Cfr./ Ehrlich, E. (1913), “Principios fundamentales de la sociología jurídica”, Traducido al inglés por W.L. Moil, Cambridge: Harvard University Press, y citado por: Dupret, B. (2007). “Legal pluralism, plurality of laws, and legal practices”. En: *European Journal of Legal Studies*.

Este filósofo jurídico pensaba que las instituciones sociales como la familia, los contratos, las herencias, y las relaciones de propiedad, se introducían por la misma sociedad, es decir, eran creaciones del Derecho y no hechos artificiales creados por normas de Derecho⁴⁵. Por ejemplo, primero era la familia o el matrimonio como hecho social y luego la legislación consecuentemente les regulaba, en ningún caso podría afirmarse la kelseniana premisa de que los conceptos de familia y de matrimonio se establecían como supuestos de hecho en la norma y era allí, cuando estos obtenían existencia para el Derecho. No puede, el Derecho, estar al frente de la sociedad, es la sociedad la que va a estar al frente de éste, definiéndole.

En esta línea, Ehrlich abre el camino al pluralismo cuando considera que el Derecho es el ordenamiento del comportamiento humano, en el ámbito de las interrelaciones de personas dentro de un grupo sin importar su tamaño.⁴⁶ Las sociedades no están compuestas de individuos que actúan independientemente, sino por personas que proceden como miembros de un grupo o subgrupo dentro de una sociedad mayor, bien por necesidad o por dominio; por tanto, el comportamiento de la gente no está regido por las leyes del Estado, sino principalmente por los ordenamientos internos de los subgrupos que él denominó: *derecho vivo*⁴⁷. Es el derecho vivo, el concepto que inaugura la comprensión pluralista del derecho.

Los autores latinoamericanos han sido fieles a su responsabilidad de redefinir el tema en el marco de su propia realidad, en el que se encuentran los complejos campos culturales del territorio que ocupa el pluralismo y que ha tenido que ser reconocido por sus estados, en nuevas normas y jurisprudencias. En América Latina se ha visto un complejo entramado de posibilidades y posturas que, de alguna manera, han influenciado las rutas políticas y jurídicas en estos últimos años, sobre todo, en los procesos constituyentes de la década primera del siglo actual. Todo ello ha supuesto un avance y ha puesto de manifiesto el progreso de distintas corrientes teóricas que han adquirido

⁴⁵ *Ibid.*

⁴⁶ Ehrlich parte del análisis de las situaciones que se vivían Bukonia, Austria. Convivían numerosos grupos étnicos, cada uno con sus propias costumbres y estilos de vida. Aunque todos asumían las reglas generales de la sociedad, dentro de los subgrupos étnicos, estos tenían sus propias reglas o leyes. Ehrlich podía observar en ese espléndido laboratorio, la copiosa variedad de normas jurídicas que en verdad regían la vida cotidiana de los grupos sociales.

⁴⁷ Ehrlich considera que la ley es un fenómeno social y, por tanto, cualquier clase de ciencia legal como la misma jurisprudencia, ha de ser considerada una ciencia social. Así visto, la ciencia del derecho en una parte de la ciencia teórica de la sociedad, esto es, la sociología. Y luego, la sociología del derecho ha de considerarse entonces, la ciencia teórica del derecho. El derecho ha de adaptarse a los cambios sociales, como se ha dicho, el derecho es algo vivo, no está contenido en los códigos, sino que surge de la sociedad y se adapta a los cambios sociales de acuerdo con las mismas demandas que reclama la sociedad.

mayor protagonismo en la línea de ir incorporando, cada vez con mayor fuerza, ciertos postulados del PJ que hasta hace unos años parecían impensables⁴⁸. De ahí que sea necesario e impostergable hacer una revisión del pensamiento jurídico latinoamericano sobre esta cuestión.

Existen muchas razones que explican este auge, así para Ramón Soriano las causas fundamentales radican en: a) La presión contra el derecho estatal de parte de las comunidades étnicas y de los colectivos sociales marginados; b) un mayor conocimiento de las culturas jurídicas existentes en el mundo; y, c) Una mayor sensibilidad por parte de juristas y políticos respecto al hecho de la diversidad cultural y jurídica.⁴⁹

Estas motivaciones que el autor aduce desde una perspectiva general se ven exponenciadas en una sociedad tan diversa como la latinoamericana. Como se sabe, América Latina no es un espacio que pueda definirse lejos de su diversidad y de su complejidad, por lo que el Derecho tampoco puede ser visto con espacio de regulación homogéneo de realidades tan diversas. América Latina es heterogénea desde muchos puntos de vista. Somos diferentes, somos plurales, somos distintos y no basta cruzar una frontera para cambiar de cultura, incluso en el mismo territorio nos encontramos con una amalgama de culturas y de realidades etnolingüísticas que a duras penas pueden resumirse en una concepción del derecho unificadora. Más bien todo lo contrario, la percepción es la inversa, que esta pretensión de unificación jurídica a la que se alude en instancias oficiales, por una parte, es vista como una especie de corsé impuesto; y por la otra, que no sólo reduce, sino que aumentan exponencialmente las diferencias de partida. La historia latinoamericana está llena de ejemplos que justifican esta opinión. No obstante, conviene decir que el PJ es diferente si se revisa desde la literatura española y europea. La Europa colonial entendió la existencia del pluralismo legal desde la distancia con las poblaciones y derechos indígenas.

En América Latina cuando se aborda el problema de la multiculturalidad, en el fondo se conjugan, desde el punto de vista normativo, tres conceptos, a saber: pluralismo jurídico, Derecho alternativo

⁴⁸ En los antecedentes conceptuales de esta investigación, dentro de la doctrina latinoamericana, podemos mencionar como obligatoria referencia: Antonio Carlos Wolkmer (Brasil), Raquel Yrigoyen Fajardo (Perú), Óscar Correas Vásquez y Rodolfo Stavenhagen (México). Otros autores, connotados voceros que han tematizado magistralmente todo lo concerniente a este enfoque, entre otros, los doctores, Fernando Suarez, Raúl Illaqui, Yaqu Pérez Guartambel, Nina Pacari en Ecuador; Vladimir Aguilar, Linda Bustillos, Ricardo Colmenares, Luis Bello en Venezuela; Esther Sánchez Botero, Serrano García, Rodríguez Garavito, en Colombia; José Aylwin, Juan Jorge Faundes Peñafiel, Milka Castro, Hernán Valdebenito, en Chile; De Sousa Junior, en Brasil; María Elena Attard en Bolivia, etc.

⁴⁹ Soriano, R. (1992). *Sociología del Derecho*, Editorial Ariel, Barcelona, p. 359.

y uso alternativo del Derecho. Sin embargo, en cualesquiera de los casos, partimos de la base de la existencia de una alternancia de un derecho frente al derecho dominante que se sustancia normalmente en diferentes tipos de tensiones según cuáles sean las relaciones de poder entre las diferentes instituciones. Es por ello por lo que la alternancia admite diversas relaciones con el derecho hegemónico y el resto de los enfoques.

El Derecho alternativo⁵⁰ parte de una mirada crítica de los sistemas jurídicos actuales y persigue cuestionar el dominio del Derecho estatal para conseguir así un reconocimiento de un sistema jurídico alternativo en consonancia con la heterogeneidad social que preside a las sociedades locales. De acuerdo con esta mirada se destacan dos posiciones al respecto: En primer lugar, un Derecho alternativo en sentido fuerte que pretende la sustitución del monismo jurídico, representado por el Derecho estatal, excluyente, por otro nuevo. Y, en segundo lugar, un Derecho alternativo en sentido débil que, como su nombre indica, busca la complementariedad del Derecho estatal con otro alternativo, en la vía de la implantación de un auténtico pluralismo jurídico o coexistencia de Derechos.

El jurista Ramón Soriano precisa la importancia de una distinción entre el derecho alternativo y el uso de este en su acepción más extensa, como derecho distinto al Derecho hegemónico del Estado que pretende su reconocimiento jurídico en exclusiva. Sin embargo, una concepción del Derecho alternativo compatible con el derecho común es posible y necesaria, hasta el punto en que se constituye en la vía más plausible para concitar la igualdad de los ciudadanos, sobre todo en sociedades tan diversas como las latinoamericanas donde la diversidad de etnias hace de estas sociedades un caleidoscopio plural en el que hay que concitar situaciones de partida realidades institucionales singulares derivadas de situaciones de aislamiento en unos casos o de dominación en la mayoría.⁵¹

⁵⁰ Correa, O., (1996). “El pluralismo jurídico y el derecho alternativo: Algunos problemas teóricos”, *Enlace: Revista de sociología jurídica*, pp. 37-53.

⁵¹ Según este autor: “Uso alternativo del derecho ha habido siempre en la historia del derecho; es frecuentemente un modo de ver el derecho y de interpretarlo por los juristas y prácticos del derecho adheridos a una teoría crítica jurídica. El uso alternativo del derecho tiene una causa fáctica: las deficiencias del derecho del Estado: lagunas, vaguedad, ambigüedad, contradicciones, etc. Ellas permiten una variada interpretación y aplicación de sus normas y a su vez una causa valorativa: la orientación de la interpretación y aplicación en función de las ideologías concretas, sean estas de signo conservador o progresistas. Los alternativistas conceden que hacen de un uso político del derecho, porque el derecho en su interpretación no puede estar fuera de los criterios políticos”. Soriano, R., ob. cit., p. 364.

Si nos ceñimos al caso latinoamericano y analizamos cuáles han sido históricamente las relaciones entre el monismo y el pluralismo jurídico, podemos decir que son reversibles. La historia ha demostrado que desde el monismo jurídico se puede pasar al pluralismo jurídico, pero, lo mismo sucede a la inversa, cuando el PJ no está claramente definido y lejos de conformar una categoría jurídica, sirve de bandera a ideologías políticas o se pierde en etiquetas de luchas y reivindicaciones sociales, se aboga por una perspectiva uniformizadora. El Derecho alternativo latinoamericano, como punto de apoyo de la crítica jurídica latinoamericana, ha sido en determinadas ocasiones, el soporte para la toma en consideración del PJ como enfoque; sin embargo, se ha pretendido llegar a él a través del camino del incluyente derecho del Estado. Pero, la historia ha demostrado que no es posible asegurar una connotación ideológica definida en la evolución del estudio del Derecho, sin entender una u otra concepción jurídica. Se puede pasar del monismo al pluralismo jurídico para evitar un derecho discriminatorio o para instaurarlo. Desde el punto de vista latinoamericano, en la actualidad, se corre el peligro de sucumbir en el proceso inverso, ante la falta de limitaciones y comprensión de las condiciones dadas.

El pluralismo jurídico aparece en América Latina unido a la plataforma sobre la que se salva la figura de los pueblos indígenas, entre otros, de la ignorancia y el desprecio que han sufrido a lo largo de la historia de la humanidad. Si es importante el derecho al territorio para los indígenas, también lo es el derecho a la autonomía, que está íntimamente relacionado con el primero y, esa autonomía debe desdoblarse en todos sus ámbitos: político, económico y judicial. Ahora bien, la autonomía en el plano judicial resultará claramente insuficiente si el Estado se limita a reconocer el Derecho consuetudinario, pero no permite ejercer funciones jurisdiccionales a las autoridades indígenas.

Aceptar el pluralismo jurídico supone aceptar la jurisdicción indígena, su no reconocimiento, además de suponer la privación de parte de su cultura, de su identidad, supondría, y esto es lo peor, reproducir (por no decir que aumentar) bajo la égida de la supuesta uniformización jurídica del derecho común las desigualdades existentes y la incapacidad para realizar una gestión real del territorio. Todo ello aunado al derecho fundamental al reconocimiento de la identidad de los pueblos indígenas⁵².

⁵² Faundes, P., J.J., (2020). "El derecho fundamental a la identidad cultural de los pueblos indígenas, configuración conforme el derecho internacional y perspectivas de su recepción en Chile". *Ius et Praxis* [online]. vol.26, n.1 [citado 2021-03-13], pp.77-100. Disponible en :

1.3. *Diversas acepciones del pluralismo jurídico: hacia una definición*

Son manifiestas las discrepancias doctrinales en torno al PJ, pero, en general, las dificultades tienen que ver fundamentalmente con las perspectivas teóricas en el tratamiento sobre esta cuestión. A continuación, vamos a hacer un breve repaso a las ideas de algunos de los autores considerados paradigmáticos con sus contribuciones originales en PJ: Eugen Ehrlich, Santi Romano, Jean Carbonnier, André-Jean Arnaud y Norberto Bobbio, entre otros, de manera tal que podamos, a pesar de sus discrepancias y concomitancias, acercarnos interpretativamente a este concepto y deslindarlo de cara a nuestro interés de clarificar desde cuál dimensión podemos ver el PJ para lograr identificar las resistencias teóricas y epistemológicas de éste, en búsqueda de su superación.

Tal y como hemos apuntado anteriormente, es muy relevante la definición de Eugen Ehrlich del “derecho viviente” como antecedente al concepto de PJ. Este autor señala que el punto central del derecho no se encuentra en la legislación, ni en la ciencia jurídica, ni en la jurisprudencia, sino que se sitúa en la sociedad misma. A partir de este punto de vista Ehrlich adopta una visión innovadora respecto al tema que nos ocupa: la producción del derecho. Y por decirlo así, con ello inaugura una visión alternativa que tiene como centro de su análisis a los individuos concretos como fuente de derecho, en particular, a aquellos grupos más olvidados⁵³. Según esta visión, existe un “derecho viviente” que puede ser conocido utilizando diferentes fuentes, particularmente la observación directa de la vida social, de las transformaciones, de los hábitos, de los usos sociales vigentes, no sólo de los reconocidos jurídicamente sino también aquéllos relativos a los grupos ignorados o despreciados por el derecho e incluso condenados. En este sentido, aun cuando no hay una definición específica de PJ en su obra, la idea de sus reflexiones lo sugiere, lo define y lo alude, de tal suerte que se puede afirmar que para Ehrlich la norma jurídica está condicionada por la sociedad.⁵⁴

Por su parte Santi Romano señala que la pluralidad de sistemas jurídicos actuales es producto de la crisis de la hegemonía del Estado moderno. En este sentido, considera que el Derecho no puede ser pensado solamente a partir de la norma jurídica como noción abstracta, ya que existen órdenes

<https://scielo.conicyt.cl/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0718-00122020000100077&lng=es&nrm=iso>. ISSN 0718-0012. <http://dx.doi.org/10.4067/S0718-00122020000100077>

⁵³ Barbero, I. (2012), “Pluralismo jurídico, derecho alternativo y la irrupción de nuevos sujetos jurídicos”. En: *Corpus Iuris Regionis*. Revista Jurídica Regional y Subregional Andina, 12, Iquique, Chile, p. 102.

⁵⁴ Ehrlich, E. (1992). “La sociología del diritto”. En: Revista *Internazionale di Filosofia del Diritto*, pp. 102-107. Citado por : Treves, R., et all, (1995), *Sociologie du droit*. Presses universitaires de France, pp. 108 y 109.

jurídicos sin necesariamente las normas tal y como las concibe el monismo jurídico, dentro de una positivización estatal, en donde el juez, por ejemplo, encargado de impartir justicia, propone él mismo las normas. Para Santi Romano, si bien es cierto que en un momento dado el Estado monopolizó la creación de la norma jurídica, no estamos lejos de asistir a un proceso inverso.⁵⁵ Según este autor, a lo que se llama la crisis del Estado moderno actual, le sigue, necesariamente el hecho de que un gran número de grupos sociales tienden a construirse esferas jurídicas independientes.

Otra aportación a la noción del PJ viene de la mano de Georges Gurvitch. Este autor desarrolló una teoría del PJ con un carácter marcadamente antiestadista, antiformalista y social. Según este autor, el Estado no es otra cosa que un pequeño lago profundo en el inmenso mar del Derecho que lo circunda por todas partes⁵⁶. Esta concepción le llevó a prestar atención a otras fuentes de inspiración: Proudhon, Saint Simon, Durkheim, o al mismo Ehrlich. Gurvitch, en férrea oposición a lo propugnado por Kelsen o, por ejemplo, en el caso de la estatalidad del derecho, apartándose de Max Weber, incluso de Marx, llegó a la convicción de que la legislación producida por el Estado no constituye la principal fuente de producción jurídica, sino que existen una amplia diversidad de grupos sociales que son capaces de autorregularse internamente de manera independiente a las estructuras jurídicas oficiales.⁵⁷ Es por ello por lo que Gurvitch llegó a fundamentar los principios básicos del PJ, encontrando su justificación y fundamento en la teoría de los hechos normativos, es decir, en un enfoque que fundamentaba el poder jurídico constituyente que tienen todas las comunidades que forman parte de la sociedad concreta, independientemente de su estatus o posición. De acuerdo con él, las comunidades en un sólo e igual acto, generan derecho y organizan su existencia como sociedad sobre ese derecho; consecuentemente, son la base para afirmar que el

⁵⁵ Romano, S. (1975). *L'ordre juridique*, Editorial Dalloz, París, p. 15.

⁵⁶ Iker Barbero explica esta idea en referencia a la definición dada por Renato Treves y completa exponiendo: “La propuesta principal de Gurvitch, la idea del Derecho social es sustancialmente la expresión formal del poder de los grupos sociales para autorregular sus propios intereses e incorporar sus propias tradiciones culturales, un contexto de contacto interpersonal e intergrupar, en el que el Estado es uno más”. Decía Gurvitch, “el término Derecho Social es habitualmente entendido como la regulación jurídica vinculada a la política social del Estado (...) dedicado a la solución de la “cuestión social”. Entonces, el Derecho social simplemente se refiere a las leyes (estatutos) emanadas del Estado para proteger al débil removiendo ciertos elementos de la sociedad y para organizar la intervención del Estado en la esfera económica. Consideramos tal interpretación del concepto de Derecho Social como errónea desde el punto de vista teórico, así como peligrosa para la democracia desde un punto de vista práctico. Esta concepción está equivocada, creemos, porque no toma en consideración el primordial fenómeno de pluralismo jurídico en la vida real del Derecho (...). Cada grupo y cada colectividad posee la capacidad de engendrar su propio orden jurídico autónomo, que regula la vida interna de los grupos” (Gurvitch, 1946:64). Citado por Barbero I. (2012), ob. cit., p. 102.

⁵⁷ *Ibid.*, p. 123.

poder jurídico no reside solamente en el Estado, sino también en numerosas entidades independientes a él.⁵⁸ De sus ideas queda claro que en un territorio determinado conviven una pluralidad de derechos concurrentes, estatales, infra estatales o supraestatales.

Otro autor, Jean Carbonier nos introduce también en el PJ aun cuando de forma indirecta. Este autor no nos habla de un PJ concreto, más bien nos introduce en diversos fenómenos relacionados con esta cuestión. La casuística que justifica el PJ es amplia y diversa, dando lugar a una diversidad de situaciones, por eso, éstas permiten diversas clasificaciones, según diversos criterios. Así, los fenómenos que justifican el enfoque del PJ pueden ser colectivos o individuales, de concurrencia o de recurrencia, categóricos o difusos. Según el autor, el pluralismo se podría encontrar más allá de los hechos, si en lugar de confrontar reglas se cotejasen diferentes maneras de aplicar una regla por parte de los jueces, podrían provocar una pléyade de situaciones susceptibles de justificar diversas perspectivas en consonancia con el PJ.⁵⁹

Asimismo, otro autor, André Jean Arnaud, consideraba que el PJ se puede hallar más allá de los hechos, y que más allá de una disputa reglamentista, existe diversas formas de aplicar una misma regla. Para él, el PJ se encontraría en el nivel de lo que él denomina el “infra Derecho”, que representa ese locus que enfrenta al derecho espontáneo versus el impuesto.⁶⁰ Esta visión, como es fácil suponer, lleva inevitablemente a una concepción dinámica del Derecho por la que se establece una auténtica dialéctica dentro de los sistemas jurídicos que apunta necesariamente a una normatividad diversa, fundamento del PJ.

Por su parte, Raquel Yrigoyen hace una consideración importante al momento de diferenciar el PJ de la pluralidad social, explicando cómo ésta tiene un carácter constituyente que justifica la necesidad de una normatividad diversa en un determinado espacio geopolítico. Así, ella afirma que aunque las Constituciones desde el Siglo XIX establecen el monismo cultural, lingüístico y jurídico; la realidad latinoamericana refleja una diversidad cultural, lingüística y social primigenia que colisiona con estos procesos constituyentes apoyados en visiones jurídicas reduccionistas y, por supuesto, interesadas.⁶¹ Consecuentemente, para esta autora, la coexistencia dentro un Estado

⁵⁸ Cfr/ Gurvitch, G. (2005) *La idea del derecho social*. Editorial Comares. Granada.

⁵⁹ Carbonnier, J. (1982). *Sociología jurídica*, Tecnos, Madrid, p. 116

⁶⁰ Arnaud, A. (1981). *Critique de la Raison Juridique. Où va la Sociologie Juridique ?* Paris, L.G.D.J., p. 214.

⁶¹ Yrigoyen, R. (2017). ABC. ¿Qué es el pluralismo jurídico igualitario? *Alertanet*, pp. 3-7.

de diversos conjuntos de normas jurídicas positivas que deben aspirar a moverse en un plano de igualdad, respeto y coordinación constituye un prerequisite funcional indiscutible.⁶²

En esta misma dirección, uno de los primeros autores en sostener una visión amplia del PJ fue Leopold Pospisil. Este autor sostiene que cada sociedad se articula en subgrupos y que cada uno de ellos tiene su propio sistema legal, que suele ser necesariamente diferente del resto, al menos en algún aspecto. Para este autor, los subgrupos suelen ser unidades diferenciadas que formalmente forman parte de una unidad mayor y que responden a ciertas reglas y procedimientos similares⁶³. Como puede intuirse, el enfoque de Pospisil supera la visión clásica del positivismo austriaco e incluye a los sistemas de decisión judicial, así como a aquellos órdenes normativos no legales⁶⁴. Esta propuesta, a juicio de Ianello, accede a una concepción del derecho más bien incluyente, desde el momento en que reconoce a los grupos y sus modelos normativos como subsistemas del “todo social”. De acuerdo con el pensamiento del autor, la existencia de niveles jurídicos múltiples plantea una visión estructuralista del fenómeno en estudio, a pesar de que el propio autor no realiza un estudio sobre la manera en que se estructuran estos sistemas normativos⁶⁵.

André J. Hoekema, Profesor en “Pluralismo legal” en el *Amsterdam Law School*, por su parte afirma que el pluralismo jurídico puede entenderse como aquellos contextos en el mundo contemporáneo, en los que aparece un orden jurídico como consecuencia de la transferencia de sistemas legales a entornos culturales diferentes. Desde este punto de vista, un sistema jurídico es pluralista cuando existen diferentes regímenes normativos soberanos y cuando existe algún tipo de relación entre los regímenes paralelos y el sistema central.⁶⁶

Una de las contribuciones centrales a la idea de pluralismo jurídico fue la propuesta por John Griffiths, cuando distingue entre el concepto de pluralismo jurídico conforme a las ciencias sociales y su correlativo jurídico. El primero refiere a una determinada situación empíricamente comprobable en una sociedad determinada y es resultante de la coexistencia dentro de un grupo

⁶² Yrigoyen, R. (2003). “Pluralismo jurídico, derecho indígena y jurisdicción especial en los países andinos”, Colombia, Editorial ISLA. En: Wolkmer, A. (2003). *Pluralismo jurídico: nuevo marco emancipatorio en América Latina*, Bogotá, Derecho y Sociedad en América Latina, Editorial Ilsa, pp. 247-259.

⁶³ Pospisil, L. (1971), *Anthropology of Law: A Comparative Theory*, New York, Harper & Row. Citado por Ianello, P. (2015). *Pluralismo jurídico*. En Enciclopedia de filosofía y teoría del derecho. Instituto de Investigaciones Jurídicas, p. 773.

⁶⁴ Merry, S., (1988). “Legal Pluralism...”, ob.cit., p 870.

⁶⁵ Sierra, M. y Chenaut V. (2002). “Los debates recientes y actuales en la antropología jurídica: Las corrientes anglosajonas”. Citado por Ianello, P. (2015), ob. cit., p. 773.

⁶⁶ Merry, S. (1988), *Legal Pluralism*, ob. cit., p. 872.

social de órdenes jurídicos que no pertenecen a un único sistema. El segundo resulta de la coexistencia de dos órdenes jurídicos que se generaron a partir del proceso de colonización por parte de los países⁶⁷. El autor continúa explicando que la idea de un orden legal estatal de tipo centralizado, como herencia de la burguesía moderna, es el eje instaurador de cualquier idea de conformación del derecho lo que obliga a hablar del PJ. El Derecho del Estado, según dicho modelo, ha sido concebido de manera uniforme para todos los individuos pertenecientes al mismo, con exclusión de otro tipo de sistema legal y administrado por un cuerpo centralizado de instituciones. Según este modelo, por tanto, las normas se encuentran unificadas y jerarquizadas pudiendo observarse dos direcciones: De arriba hacia abajo, dependiendo del mandato soberano; o de abajo hacia arriba, derivando su validez de normas más generales hasta alcanzar algún tipo de norma fundamental.⁶⁸

Jacques Vanderlinden es otro autor necesario al referirse a los orígenes del pluralismo jurídico. Para este autor el surgimiento de esta corriente del derecho se debe: 1) A la ineficacia del derecho ordinario para hacer frente a los problemas derivados de la multidiversidad; y 2) a la constatación de que la uniformidad normativa no sólo no reduce la desigualdad, sino que la aumenta, sobre todo, cuando nos encontramos en situaciones de desigualdad estructural acusada. Según este autor, para justificar la necesidad de introducir la perspectiva del PJ como criterio normativo fundamental, podríamos afirmar: “que no hay mayor discriminación que no hacer discriminación”⁶⁹. Es por ello por lo que al referirse al PJ, el autor distingue tres cuestiones que, a su juicio, son fundamentales:

El cuestionamiento al Derecho común como fenómeno legislativo cuyo resultado es una norma uniforme, independientemente de la diversidad social;

La idea de que todo ordenamiento jurídico tiene vocación totalitaria y esto lo diferencia de otros mecanismos reguladores, sin perder de vista que el derecho es un regulador de la sociedad como tantos otros;

Por último, la constatación de que toda sociedad combina una multiplicidad de sistemas jurídicos, acorde a su pluralidad constituyente, consecuentemente, según el autor, no queda más remedio que fijarse en la observación de las prácticas que cada individuo realiza acordes a las diferentes estructuras

⁶⁷ Griffiths, J. (1984). “¿What is Legal Pluralism?”, *The journal of legal pluralism and unofficial law*, vol. 18, no 24, p. 17.

⁶⁸ *Ibid.*, p.18.

⁶⁹ Barbero, I., (2012), ob. cit., p. 109.

sociales a las que pertenece⁷⁰.

En este mapeo conceptual es necesario examinar el planteamiento de Sousa Santos quien señala que el discurso jurídico es el reflejo de una cultura determinada, por ejemplo, la cultura occidental tiene un discurso jurídico producto de su cultura, así delimita la existencia de culturas propias indígenas latinoamericanas, pero también asiáticas, africanas, etc. Y sobre la base de sus reflexiones plantea, antes que un concepto de PJ, al Derecho como un cuerpo de procedimientos regulares y estándares normativos que pueden justificarse en cualquier grupo dado, vinculado a la creación de mecanismos para la prevención y arreglo de disputas a través de un discurso argumentativo asociado a la amenaza del uso de la fuerza.⁷¹

Esta definición tiene la particularidad de ser básicamente funcionalista, pues se basa en la noción de encontrar la función del derecho que no es otra que mantener el orden normativo en el grupo a través de la resolución de conflictos. A la vez, es esencialista en la medida en que enuncia los elementos que deben reunirse para la existencia de derecho. La falta de alguno de ellos hace que esa situación no pueda considerarse derecho. El problema de esta definición es que los elementos son demasiado amplios y permitirían que casi todo pudiera considerarse como tal.

Para solucionar esta amplitud de conceptos, el citado autor reduce el alcance definiendo cinco compartimentos de estructuras sociales que se encuentran en estructuras normativas y que permiten solucionar algunas diputas: 1) La ley de producción (aquellas normas y reglas que solucionan los problemas en los sistemas de producción de bienes y servicios); 2) las leyes de intercambio (aquellas normas y reglas que establecen los patrones de intercambio entre productores, mercaderes y consumidores); 3) la ley de la comunidad (que es utilizada por grupos hegemónicos u oprimidos y remarca identidades imperiales o defiende identidades minoritarias); 4) la ley territorial o del estado (aquella ley que gobierna la ciudadanía); y finalmente, 5) la ley sistémica (aquella que establece las formas legales globales que regulan las relaciones entre centro y periferia y las relaciones entre Estados).

⁷⁰ Vanderlinden, J. (1993). "Vers une nouvelle conception du pluralisme juridique", *Revue de la Recherche Juridique*, núm. 2, pp. 572-585. En Iannello, P. (2015), ob. cit., p. 772.

⁷¹ Sousa Santos, B. (1995). *Toward a New Common Sense: Law, Science and Politics in the Paradigmatic Transition*, Routledge, Londres y Tamahana, Brian (2000). "A non-essentialist version of legal pluralism", *Journal of Law and Society*, vol. 27, núm. 2, pp. 296- 321.

De Sousa Santos reconoce con ello, que los sistemas interactúan entre sí. Especialmente el derecho estatal interactúa en cada uno de los otros niveles. En ese sentido, las posturas pluralistas, incluyendo la de Sousa Santos, suelen caracterizarse en su sentido más clásico por marcar una tensión entre el derecho estatal y un sistema menor de derecho.

La existencia de conflicto en el pluralismo jurídico parece una de sus notas esenciales. Sus proponentes encuentran inconsistencias en lo que se denomina derecho y lo que realmente es derecho. Principalmente porque lo que se denomina derecho proviene del Estado hegemónico, mientras que existen campos normativos que escapan al derecho estatal y que también cumplen con las funciones propias de aquello que suele conceptualizarse como derecho⁷². Masaji Chiba, por ejemplo, desarrolla una propuesta de estructura diferente a la del conflictivismo. Este autor caracterizó al fenómeno plural como “la coexistencia de estructuras de diferentes sistemas legales ante el postulado de una cultura legal”⁷³.

De este repaso un tanto conciso de algunos autores relevantes en el PJ se desprende la idea de que este aparece como un típico ejemplo de polisemia, que expresa la concurrencia de múltiples factores que sacuden en la actualidad a las sociedades modernas: coexistencia de realidades yuxtapuestas, mundialización, colisión con el derecho estatal de una nueva *lex mercatoria* privada emanada de las empresas transnacionales, diversidad de soluciones judiciales en los distintos niveles, pluralidad de leyes, propias y autóctonas en países aun en procesos descolonizadores, proceso de confederalización creciente de algunas sociedades, pluralidad de fuentes jurídicas, etc. De acuerdo con esto, identificamos tres perspectivas en la conceptualización y definición del pluralismo jurídico:

- i. Como una pluralidad normativa que emana o se desprende de una diversidad cultural y que se expresa en un mismo tiempo y en un mismo espacio o territorio.

⁷² Es importante resaltar acá el carácter agonístico en el proceso de formación de cualquier definición de PJ que se intente. En este sentido, en su sentido más llano, el comportamiento agonístico se refiere al comportamiento social relacionado con la lucha. El comportamiento agonístico, en cualquier caso, es un concepto más general que el de la mera conducta agresiva pues incluye cualquier conducta de oposición a otros, como la competición, el enfrentamiento, la desobediencia y, por supuesto, obviamente también incluye la conducta agresiva tal y como lo ha venido revisando hasta ahora la literatura sociopolítica. A este respecto se dedica la propuesta final de este trabajo que se desarrolla en el Capítulo 6. De momento, en relación con las propuestas epistemológicas no conflictivas que definen el pluralismo jurídico en el sentido en el que lo hemos venido explicando, revisar más ampliamente a: Ianello, P., *El pluralismo jurídico*, Enciclopedia de filosofía y teoría del derecho. Instituto de Investigaciones Jurídicas, 2015, p. 767.

⁷³ Chiba, M. (1998) “Other Phases of Legal Pluralism in the contemporary World”, *Ratio Juris*, vol. 5, núm. 3, pp. 228-245. Citado por Ianello, P. (2015), ob. cit., p. 768.

- ii. Como una ruta a seguir por los Estados, en virtud de las políticas públicas que los gobiernos ponen en marcha sobre la base de una diversidad normativa acorde con la diversidad social y desigualdad institucional
- iii. Como una categoría epistemológica, es decir, como una herramienta útil para captar, entender y procesar la realidad jurídica. En este sentido, se entiende que las fuentes de producción jurídica son diversas y que no es el Estado la única fuente de derecho. Supone un lente para estudiar al derecho, para comprenderlo en su representación más abierta, flexible y una de las formas más perfectas de proteger la libertad humana y la diversidad cultural. Es en sí, una óptica gnoseológica del derecho que tiene un fundamento axiológico en el respeto al otro.

Para concluir, y a modo de resumen más bien metodológico, se presenta en la siguiente Tabla, un breve resumen de algunos de los autores más representativos revisados:

Tabla 1. Conceptos sobre el PJ según diversas orientaciones teóricas de los autores

Autor	Concepto	Elementos distinguibles
Óscar Correa	El PJ es el fenómeno de la coexistencia de normas que reclaman obediencia en un mismo territorio y que pertenecen a sistemas normativos distintos. Correa acepta que un sistema normativo lo es porque está organizado en torno de una norma de reconocimiento o fundante y que se está frente a un fenómeno de pluralismo jurídico en los casos, en que, como el derecho indígena, un sistema convive con las normas de otro sistema hegemónico. Es decir, que las normas pertenezcan a un sistema distinto, significan que son reconocidas por distintas reglas de reconocimiento ⁷⁴ .	<ol style="list-style-type: none"> 1. Fenómeno real que existe al observar la realidad social. 2. Reconoce la existencia de diversos sistemas jurídicos, en la que uno es hegemónico con relación al otro.
Luis Tapia	El PJ refiere la existencia de diversos sistemas jurídicos en una misma porción geográfica y en un mismo tiempo. Soporta el reconocimiento en la aceptación de la convivencia de varios órdenes jurídicos en un mismo espacio y tiempo, de modo que	<ol style="list-style-type: none"> 1. Reconoce la existencia de diversos órdenes normativos en el mismo tiempo y lugar.

⁷⁴ Cfr. Correas. O., (1994), Ideología jurídica. Derecho alternativo y democracia, *Boletín mexicano de Derecho comparado*, obtenido de: <https://revistas.juridicas.unam.mx/index.php/derecho-comparado/article/view/3270/3744> el 18 de mayo de 2019.

	niega la exclusividad estatal en la producción de normas jurídicas ⁷⁵	2. El Estado no es el único que produce las normas jurídicas.
Antonio Carlos Wolkmer	Es la multiplicidad de prácticas existente en un mismo espacio sociopolítico, interactuantes por conflictos o consensos pudiendo ser oficiales o no y teniendo su razón de ser en las necesidades existenciales, materiales y culturales ⁷⁶ .	1. Tiene su razón de ser en las necesidades existenciales, materiales y culturales. 2. Son múltiples las prácticas jurídicas que existen en el mismo tiempo y espacio.
Magdalena Gómez	Es un principio que debe permear todas las disposiciones jurídicas del orden nacional que se reconozca pluricultural ⁷⁷	Un juicio de valor de la pluriculturalidad.
Edwin Rojas Calvimonte	Entiende al pluralismo jurídico como una consecuencia lógica de la diversidad cultural, que plantea la existencia de diversos sistemas jurídicos que conviven en forma paralela al sistema jurídico moderno. ⁷⁸	El pluralismo jurídico responde a la diversidad cultural. Varios sistemas se encuentran en paralelo al sistema jurídico estatal.
Connie Gálvez	El término pluralismo jurídico explica y describe la pluralidad de sistemas normativos que coexisten en un mismo espacio social y que demandan cumplimiento ⁷⁹	Los derechos alternos al estatal también son obligatorios.

⁷⁵ Tapia, L. (2002). “La velocidad del pluralismo”, *Muela del diablo*, La Paz, p. 78 y sigs.

⁷⁶ Wolkmer, A. (2001). *Pluralismo jurídico, Fundamentos de una nueva cultura en el Derecho*, Tercera Ed; Alfa Omega, San Pablo, p. 18.

⁷⁷ Cfr/ Gómez, M. (2013). Derecho indígena y Constitucionalidad, obtenido de: <http://www.alertanet.org/dc-mgomez.htm> el 12 de febrero de 2019.

⁷⁸ Rojas, E. (2004). *La crisis del derecho postmoderno en la sociedad postmoderna*, Centro de Ecología y Pueblos Andinos y Centro de Investigaciones sobre Pluralismo Jurídico, Cochabamba, p.15

⁷⁹ Gálvez R., C. (2001). “El Derecho consuetudinario indígena en la legislación indigenista republicana del Perú del siglo XX”, I Encuentro de la Sección Peruana de la Red Latinoamericana de Antropología Jurídica, Lima, obtenido en:

<http://repositorio.pucp.edu.pe/index/bitstream/handle/123456789/113997/9900-Texto%20del%20art%C3%ADculo-39183-1-10-20140801.pdf?sequence=2&isAllowed=y> el 23 de septiembre de 2019.

Silvia Ramírez	No existe protección adecuada de las minorías étnicas sino a través de la existencia del pluralismo jurídico, pues uno de los desafíos que la realidad cultural plantea al Estado moderno es, precisamente, la admisión de la existencia de un ámbito territorial, de modo de resolución de conflictos diferenciados, y las minorías étnicas reclaman el respeto del ejercicio de sus propios derechos ⁸⁰	El pluralismo jurídico es el camino para el respeto del ejercicio de los derechos de los pueblos y comunidades indígenas.
-------------------	--	---

Fuente: Elaboración propia

2.Evolución y clasificación del pluralismo jurídico. Contexto y etapas

Para ilustrar la evolución conceptual del pluralismo jurídico y distinguir las etapas o momentos específicos que han determinado las diversas posiciones teóricas en relación con los argumentos de emergencia para dicha regulación, se puede precisar, según Casanovas, al menos cuatro contextos sucesivos, superpuestos y coexistentes, que sirven de basamento para la clasificación o división tipológicas que se ha venido dando acerca del concepto del pluralismo jurídico y que nos ayudan en la búsqueda de las resistencias teóricas y argumentos ideológicos con los que el PJ se ha venido encontrando:

- iv. El de las sociedades postcoloniales en relación con el derecho estatal de la metrópoli de origen (incluyendo la problemática de los denominados: derechos indígenas⁸¹)
- v. El de las relaciones estado / empresa / administración / ciudadano de las sociedades industriales complejas.
- vi. El de las organizaciones y empresas transnacionales en la economía global (el denominado pluralismo jurídico global teorizado por Francis Snyder⁸² como una red de *sites* (enclaves) jurídicas transnacionales).
- vii. El contexto tecnológico de las relaciones humanas en la comunicación virtual (*e-*

⁸⁰ Ramírez, S., (2019), “Diversidad cultural y pluralismo jurídico: Administración de justicia indígena”, en: *Pueblos Indígenas y Derecho*, obtenido en <http://red.pucp.edu.pe/ridei/files/2011/10/15.pdf> el 25 de marzo de 2019.

⁸¹ Merry, S. (1988) “Legal pluralism...”, ob. cit.

⁸² Snyder, F. (1999). “Governing economic globalisation: Global legal pluralism and european Law”. En: *Law Journal*, 5, 4, p. 352.

commerce; e-confidence; derechos de patentes y de propiedad intelectual).⁸³

Desde un punto de vista teórico, la toma en cuenta de estos contextos, permitirían organizar la clasificación de los modelos o tipos de PJ. Esta representación tipológica, sin embargo, más que una réplica de las posturas de los autores está llamada a traducir otro lenguaje: el relativo a los dualismos sobrentendidos de la descripción *folk* (profesional o dogmática) que los juristas han venido haciendo. En este sentido, cualquier PJ lo que presupone es la aceptación de un pluralismo cognitivo: descripción de la pluralidad de formas de producción y gestión de conocimiento que, en principio, dista de ser claro y debe ser explicitado⁸⁴.

2.1. *Etapas*

En relación a la evolución del concepto, y de acuerdo con lo planteado por Norberto Bobbio, el PJ ha pasado por dos fases: a) la primera correspondiente al estatal o nacional, en la cual el PJ ha ido de la mano de una visión historicista del derecho, según la cual, los derechos provienen directa o indirectamente de la consciencia popular; b) la segunda, tal y como apunta Bobbio, corresponde a la fase institucional que parte del supuesto de que existe un sistema jurídico donde quiera que haya una institución, un grupo social organizado. Bobbio piensa que, en esta etapa, al menos se pueden distinguir cuatro ordenamientos no estatales:

- i. Los ordenamientos supraestatales: legislación internacional.
- ii. Los ordenamientos infra estatales, como, por ejemplo, los propiamente sociales que el Estado reconoce, bien limitándolos o absolviéndolos.
- iii. También tienen cabida aquí los denominados ordenamientos colaterales al estado, como en el caso de la iglesia católica.
- iv. Y, por último, merecen la pena considerarse también los ordenamientos antiestatales, como las asociaciones delictivas, sectas secretas y otras de este tipo.

⁸³ Estos contextos, como se verá en el punto siguiente, constituyen la génesis de lo que los autores han venido denominando en los últimos años: nuevos pluralismos.

⁸⁴ Casanova, P (2004). "Dimensiones del Pluralismo Jurídico". Simposio 1: El recurso de la reciprocidad, Actas del IX Congreso de Antropología de la Federación de Asociaciones de Antropología del Estado Español, Universitat de Barcelona, p. 4.

Existen otras clasificaciones que diferencian la evolución del PJ en su devenir histórico, así, Sally Engle Merry⁸⁵ distingue, a partir del objeto y perspectiva de análisis, dos tiempos: PJ clásico y PJ nuevo. Mientras que la visión clásica se centraba en los contextos coloniales y en las influencias mutuas que ejercían los derechos europeos versus nativos. El PJ nuevo amplía su ámbito de estudio y traslada el interés concretamente a los espacios de intersección de los múltiples órdenes jurídicos⁸⁶. En este sentido, y atendiendo a la propia historia, diversos autores enfatizan cómo fueron los contextos coloniales los primeros espacios (también los de África y Oceanía) donde se comenzaron a realizar investigaciones empíricas, básicamente desde la antropología, dando lugar a las teorías del pluralismo jurídico clásico⁸⁷. En este período conviene decir que la expansión colonial tuvo como consecuencia inmediata el trasplante de sistemas jurídicos centralizados en las metrópolis, que dieron lugar a la coexistencia fáctica de los ordenamientos nativos u originarios, frecuentemente no escritos con los procedentes de las metrópolis coloniales⁸⁸. Este reconocimiento del derecho nativo como herramienta para el establecimiento del orden ha sido objeto de críticas por muchos autores, ya que han puesto de manifiesto cómo el derecho indígena ha sido, en la mayoría de los casos, considerado secundario, no originario, tanto en cuanto en su posición en el sistema de fuentes, como por lo que se refiere a su validez como derecho “auténtico”.⁸⁹

Para concluir con este punto, nos podemos preguntar ¿cuáles han sido los temas clásicos del pluralismo jurídico? Básicamente dos. Tal y como afirma el profesor Barbero, los principales objetos de estudio del pluralismo jurídico clásico: por un lado, el análisis de los elementos característicos de los derechos nativos, también denominados “primitivos”, siguiendo las influencias de la antropología clásica de Malinowsky y otros, y que tuvieron encaje en autores ya comentados como Pospisil (1971), quien pretendía establecer una teoría del derecho de aplicación transcultural. Por el otro, los estudios en los que el objeto de análisis no son los tipos de derecho en sí, sino las relaciones dialécticas, conflictuales o no, entre los derechos colonizadores y los derechos nativos. Evidentemente, en la mayoría de los casos, el derecho nativo no permanecía

⁸⁵Merry, S. (1988): “Legal pluralism”, En *Law & Society Review*, volume 22, Number 5, Citado por: Barbero, I., (2012). “Pluralismo jurídico, derecho alternativo y la irrupción de nuevos sujetos jurídicos”. *Corpus Iuris Regionis*, 97, pp.102.

⁸⁶ Barbero, I., (2012), ob. cit., p.103.

⁸⁷Griffiths, J. (1984). ¿What is legal pluralism?”, ob. cit., p. 62.

⁸⁸ Barbero, I., (2012), ob. cit., p. 104

⁸⁹ Yrigoyen R. (1999), “Pautas de coordinación del derecho indígena ...”, ob. cit., p.8.

hermético a las regulaciones coloniales, por el contrario, de una u otra manera terminaba incorporando diversas figuras provenientes del derecho europeo.⁹⁰

2.2. Clasificación según Hoekema: Pluralismo jurídico social y formal

Anteriormente nos hemos referido a André J. Hoekema y lo volvemos a traer a colación ya que ha sido clave en el análisis del PJ, al distinguir lo que él denomina el PJ social del PJ formal⁹¹, dependiendo de su relación con el Estado y de su reconocimiento. Para este autor, cuando existe un reconocimiento por parte del Estado nos encontramos en lo que él denomina: PJ formal, y éste puede adquirir diversas “tonalidades”. Es por ello por lo que él distingue el PJ unitario del PJ igualitario. La coexistencia de dos o más sistemas de derecho en el sentido que el autor denomina “social”, se entiende que no ha sido reconocida por parte del derecho oficial, salvo en los casos en que los jueces, toman en cuenta en sus decisiones, los sentimientos, las opiniones y las obligaciones sociales derivadas de las normas conocidas como *folk law*; sin que ello constituya una ordenación establecida y regulada de manera formal por el derecho estatal. De hecho, en muchos países, esta práctica de los operadores jurídicos es bastante cotidiana⁹².

Cuando hay reconocimiento de parte del Estado, según Hoekema, podemos hablar de pluralismo jurídico formal unitario, que contempla la coexistencia de dos o más sistemas de derecho. Sin embargo, este reconocimiento se da de manera parcial, pues el derecho oficial se ha reservado la facultad de determinar unilateralmente la legitimidad y el ámbito de aplicación de los demás sistemas de derecho reconocidos. En este sentido se explica el carácter complementario y adicional

⁹⁰ Barbero, I., (2012), ob. cit., p. 105.

⁹¹ El autor expone cómo, al hablar de PJ, es evidente encontrarnos en un primer momento con la coexistencia de dos o más sistemas de derecho en su sentido social, en cuanto ha sido reconocida en el derecho estatal, incluso en la misma Constitución. Pero, hace alusión igualmente, al hecho de que el derecho oficial se ha reservado la facultad de determinar unilateralmente la legitimidad y el ámbito de aplicación de los demás sistemas de derecho reconocidos. Se entiende entonces que el Estado ofrece unas competencias de control y fiscalización, quizás como el mismo autor las llama: competencias de participación en la toma de decisiones, a los órganos y grupos civiles sin un cambio desde la filosofía del Estado jerárquico, ni de la filosofía de la nación, la cual se presenta más o menos homogénea. Cfr. Hoekema, A., (2002), “Hacia un pluralismo jurídico formal de tipo igualitario”, *El otro derecho*, número 26-27, abril de 2002, ILSA, Bogotá D.C., Colombia, p. 72.

⁹² Quizás, como dice el mismo Hoekema, la Corte de Colombia es el único lugar jurídico en el mundo donde se delibera y decide tan intensa y frecuentemente sobre casos de conflictos multiculturales muy concretos, lo que representa de forma bastante ilustrativa la reciprocidad de lo social con lo jurídico. “La jurisprudencia colombiana, sin duda, explora los límites teóricos y las prácticas de lo que es un orden legal con pluralismo jurídico formal”. Hoekema A., en la presentación de: Sánchez Botero E., Reflexiones en torno de la jurisdicción especial indígena en Colombia, en: *Revista IIDH*, Vol. 41, p. 226.

de lo que el Estado ha venido reconociendo como “Derecho consuetudinario”. Dicho reconocimiento incluye, asimismo, el reconocimiento por parte de las autoridades externas, de indiscutibles normas y costumbres indígenas, sea de forma original o habitual. Este tipo de pluralismo jurídico que él mismo llama “aceptado a medias por el Estado”, estaría enmarcado dentro de un proceso de descentralización administrativa, y que consiste básicamente en el traslado de las jurisdicciones a los distritos y a las entidades estatales para que legislen, siempre en el marco del derecho nacional. Esta situación -sigue exponiendo el autor- depende de la condescendencia de determinadas leyes o actitudes especiales, en el sentido de que permiten tomar en consideración una parte de la cultura local en algunos espacios. Este es el pluralismo jurídico denominado débil que, para Hoekema, entra dentro del PJ unitario.

Según Hoekema este tipo de pluralismo unitario ha sido aplicado secularmente a comunidades indígenas en América Latina, lo cual no implica un verdadero reconocimiento de sus derechos originales, sino que los mantiene subordinados a la voluntad unitaria y centralista del monopolio jurídico del Estado. En esta tipología, además del derecho consuetudinario reconocido por el Estado a través de sus textos constitucionales, se comprende la admisión y regulación de algunos tratados internacionales tales como el Convenio núm. 169 de la OIT que, sin significar el reconocimiento la autonomía absoluta del Derecho indígena, lo reconoce y se muestra de acuerdo con él.

En el PJ unitario, si bien se entiende que constituye el resultado de las luchas y reivindicaciones sociales por el respeto a la diferencia, las políticas de reconocimiento de este derecho indígena - culturas propias y leyes propias - no van más allá de una simple atención selectiva. Suelen ser solamente un tipo de políticas de compensación de las desventajas sufridas por quienes son miembros de un grupo marginado, minoritario. La multiculturalidad aparece contemplada generalmente en unas leyes o disposiciones, pero negando al mismo tiempo la existencia y validez legal de todo un sistema de Derecho indígena. Consecuentemente, no se puede hablar de PJ en el sentido más profundo.

Ello le lleva al propio autor, Hoekema, a exponer la idea que él tiene de lo que denomina: pluralismo jurídico formal igualitario. Dice al respecto:

El Derecho oficial no se reserva la facultad de determinar unilateralmente la legitimidad y el ámbito de los demás sistemas de derecho reconocidos. El derecho oficial en esta perspectiva del pluralismo

jurídico reconoce además la validez de normas de los diversos sistemas de derecho, su fuente en una comunidad especial que, como tal, conforma una parte diferenciada pero constitutiva de la sociedad entera y, por tanto, tiene capacidad para que su derecho sea reconocido como parte integral del orden legal nacional. Entonces, reina una simultaneidad igualitaria de todos los sistemas de Derecho.⁹³

En este sentido, el derecho indígena debe reemplazar al derecho nacional en las esferas sociales donde su aplicabilidad sea necesaria y predominante. De allí, que el carácter pluricultural debe manifestarse en todas las leyes y procedimientos.

Tratando de mostrar las reticencias a la implementación de este PJ igualitario, otro autor: Stavenhagen, afirma cómo entre las elites y los abogados se observa cómo esta concepción igualitaria representa para algunos un retroceso en la evolución política de la nación⁹⁴. No obstante, este autor manifiesta que salvo en el caso de las elites de algunos Estados que todavía se confiesan defensores de un neoliberalismo radical, la idea de la evolución de una sociedad uniforme, parece que va perdiendo adeptos. No lo sabemos, quizás el propio autor manifiesta un optimismo que va más allá de las evidencias disponibles, el tiempo pondrá en su sitio este tipo de argumentarios.⁹⁵. En cualquier caso, de la propuesta del autor parece colegirse que los dos tipos de pluralismo jurídico formal pueden integrarse.

2.3. Pluralismo jurídico colonial subordinado e igualitario

No cabe duda de que en la medida que el PJ ha ido haciéndose sitio en las legislaciones locales, en este proceso de desplazamiento (simbólicamente hablando) ha tenido que combinarse con distintas circunstancias, todas ellas provenientes en el caso latinoamericano de situaciones coloniales heredadas. Es por ello por lo que su presencia y virtualidad en los diferentes países no es uniforme, y mantiene, por así decirlo, un estatus de geometría variable con las legislaciones ordinarias. Ya se han mencionado diversas clasificaciones de diferentes autores, pero, por su interés y actualidad traemos a colación las distinciones realizadas por Raquel Yrigoyen sobre este problema.

⁹³ Esta es una idea de Eteban K., citado en Hoekema, A., (2002), "Hacia un pluralismo jurídico ...", ob. cit., pp. 73 y sigs.

⁹⁴ Stavenhagen, R., y Iturralde D. (1990). "Entre la ley y la costumbre. El derecho consuetudinario indígena en América Latina", *Boletín mexicano de derecho comparado*. México, p. 44.

⁹⁵ Stavenhagen (1991). ob. cit.

Esta autora, cuando distingue y clasifica la situación en la que se encuentra el PJ latinoamericano, distingue algunas situaciones perfectamente diferenciadas: “Pluralismo jurídico colonial subordinado e igualitario”:

2.3.1. Pluralismo jurídico colonial subordinado

Con la expansión de Europa en América Latina, España entre otros países, que poseía la fuerza física, no vio la relevancia del respeto a la pluralidad con la que se encontró, expone Yrigoyen. No tomó en consideración visiones distintas a la suya: *El Otro, o bien era un incivilizado, o un salvaje*. Lo jurídico sustanciaba la forma que había para justificar la fuerza *civilizadora*, según la autora; consecuentemente, el derecho colonial actuó como vehículo fundador de esta imposición. En este juego de visiones encontradas de un mismo acontecimiento como fue la llegada de los españoles a América, el derecho sirvió de legitimación de la conquista de unos seres a todas luces “inferiores” desde el punto de vista del colonizador. Consecuentemente, según la autora, los conquistadores suplantaron las estructuras de propiedad de las tierras que encontraron por aquellas otras inspiradas en el derecho colonial que les dio carta blanca para imponer un modelo sobre otro. El *derecho de conquista* adquiriría legitimidad a través del derecho colonial. En esa perspectiva, explica la autora, la Corona vio poco provechoso el hecho de que los indios mantuvieran la condición de esclavos, pues, en virtud de ello no podían pagar tributo. Fue así como la Corona los declaró vasallos libres, estableciendo que las tierras de los pueblos indios estuvieran reservadas para ellos.

Según Yrigoyen, esta situación dio lugar a la aparición de lo que ella denomina: un pluralismo jurídico subordinado o colonial, cuyas características más notables fueron las siguientes:

- i. La Corona reconocía a las autoridades indígenas con la atribución de funciones y títulos correspondientes. Así, según la autora, los/as curacas o caciques indígenas, para que pudieran regir dentro de los pueblos de indios debían tener títulos reconocidos por la Corona. De ahí que la práctica totalidad de los autores recalquen la idea del carácter externo de dicha fuente de legitimación jurídica, así como las instituciones que de ella se derivaron, entre las que se explican la organización de la mita, el hecho de cobrar el tributo y la forma de garantizar la evangelización.
- ii. Las normas propias de los pueblos originarios quedan limitadas y restringidas por la autoridad de la Corona. La Ley de Carlos V (1555) reconoció y estableció que se guardaran y ejecutaran las leyes que, antiguamente, tenían los indios para su buen gobierno y también

sus acciones de policía⁹⁶. Es importante resaltar con la autora, que este reconocimiento supondrá un retroceso frente a los logros que se habían obtenido después del proceso de cristianización de los indígenas: después de ser colonizados, a los indios, como pobladores de esas tierras, ya no se les reconocerán sus propias leyes, por el contrario, sus ordenamientos jurídicos pasarán a ser tomados en cuenta según lo que Yrigoyen llama: *categoría subsidiaria de usos y costumbres*, y que no se tomaban ya en cuenta al momento de dirimir o regular relaciones y conflictos ni religiosos, ni sociales.

- iii. La jurisdicción civil y penal de los curacas fue reconocida por las Leyes de Indias, pero con determinadas limitaciones. No eran registradas para las causas que asumían penas consideradas como graves, por cuanto estas quedaban reservadas para las audiencias reguladas por la jurisdicción de la Corona. De la misma forma, en la competencia personal, la jurisdicción indígena sólo regulaba las conductas de los indios y no era aplicable a los españoles, así éstos cometieran delitos en los territorios habitados por indígenas. En cuanto a la competencia material, según la autora, la jurisdicción indígena podía resolver causas civiles y criminales, pero sólo de baja monta o casos que ameritaban penas leves. La potestad de aplicar penas graves quedaba reservada igualmente al poder colonial, el cual, además, se encargaba de castigar de manera severa la desobediencia de estas reglas. En síntesis, los pueblos originarios perdieron su autarquía desde el mismo momento en que se instituyó la colonia, y todas las regulaciones de carácter jurídico entre los indígenas y los españoles, fueron sometidas a relaciones de subordinación que implicó una dependencia de carácter político, una explotación económica y una sumisión que la historia no ha terminado de superar.⁹⁷

A lo largo de la historia, sin embargo, la autora reconoce tres momentos distintos y diferenciables de invasión, distinguiendo en cada una de ellas, un tipo diferente de pluralismo jurídico, aunque en todos ellos, la constante haya sido la rebelión de parte de los pueblos indígenas frente al expolio de sus recursos y la opresión. Desarrolla Yrigoyen una suerte de distintas estrategias de caracterización de la invasión a los pueblos originarios de América Latina.

⁹⁶ Yrigoyen, R., (1999), “Pautas de coordinación del ...”, ob. cit., p. 12.

⁹⁷ Como se ha reseñado, este es el fundamento del PJ asimétrico, el que se funda en la posición desigual de los diversos sistemas jurídicos que coexisten, y en ese sentido entran dentro de su definición el PJ subordinado y el llamado también diferenciado, en contraposición a lo que Yrigoyen propone como ideal: pluralismo jurídico igualitario.

Se distingue, para cada momento, la forma de la recuperación de su libertad, su autonomía y la forma de dominio de sus territorios. Es así como frente a la primera invasión de sus territorios en el Siglo XVI se desarrolló un pluralismo jurídico subordinado. En una segunda invasión - en el Siglo XIX -, cuando se fundaron las repúblicas latinoamericanas, y la tercera invasión, a partir de los ochenta del Siglo XX, con las políticas del Consenso de Washington que desmontaron las reformas sociales y agrarias del Siglo XX y aparece lo que Yrigoyen llama Constitucionalismo pluralista.

2.3.2. Pluralismo jurídico igualitario

El pluralismo jurídico igualitario parte del hecho del reconocimiento de la pluralidad cultural de la sociedad, y trata de emprender procesos de reconocimiento asimétrico de las identidades nacionales y étnicas a diferente nivel territorial: comunitario, local, regional y estatal. El enfoque igualitario supone una propuesta para garantizar, mediante una concepción pactista del poder, la convivencia entre diferentes mediante la articulación de una unidad política común sustentada sobre la diversidad. En este sentido, Aparicio insiste en la necesidad de potenciar la idea de distintos ámbitos autonómicos dotados de distintos grados de autogobierno político, dependiendo de la densidad política y extensión de las identidades culturales demandantes.⁹⁸

Son diversas las consecuencias que según algunos autores conlleva la idea de una regulación igualitaria para la propuesta del pluralismo jurídico. Yrigoyen, por ejemplo, supone algunas a saber:

Hablar de PJ igualitario supone en principio que estamos hablando de una igual dignidad entre los diversos pueblos y culturas. Es decir, se presume que no hay pueblos superiores ni inferiores y, por lo tanto, la relación de subordinación es inexistente. Al no haber pueblos o culturas superiores, el Estado se entiende que está obligado al respeto y a la garantía de dicha igual dignidad. El reconocimiento de los sistemas jurídicos indígenas no se ve, según este supuesto, limitado por la imposición de un Estado único y una única cultura o pueblo, de tal forma que ninguna cultura, explica Yrigoyen, tiene poderío para imponer restricciones a otra cultura.

⁹⁸ Aparicio W., M. (2011) “Los derechos constitucionales de los pueblos indígenas. Contexto latinoamericano actual Los límites del constitucionalismo multicultural liberal”. En: Bello, Luis (editor) (2011). *El Estado ante la Sociedad Multiétnica y Pluricultural Políticas Públicas y Derechos de los Pueblos Indígenas en Venezuela (1999-2010)*, Editorial: IWGIA, Venezuela, p. 13.

El Pluralismo jurídico igualitario, por otra parte, conlleva procesos de descolonización de las relaciones de superioridad/inferioridad entre pueblos y culturas, y entre el Estado y los pueblos originarios, expone Yrigoyen. La idea de que el Estado -en manos de ciertos grupos- tiene la potestad de decidir, invadir y aprovecharse de los territorios y recursos de los pueblos originarios; de imponerles idiomas, culturas, normas, modelos de vida y desarrollo, se ve acabado y delimitado por regulaciones de algunos instrumentos internacionales y normas constitucionales.⁹⁹

El PJ igualitario supone que los pueblos tienen control sobre sus formas de vida e instituciones; presume que cada pueblo establece y regula sus instituciones y, en general, sus sistemas de autoridad, sin ningún tipo de injerencia externa, son los que establecen sus normas propias y se desarrollan ejerciendo de forma autónoma sus propias funciones jurisdiccionales.

En cuanto a las competencias de la jurisdicción indígena, Yrigoyen establece que las mismas están en función de su propio derecho y necesidades sociales y culturales. La jurisdicción indígena tiene competencia personal para todos aquellos que ingresan dentro de su ámbito territorial. No hay por lo tanto límites en la competencia material, ni en cuanto a las materias, ni en relación con la cuantía o gravedad de los hechos, pues cada pueblo se rige por su propio derecho.

La fundamentación del pluralismo jurídico igualitario está determinada por lo que Yrigoyen llama pacto entre pueblos y en el diálogo intercultural, de tal suerte que estos sirvan de presupuestos para definir los derechos humanos concebidos indiscutiblemente como tal, pero, también los otros derechos, como los de la Madre Tierra, por ejemplo, que deben ser entendidos y respetados por todos los pueblos y por el mismo Estado. En tal sentido, se establece la necesidad de determinar los procedimientos de resolución de posibles violaciones de los derechos humanos imputados a la jurisdicción indígena. La extensión de la aplicabilidad de los derechos colectivos e individuales, estableciendo mecanismos de coordinación permanentes, es pues, una tarea fundamental al momento de definir este tipo de PJ.¹⁰⁰

⁹⁹ Yrigoyen cuando explica esta clasificación del PJ, se refiere a lo establecido en el Convenio 169 de la OIT sobre pueblos indígenas y tribales en países independientes, en el cual se establece que el Estado debe respetar las prioridades de desarrollo definidas por los pueblos (art. 7). Igualmente, tal como se ampliará en los capítulos 2 y 5, más adelante, hay que mencionar la Declaración de Naciones Unidas sobre los Derechos de los Pueblos Indígenas, a través del cual claramente se busca terminar con las «injusticias históricas» y reconocer la libre determinación, autonomía y autogobierno de los pueblos (artículos 3 y 4), así como su derecho a participar, si así lo desean, en la vida nacional (art. 5).

¹⁰⁰ Yrigoyen, R., “Pautas de coordinación del derecho indígena con el derecho estatal”, op. cit., pp. 13 y sig.

Para Griffins, por su parte, existen dos tipos de pluralismo jurídico: el fuerte y el débil. El primero es aquel que refleja el verdadero estado de los hechos de una sociedad, es decir un estado empírico del derecho en una sociedad. El segundo se refiere a un estado en el cual el soberano otorga validez a diferentes sistemas jurídicos permitiendo una coexistencia de estos. La noción de pluralismo jurídico débil conlleva necesariamente la idea de un centralismo jurídico débil.¹⁰¹

La idea de pluralismo jurídico débil suele estar asociada a sociedades colonizadas, en el mismo sentido en que lo explicaba Yrigoyen y antes de Sousa Santos, en las cuales el orden legal central reconoce la existencia de costumbres jurídicas anteriores. Este tipo de procesos conlleva la idea de reconocimiento de las normas preexistentes las cuales deberán adaptarse a las categorías del régimen legal central. Así pues, el pluralismo jurídico no es simplemente la oposición a un régimen jurídico monista.

Para Ariza y Bonilla las contribuciones fundamentales de las teorías del pluralismo jurídico clásico, en resumen, pueden verse en dos momentos: el análisis de las relaciones dialécticas de influencia y/o resistencia entre sistemas normativos radicalmente diferentes; y otro en el que la reinterpretación del concepto de Derecho consuetudinario aparece como mecanismo de relegación o subordinación para el sometimiento del Derecho nativo originario al nuevo Derecho colonizador.

Sin embargo, la percepción de que la presencia de diversos órdenes normativos coexistía simultáneamente, no parecía ser algo exclusivo de las exóticas sociedades coloniales y postcoloniales, tal y como se han visto hasta aquí. Las sociedades modernas y urbanizadas también parecen ser el escenario de la interrelación jurídica¹⁰², con ello se abre el planteamiento de los nuevos pluralismos jurídicos que, como se verá, abre una nueva etapa de análisis.

2.4. Los nuevos pluralismos jurídicos

Se habla de nuevos pluralismos jurídicos y se intenta comprimir en esta categoría, más que las relaciones de pluralidad de diversos sistemas jurídicos, la presencia de órdenes normativos, pero dentro de los confines de un mismo Estado. El pluralismo jurídico en este sentido se fundamenta en distintas fuentes de producción jurídicas diferentes al derecho estatal, pero adentro de él mismo.

¹⁰¹ Ianello, P., (2015), op. cit., p. 774.

¹⁰² Barbero, I., (2012), op. cit., p. 106.

La evolución de esa intersección se ha visto acelerada en los últimos años de manera que ya no son dos órdenes normativos los que se influyen en un mismo territorio, ni siquiera diversos órdenes que colisionan en un plano, sino que los mismos planos donde la intersección sucede se multiplican, trascendiendo las barreras tradicionales del Derecho, dando incluso lugar a órdenes jurídico-normativos deslocalizados, des-territorializados o transnacionalizados¹⁰³.

Desde esta perspectiva, el pluralismo jurídico se encuentra prácticamente en todas las sociedades y se basa en otras formas o centro de producción de derecho que no es el Estado legislador, merece una interpretación diferente de la realidad y con ello propone un diferente concepto de normas jurídicas y de sistema jurídico, también. El nuevo pluralismo jurídico impresiona las definiciones jurídicas clásicas y las diferencias entre los distintos órdenes normativos como las reglas sociales, la moral y la religión, por lo que hay que reconstruir los paradigmas hermenéuticos de la realidad jurídica actual.

En el mundo contemporáneo la complejidad de comprensiones de las formas jurídicas es más que reiterativa. La vida de los oprimidos de la que habla de Sousa Santos, los derechos de estos oprimidos como formas jurídicas, al decir de Parsagada, entre otros, constituyen mecanismos jurídicos de comunidades urbanas marginales a los que no tiene acceso el Estado oficial¹⁰⁴. Las normas de las transnacionales que se cumplen coercitivamente en distintos espacios del planeta, paralelamente a los sistemas jurídicos internos en el que operan; el vasto mundo del internet en donde las comunidades digitales tienen normatividad propia paralelas al derecho internacional, etc., son convenciones donde el pluralismo jurídico se refinancia como doctrina y adquiere una nueva dimensión hermenéutica. La complejidad social hace que constantemente las relaciones sociales y jurídicas se estén renegociando y ello sin duda, se debe a la proliferación de fuentes de influjos jurídicos, que como explica Barbero, lejos de estabilizarse, en la última parte de siglo XX y comienzos del XXI, parecieran acelerarse cada vez más.¹⁰⁵

Son supuestos de este PJ, más allá de las comunidades indígenas que persistieron al tiempo, las comunidades marginales de los grandes centros urbanos y los llamados campos sociales

¹⁰³ *Ibid.*, pp. 103 y sigs.

¹⁰⁴ Con relación a esta distinción han de mirarse las obras citadas de Santos (1977) y la de Merry (1979). Cfr. Facchi, A.(1994).“Pluralismo giuridico e società multietnica: Proposte per una definizione”. En *Revista sociología del Diritto*. n. 21, fascículo 1, p. 52.

¹⁰⁵ Barbero, I. (2012), ob. cit., p.106.

semiautónomos. Como explican Libardo Ariza y Daniel Bonilla, el nuevo pluralismo jurídico, en este sentido, no sólo supone una modificación del espacio en el que se puede presentar los distintos derechos, en otras palabras, no solamente se modifica la respuesta a la pregunta de dónde surge el pluralismo, sino que remodela el paradigma que examina esa situación con una indagación hermenéutica más amplia: ¿Qué es lo que estamos observando? Esta es una pregunta totalmente diferente al pluralismo jurídico clásico, pues no percibe los distintos órdenes normativos como entidades separadas que pueden llegar a tocarse en algunos puntos de influencia buscando mantener su identidad propia. Por el contrario, sostiene que existen relaciones de interrelación entre los distintos sistemas jurídicos que se encuentran en un espacio determinado.

La nueva concepción acerca del pluralismo jurídico, según Iker Barbero, va más allá de la mera observación de cada sistema como hecho aislado, como si de un compartimento estanco se tratara. Ahora, la idea es que los distintos sistemas reciben influencias o injerencias externas modificando en múltiples sentidos su composición. Incluso, explica, se cambia el punto desde el que mirar el fenómeno.¹⁰⁶

De Sousa Santos identifica unos espacios claramente distinguibles de producción jurídica: el espacio doméstico (cuya principal forma institucional es el matrimonio); el espacio laboral (cuya principal forma institucional es la fábrica); el espacio ciudadano (institucionalizado por el Estado) y, finalmente; el espacio mundial (caracterizado por las agencias mundiales y las empresas transnacionales). Todos estos espacios y sus sujetos, totalmente redimensionados por la tecnología, la evolución humana, los nuevos derechos sociales, las nuevas formas de producción, internet, los procesos migratorios, que hacen imposible que todas las relaciones humanas, sociales, culturales, ecológicas, puedan normarse desde el Estado y mirarse desde el centralismo jurídico¹⁰⁷. No hay abasto para que los Estados regulen o mediaticen la totalidad de las relaciones sociales con relevancia jurídica. Todas estas constelaciones, según Barbero, son significativas debido a la porosidad jurídica con que operan en conjunción con otros espacios estructurales mencionados, generando así unas dinámicas jurídicas reticulares que trascienden los límites marcados por cada

¹⁰⁶ *Ibid.*, p. 105.

¹⁰⁷ De Sousa Santos, B. (1991). “Una cartografía simbólica de las representaciones sociales Prolegómenos a una concepción posmoderna del derecho, en: *Revista Nueva sociedad*, n. 116, noviembre-diciembre 1991, pp.18-38

espacio,¹⁰⁸ esto es, según de Sousa Santos, la interlegalidad y es lo que permite el denominado pluralismo jurídico.

Como se vio en los apartados anteriores, en esta categorización del PJ se puede incluir lo que, según Casanovas se denomina el contexto de las relaciones estado / empresa / administración / ciudadano de las sociedades industriales complejas. Igualmente, el contexto de las organizaciones y empresas transnacionales en la economía global (el denominado pluralismo jurídico global teorizado por Francis Snyder como una red de *sites* jurídicos transnacionales) y también el contexto tecnológico de las relaciones humanas en la comunicación virtual (*e-commerce*; *e-confidence*; derechos de patentes y de propiedad intelectual).¹⁰⁹

Bobbio cuando, definiendo el PJ, alude la fase institucional del mismo, explica y fundamenta el hecho fundamental para él, que da pie a distinguir un pluralismo legal: existe un sistema jurídico donde quiera que haya una institución, un grupo social organizado. Es así como el autor especula que hay ordenamientos no estatales, entre los que se encuentran los ordenamientos supraestatales (como el ordenamiento internacional); los ordenamientos infraestatales (como los propiamente sociales que el Estado reconoce, limitándolos o absolviéndolos y los ordenamientos colaterales al Estado, como el de la iglesia católica, por ejemplo) e incluso los ordenamientos antiestatales (como las asociaciones constituidas para delinquir, las sectas secretas y algunas otras de este tipo). Para todos los casos, según Bobbio, el elemento definitorio del PJ es la existencia de diversos sistemas jurídicos, determinados éstos, por una variedad de instituciones.¹¹⁰

Finalmente, hablamos del “derecho hallado en la calle” como otro más de los nuevos pluralismos a tomar en cuenta. El “derecho hallado en la calle” fue una expresión creada por Roberto Lira Filho como designación de una reflexión sobre la actuación jurídica de nuevos sujetos colectivos del derecho y sobre las experiencias desarrolladas en la creación del derecho y el concepto de ciudadanía en Brasil, con base en el análisis de las experiencias populares de creación del derecho. Dentro de este concepto cabe la práctica social que manifiestan derechos como los conocidos: *contra legem*.

¹⁰⁸ Barbero, I. (2012), op. cit., p. 106.

¹⁰⁹ Así lo refiere Casanovas y en ese sentido se ha citado en el apartado relativo al contexto y etapas del pluralismo jurídico. En: Casanova, P. (2002). “Dimensiones del Pluralismo Jurídico”, Simposio 1: El recurso de la reciprocidad, Actas del IX Congreso de Antropología de la Federación de Asociaciones de Antropología del Estado Español, Universitat de Barcelona, pp. 4-7.

¹¹⁰ Bobbio, N. (1987). *Teoría general del derecho*, Temis, Bogotá, p. 11.

*Se o Direito não nascer na rua, se a legalidade não nascer da formalidade e na periferia, e não se sustentar com base em razões que sejam capazes de mobilizar os debates públicos pela atuação da sociedade civil e dos setores organizados da sociedade, assim, sem uma perspectiva generalizada, universalizada, instaurada pelas lutas por reconhecimento e inclusão, não ganhar os fóruns oficiais, não ganhar o centro do sistema político, e não se traduzir em decisões participadas, como falar-se em legitimidade democrática?*¹¹¹

Según el mismo Roberto Lyra Filho, hemos de recordar que:

La Ley no es, sino que se hace en un proceso histórico de liberación al tiempo que revela progresivamente los impedimentos de la libertad no perjudiciales para los demás. Nace en la calle, en el grito de los expoliados y oprimidos¹¹²

Ahora bien, el trabajo teórico y político de este *derecho anclado en la calle*, comprende y reflexiona acerca del desempeño legal de los nuevos movimientos sociales y, basado en el análisis de las experiencias populares de creación de leyes¹¹³, podría perfectamente afirmarse que este entra dentro de lo que se ha venido conociendo como nuevos pluralismos. De hecho, Sousa Jr. fundamenta esta proposición sobre la base los elementos que, dentro de este tipo de Derecho, él considera sus elementos:

- i. Determinar o espaço político no qual se desenvolvem as práticas sociais que anunciam direitos, a partir mesmo de sua constituição extralegal, como por exemplo, os direitos humanos;
- ii. Definir a natureza jurídica do sujeito coletivo capaz de elaborar um projeto político de transformação social e elaborar a sua representação teórica como sujeito coletivo de direito;
- iii. Enquadrar os dados derivados destas práticas sociais criadoras de direitos e estabelecer novas categorias jurídicas para estruturar as relações solidárias de uma sociedade alternativa em que sejam superadas as condições de espoliação e de opressão entre as pessoas e na qual o direito possa realizar-se como um projeto de

¹¹¹ Sousa Jr. JG et al (org.) (2008). “Introdução Crítica ao Direito à Saúde”, Série O, *Direito Achado na Rua*, vol. 4. Brasília: CEAD/UnB.

¹¹² Lyra Filho. R. (1982). *O que é direito*. São Paulo: Editora Brasiliense.

¹¹³ Sousa Jr. JG. (2019). “O Direito Achado na Rua: condições sociais e fundamentos teóricos”, en: *Direito Práx.*, Rio de Janeiro, V.10, N.4., pp. 2776-2817.

legítima organização social da liberdade.¹¹⁴

Entendiendo el derecho como una herramienta viva y en sí mismo como un proceso de continua reflexión y transformación,¹¹⁵ se concibe que, desde el derecho, estamos llamados a traer al escenario no tanto nuevos sujetos hasta ahora invisibles socialmente, sino permitir su puesta en escena en los términos en los que jurídicamente el derecho da para ello, aceptando al respecto, el abanico de resistencias teóricas y argumentos ideológicos que representan los nuevos pluralismos jurídicos dentro de los que ubicaremos, como un aporte a la superación de los límites del pluralismo jurídico constitucionalista, el llamado pluralismo jurídico agonista¹¹⁶.

3. Los elementos que conforman el pluralismo jurídico. Algunas nociones elementales

El pluralismo jurídico implica la coexistencia de distintos órdenes y sistemas jurídicos en un mismo tiempo y en un mismo espacio geográfico; las razones que lo justifican, según estamos revisando, son trascendentales. La determinación del PJ supone un mínimo acuerdo con relación a los elementos que lo conforman y en ese sentido se hace necesario revisar algunos supuestos que justifican su necesidad y vigencia. En relación con los elementos que conforman el PJ, los autores han destacado cuestiones de muy diversa naturaleza, el énfasis en ellos da cuenta del tenor que adopta el PJ según cuáles sean los aspectos considerados. En este sentido, por ejemplo, Sally Engel Merry distingue tres cuestiones que a su juicio son centrales al mismo y que son la mejor expresión del grado de vitalidad del PJ en los ordenamientos correspondientes:

La interacción de diferentes órdenes jurídicos con estructuras conceptuales sustancialmente diferentes; la atención dedicada a la elaboración de la costumbre histórica en una cultura jurídica determinada; la dialéctica que pueda existir entre los órdenes jurídicos coexistentes.¹¹⁷

Estos tres elementos, a decir de Ianello, no contradicen el denominador común que se puede encontrar en cualquier estudio sobre pluralismo jurídico que hace referencia a la intersección entre

¹¹⁴ *Ibid.*, p. 279.

¹¹⁵ Esta Idea está tomada de: Gladstone L., y De Sousa J. (2016). “La lucha por la constituyente y reforma del sistema político en Brasil: caminos hacia un constitucionalismo desde la calle”. En: *La Migraña, revista de análisis político*, N. 17, p. 138.

¹¹⁶ La idea del pluralismo jurídico agonista se desarrolla en el Cap. 6. 3, como superación a uno de los campos liminales del PJ para el caso venezolano.

¹¹⁷ Merry, S. (1988). *Legal Pluralism*, ob. cit., p. 873.

la tradición racionalista positivista y las formas de ordenamiento normativo generadas más allá de los límites del Estado que son necesario conciliar.¹¹⁸

Es cierto que el PJ puede mostrar conflictos existentes entre estructuras normativas, sin embargo, no es lo único que lo determina. Detectar el conflicto supone, además, saber administrarlo, de manera que pueda solucionar las causas que los generan de acuerdo con las convicciones sociales prevalecientes.¹¹⁹

Y, finalmente, en el momento de establecer los elementos del PJ no menos importante es fijarse en otro tipo de elementos como, por ejemplo, el análisis del rol que cumple la subjetividad en la teoría del pluralismo jurídico y cómo se puede identificar. Conviene decir al respecto que la subjetividad en el derecho ha derivado en lo que los pluralistas denominan policentrismo legal. Este concepto explora las condiciones de formación de lo jurídico a la luz de lo que el sujeto percibe como legal y que le permite decidir qué considerará derecho y qué no, dentro de un menú de opciones posibles.¹²⁰ En ese sentido, se plantea revisar tres elementos conceptuales que conforman el pluralismo jurídico, en tanto que categoría epistémica, al momento de abordar el Derecho: a) los sistemas jurídicos; b) los sujetos; y c) las pautas de ordenación o coordinación, tal y como haremos a continuación.

3.1. La definición del sistema jurídico como concepto transversal para hablar del pluralismo jurídico

Anteriormente se mencionó que la Teoría del Derecho, construida desde el modelo del monismo jurídico, tiene como pregunta fundamental: ¿cuál es el criterio que permite identificar una regla como norma jurídica? Se otorga un rasgo central a esta cuestión porque determinar una norma como jurídica es la cuestión central por dirimir para saber qué es derecho y qué no es. Cuando tenemos la pauta de pertenencia de la norma a un sistema jurídico, se puede afirmar que tenemos el criterio principal para determinar si una norma es una regla de Derecho o no.

Ahora bien, desde el PJ esta cuestión fundamental relativa al estatus de la norma se vuelve más compleja, debido a la existencia de diversos sistemas jurídicos válidos en el mismo territorio.

¹¹⁸ Ianello, P. (2015), ob. cit., p.5

¹¹⁹ *Ibid.*, p. 7

¹²⁰ Chiba, M. (1998). "Other Phases of Legal Pluralism in the contemporary World", *Ratio Juris*, vol. 5, núm. 3, pp. 228-245. Ianello, P. (2015), ob. cit. p. 6.

Además, en la medida en que se compatibiliza el derecho ordinario con el consuetudinario, donde las normas procedentes de las reglamentaciones ordinarias se mezclan con la religión y la costumbre, ello plantea mayores dificultades y exige una depuración de otra índole. No es extraño que la indagación sobre la naturaleza del sistema jurídico para el PJ tiene posteriores implicaciones. Entre ellas:

- i. La definición de norma jurídica se convierte en un concepto difícil de atajar; habría que desechar las diferencias de las normas jurídicas con las provenientes de la moral, de la religión y de los usos sociales, diferencias que la filosofía jurídica había definido de una forma más o menos acertada y convenida en doctrina.
- ii.
- iii. Desde el PJ se reconocen como sistemas jurídicos a todos los órdenes normativos coactivos que existen en una realidad social determinada, consecuentemente, ello parece validar la afirmación de que, si un grupo social emite y reconoce reglas de comportamiento obligatorias, estaríamos sin más frente a un sistema de Derecho que debiera ser reconocido. Ello lleva a equiparar cualquier manifestación normativa que regula la conducta humana al Derecho.
- iv. Si la caracterización de un sistema jurídico es la forma de preguntarse sobre el concepto de derecho, desde el PJ con esta interrogante pasamos de preguntarnos qué es una norma jurídica para preguntarnos qué es un sistema jurídico. Es un giro ontológico /jurídico que implica la determinación del PJ más allá del derecho.
- v. Por último, lo anterior nos lleva a una cuestión filosófica en relación con la naturaleza del Derecho desde los valores que debe proteger. Ya se ha dicho a este respecto, que desde el punto de vista filosófico hay que superar y avanzar la perspectiva del monismo jurídico, partiendo de la base de que el derecho no es simplemente una forma de control social, aún en el supuesto de que sea la más perfecta, es también una expresión de lo que un pueblo es y significa, porque el derecho lo causa o lo produce desde la misma formación cultural. Cada cultura tiene una forma de sistema jurídico distinto y la filosofía pluralista es la herramienta para entender esa evidente realidad. Negar la existencia del derecho y de sus diferentes formas de sistemas es negar dicha cultura.

En relación con este debate sobre el carácter de la norma abierto por el PJ, desde el punto de vista de la Teoría del Derecho, es común encontrar expresiones que mencionan al derecho de manera indistinta como “orden jurídico” y “sistema jurídico”, hasta tal punto que incluso, a veces, puede provocar confusiones¹²¹. De hecho, algunos autores no hablan de sistemas jurídicos, sino de subsistemas jurídicos, en tanto que éstos se hallan sumergidos en un gran sistema social donde, en su interior, coexisten una infinidad de subsistemas: jurídico, cultural, económico, político, etcétera¹²². En cambio, otros autores como Caracciolo¹²³, Moreso y Navarro¹²⁴ entiende que sí hay sistemas jurídicos, aunque sean una subclase de los sistemas normativos. Para Caracciolo, el hecho de que las proposiciones normativas tengan que relativizarse a conjuntos específicos de normas no necesariamente tiene que constituir un sistema¹²⁵, es por ello que establece una distinción entre sistema normativo y orden jurídico, sosteniendo que el sistema normativo es el conjunto de normas (Sn= [N1, N2, N3,...Nn]), mientras que el orden jurídico integra a los diferentes sistemas normativos (OJ= [Sn1, Sn2, Sn3, ... Snn]), y que el tema que se discute en la teoría del derecho es el criterio de pertenencia o de pertenencia¹²⁶ y que, como tal, debe ser pensado como sistema.¹²⁷

Sobre esta cuestión, Robert Alexy afirma que existen dos tipos de sistema jurídicos: uno de normas y otro de procedimientos. El primero es un sistema de derivaciones de procedimientos de creación de normas, sean cuales sean sus características. El segundo es un sistema de acciones basadas en reglas y guiadas por reglas, a través de las cuales las normas son promulgadas, fundamentadas, interpretadas, aplicadas e impuestas.¹²⁸ Considerar, por tanto, que el sistema jurídico es un sistema de normas, supone únicamente resaltar el costado externo, olvidándose del interno como un

¹²¹ Cfr. Kerchove Van de/Francois (1997).” El sistema jurídico entre orden y desorden”, Universidad Complutense de Madrid, España, p. 41; Pérez B., J. M. (2006). *Coherencia y sistema jurídico*, Marcial Pons, Madrid, España, pp. 19-117.

¹²² Cfr. Luhmann, N. (2002). “Introducción a la teoría de sistemas”, Lecciones publicadas por Javier Torres Nafarrate, Universidad Iberoamericana/colección teoría social, México; Pastor, S. (1989). “Sistema jurídico y economía. Una introducción al análisis económico del derecho”, Tecnos, Madrid, España; Torres N., Javier, “Lineamientos para la comprensión de un nuevo concepto de sistema (La perspectiva de Niklas Luhmann)” en *La epistemología genética y la ciencia contemporánea. Homenaje a Jean Piaget en su centenario*. http://www.manuelugarte.org/módulos/biblioteca/n/nafarrate/javier_lineamientos.htm

¹²³ Caracciolo, R. (1988). “El sistema jurídico. Problemas actuales”, Centro de Estudios Constitucionales, Madrid, España.

¹²⁴ Moreso, J. J. y Navarro, P. E. (1993). *Orden y sistema jurídicos. Una investigación sobre la identidad y la dinámica de los sistemas jurídicos*, Centro de Estudios Constitucionales, Madrid.

¹²⁵ Caracciolo, R., ob. cit., p. 14.

¹²⁶ *Ibid.*, p. 27.

¹²⁷ *Ibid.*, p. 19.

¹²⁸ Alexy, R. (2004). *El concepto y la validez del derecho*, Gedisa, 2ª ed., Barcelona, España, pp. 37 y 38.

sistema de procedimientos. En resumen, un sistema jurídico formula una pretensión de corrección.¹²⁹

Es necesario referirse también a lo que se ha venido conociendo como la teoría comunicacional del Derecho, a partir de la cual se entiende al derecho solamente en tanto que ordenamiento jurídico¹³⁰. La exclusividad del derecho en su carácter de gran texto escrito, como un conjunto de una multiplicidad de textos integrado por textos totales o parciales peca de cuando menos, de dos defectos: a) por un lado, de restringir el derecho y con ello el sistema jurídico, a lo expuesto en un texto; y, b) por el otro, a que todo ordenamiento jurídico tiene una función pragmática que es regulativa. Estas dos premisas nos llevarían obligatoriamente a comprender que las relaciones entre los ordenamientos han de ser intersistémicas, limitadas a las relaciones intertextuales.¹³¹

Esta propuesta de Robles Morchón es importante tomarla en cuenta, por cuanto señala la diferencia entre el ordenamiento y el sistema jurídicos; el primero representa el texto jurídico en bruto y el segundo es el texto jurídico elaborado. Es aquí donde debería hablarse del producto de la ciencia jurídica, que se renueva día a día con nuevas aportaciones y que configura el derecho vigente como resultado de la labor paciente de la ciencia del derecho, cuyo objeto es un ordenamiento jurídico determinado.¹³² En otras palabras, el derecho es una palabra abstracta que designa una pluralidad de fenómenos concretos que son los ordenamientos jurídicos, los cuales, a partir de determinado grado de civilización se configuran también como sistemas jurídicos y que, a la vez, constituyen un sistema de comunicación cuyo instrumento básico es el lenguaje, realizado por todas y cada una de las lenguas que existan.¹³³

En un intento por buscar otras perspectivas, frente a la pregunta: ¿Qué es un sistema jurídico?, es necesario revisar respuestas más amplificativas que desde la Sociología del derecho nos afirman:

Un sistema jurídico es un sistema de normas, valores e instituciones, que sirve a un grupo humano para regular la vida social, organizar el orden y resolver conflictos, y que tiene algún grado de

¹²⁹ De hecho, los sistemas normativos existentes formulan una pretensión de corrección que depende de su satisfacción; sólo si es cumplida será sistema jurídico, y si no, serán sistemas jurídicos deficientes..., además, si alguna norma es extremadamente injusta también deja de ser sistema jurídico. En Alexy, R. (2004), *El concepto y la validez del derecho*, Gedisa, 2ª ed., Barcelona, España, pp. 40 y 41.

¹³⁰ Entre los autores que explican este planteamiento, se ha de señalar a Gregorio, Robles Morchón (2007). *Pluralismo jurídico y relaciones Inter sistémicas. Ensayo de teoría comunicacional del derecho*, Thomson/Civitas, España, pp. 24 y sig.

¹³¹ *Ibid.*, p. 29.

¹³² *Ibid.*, p. 32.

¹³³ *Ibid.*, p. 50.

legitimidad y eficacia. También se le puede llamar «sistema normativo» o «derecho». Algunos teóricos consideran que sólo se puede hablar de «sistema jurídico» cuando nos referimos al derecho producido por el Estado, pues se trata de normas especializadas y diferentes de las normas morales o religiosas. Esta es una definición de derecho desde el monismo jurídico, que identifica derecho y Estado. Por el contrario, otros autores consideran que todas las sociedades humanas tienen sistemas de normas de acuerdo con sus necesidades sociales y marco cultural, de otra forma no podrían organizarse ni regularse. Esta perspectiva es más amplia y permite reconocer sistemas normativos, aún donde no hay Estado o varios sistemas dentro de un Estado. Esta es la perspectiva del pluralismo jurídico.¹³⁴

Para el monismo jurídico la noción de sistema jurídico es endógena, por lo que solo revisa a lo interno y lo compone exclusivamente de normas jurídicas, por el contrario, desde el pluralismo jurídico un sistema de derecho se entiende de manera exógena.

Así pues, aceptamos lo que señala Esther Sánchez Botero, respecto a lo difícil de intentar verificar si los pueblos indígenas tienen o no sistemas jurídicos a partir de nuestra propia idea de lo que es un sistema jurídico, por cuanto ello mismo atenta contra el propósito de reconocer y proteger la diferencia.¹³⁵

Sin embargo, como hemos referido antes, el concepto de Hart y las reglas secundarias, será trascendental. Así, según Hart, un sistema jurídico está formado por dos tipos de reglas: las primarias y las secundarias. Las primarias serían predicables respecto de todo tipo de sociedad, mientras que las secundarias representarían, en palabras de Hart, el paso del mundo prejurídico al mundo jurídico. Desde este punto de vista, las llamadas sociedades “primitivas” carecerían de estas últimas reglas y, por ende, sus normas de control social no conformarían un auténtico sistema jurídico. Esto que Cabedo Mallol refuta en palabras de Durand Alcántara, es debatible “al haber ‘dilucidado’ el autor - Hart- la normatividad indígena bajo patrones jurídicos occidentales”.¹³⁶

Las reglas secundarias expuestas por Hart incluyen las reglas de reconocimiento, de cambio y de adjudicación, como sabemos. “La ausencia de estos tres tipos de reglas conllevaría, respectivamente, una falta de certeza, un carácter estático y una insuficiente presión (en todo caso, difusa) en el cumplimiento de las reglas primarias. Serían, pues, estos tres elementos —desde esta

¹³⁴ Yrigoyen, R., ABC 5. ¿Qué es el pluralismo jurídico igualitario?, op. cit., p. 2

¹³⁵ Sánchez Botero, E. (1999). *La jurisdicción especial indígena*, Bogotá, Procuraduría General de la Nación, p.128.

¹³⁶ Cabedo Mallol, V. (2004). “De la intolerancia al reconocimiento del derecho indígena”. *Política y Cultura*. Núm. 21, p. 76.

perspectiva formalista— determinantes a la hora de calificar un sistema como jurídico. Aceptando estos postulados, cabría preguntarse si los pueblos indígenas (“las comunidades primitivas”) cuentan o no con un derecho pleno”.¹³⁷

Y frente a esa interrogante de Cabedo, que constituye el centro de este apartado, tenemos que referir, con él, que es la propia realidad la que nos despeja el interrogante, constatando que en la normatividad indígena no se da esa falta de certeza, de seguridad jurídica, ni el carácter estático, ni, por supuesto, esa falta de control “jurisdiccional”.¹³⁸ En este sentido lo revisaremos en la II parte de esta investigación, referido al caso de Venezuela, específicamente.

Visto que no podemos negar la naturaleza jurídica a los sistemas normativos indígenas con las tesis de Hart y sus reglas secundarias, para dejar en claro algunas ideas con relación a la definición de Sistema Jurídico, debemos afirmar, con el profesor Cabedo, que ciertamente, mientras más avanzamos en la comprensión de qué es un sistema jurídico, nos (re)situamos más en una dimensión política y menos científico-jurídica. Y si bien es éste un punto a analizar en el capítulo 5, cuando revisemos los límites del PJ, debemos concluir que no puede comprenderse, si no es por razones políticas, cómo se pretende verificar si los pueblos indígenas cuentan o no con sistemas jurídicos desde el punto de vista occidental.

Finalmente hay que señalar, por una parte, que “es necesario escapar al encasillamiento que supone definir la génesis de un sistema jurídico, basado en criterios formales, y reorientar el análisis en función a los criterios políticos y sociales que hacen coherente cualquier sistema normativo”¹³⁹. Aunado a ello, remarcar que según lo consagrado en el artículo 34 de la Declaración de las Naciones Unidas sobre los Derechos de los Pueblos Indígenas, el sistema jurídico de los pueblos indígenas es aquel sistema, administrado por las autoridades de los pueblos indígenas y conformado por normas y procedimientos, a través del cual los pueblos indígenas, regulan la vida de la comunidad y resuelven conflictos.

Artículo 34 Los pueblos indígenas tienen derecho a promover, desarrollar y mantener sus estructuras institucionales y sus propias costumbres, espiritualidad, tradiciones, procedimientos,

¹³⁷ *Ibid.*

¹³⁸ *Ibid.*

¹³⁹ Ballón Aguirre, F. (1990). “Sistema jurídico aguaruna y positivismo”. En: Rodolfo Stavenhagen y Diego Iturralde (comps.), *Entre la ley y la costumbre*, México, Instituto Indigenista Interamericano/ Instituto Interamericano de Derechos Humanos. Pp. 117-139. Citado por Cabedo Mallol, ob. Cit., p. 78.

prácticas y, cuando existan, costumbres o sistemas jurídicos, de conformidad con las normas internacionales de derechos humanos.¹⁴⁰

3.2. *Los sujetos del pluralismo jurídico*

3.2.1. Los sujetos plurales

Se afirma que los sujetos del PJ son cuerpos sociales y culturales, correspondientes a organizaciones que presentan diversas formas, modelos, estructuras, con distintas prácticas y costumbres institucionalizadas de carácter general. Cuando se refiere, desde la perspectiva del PJ, a prácticas institucionalizadas no se pretende asimilar, de ninguna manera, a los distintos sujetos del pluralismo jurídico en una organización como el Estado occidental, sino a prácticas diferentes, a comportamientos que no se ajustan a lo regulado por el Derecho, comúnmente, pero también poseen un entramado institucional.

No son frases equivalentes sujetos de derecho y sujetos de pluralismo jurídico. Se reseña a un ente como sujeto de pluralismo jurídico, cuando dicho cuerpo tiene la capacidad de crear y hacer cumplir un sistema de normas propias y en cuando se habla de sujetos de derechos se dice que los pueblos y comunidades indígenas son reconocidos por una Constitución y un sistema legal, como titulares de derechos originarios, colectivos y especiales conforme a las normas del Estado. Por el contrario, el concepto de sujetos del pluralismo jurídico implica la idea de autonomía de esos entes y el reconocimiento de parte de los otros. Esto es un debate jurídico que se viene extendiendo por América Latina, veamos.

Desde el último cuarto del siglo XX, el pluralismo jurídico en América Latina se ha venido abriendo paso constitucionalmente en materia de los derechos de las minorías excluidas, haciendo particular referencia a los derechos los pueblos indígenas, que es el caso que nos interesa en esta investigación. Aunque no podemos afirmar a *tout court* que esto represente aún un verdadero avance ontológico jurídico, que vaya más allá de la gramática y la retórica legal, podemos aseverar que, en el plano de la filosofía jurídica, la discusión ya está sobre la mesa. Pero más que una mera discusión metafísica trascendental, es una verdadera lucha existencial debido a que esta “minorías”

¹⁴⁰ Artículo 34 de la Declaración de las Naciones Unidas sobre los Derechos de los Pueblos Indígenas.

reclaman su sagrado derecho a la existencia física, mental y cultural diferenciada, y esta pasa no sólo por el reconocimiento positivo-formal sino también por las reivindicaciones sociales y estructurales por parte de aquellos grupos que mantienen una posición hegemónica dentro de la sociedad. Esto implica una verdadera noción de justicia toda vez que los grupos hegemónicos que en muchos casos invisibilizan la existencia de estos grupos minoritarios al negarle su sagrado derecho a ser reconocidos como sujetos jurídicos, al quererlos reducir a la “no existencia” jurídica ni social al relegarlos a un plano de subordinación o negación intrascendental discriminatoria y excluyente cultural y socialmente hablando como sucede con las comunidades indígenas actualmente.

Es un hecho relevante que desde las últimas cuatro décadas del siglo XX y lo que va del siglo XXI se haya discutido tan apasionadamente el tema de la “justicia” y su fundamentación jurídica. La filosofía del derecho y la filosofía política han coincidido en la necesidad de crear sociedades justas siguiendo el camino abierto por John Rawls en su obra “Teoría de la Justicia” que pregonaba la idea de que los hombres pueden elegir y construir el tipo de sociedad donde quiere desarrollar sus proyectos de vida. Sociedades donde los diversos componentes sociales, a pesar de sus diferencias, puedan vivir en armonía (consenso), donde reine la tolerancia a ser diferente y pesar diferente y se respeten los más elementales derechos de libertad fundamentales en condiciones de igualdad para todos.¹⁴¹ En este nuevo tipo de sociedad justa, los individuos o grupos minoritarios no pueden ser excluidos, ni invisibilizados socialmente, al ser asumidos como “objetos del derecho” que solo deben cumplir con las obligaciones asignadas por las estructuras de poder coactivo para mantener equilibrios sociales inestables y deben constituirse en “sujetos jurídicos” una vez que sus derechos a la diferencia sean reconocidos y respetados por los otros grupos sociales en condiciones de igualdad y libertad. Un grupo social deja de ser “objeto jurídico” y pasa a ser “sujeto jurídico” no sólo en el momento que toma conciencia de su pertenencia social particular y de los derechos que les son inherentes como grupo social o personas humanas respetable, sino también en el momento en que lucha por que esos derechos le garanticen su libertad en condiciones de igualdad y dignidad. En este escenario, los criterios de validez del orden jurídico positivo (derecho objetivo) han sido puestos en duda. Se argumenta que carece de legitimidad un orden normativo que no sea fruto del consenso de todos los sujetos que conforman la sociedad. La imposición del derecho por parte del

¹⁴¹ Rawls, J. (1989). *Teoría de la Justicia*. F.C.E. México.

Estado unitario y sin el debido consentimiento de todos sus miembros no sólo pone en duda la necesidad de respetar y obedecer dicho orden normativo (anomia) sino también hace que las instituciones jurídicas (tribunales, cortes, legislaturas, etc.) donde el derecho se despliega socialmente hacia los ciudadanos (factibilidad) pierdan eficiencia y efectividad, lo cual hace que el derecho sólo tengan que sostenerse, o bien, en criterios metafísicos, religiosos o ideológicos, o por la simple imposición coactiva del Estado. Pero un derecho impuesto arbitrariamente y carente de suficiente legitimidad sólo puede tratar a los ciudadanos como objetos de derecho y no como sujetos del derecho. Son los sujetos los que legitiman al Derecho (y no entidades metafísicas abstractas deificadas o la simple coacción por parte del Estado) para que garantice el orden social y armonice las diferentes concepciones de justicia (ideal axiológico) que se pueden encontrar en las sociedades complejas.

Esta discusión alimenta varias formas alternativas de legitimar el orden jurídico existente. El filósofo alemán Jürgen Habermas, coincidiendo con Klaus Güther y Lawrence Kohlberg, ha sugerido que una forma sería aplicando criterios pragmáticos de una “ética comunicativa-discursiva” donde los sujetos racionales en relaciones de comunicación sin interferencias se puedan poner de acuerdo consensualmente (intersujétivamente) para legitimar democráticamente el orden normativo y todo el sistema jurídico.¹⁴² Desde la perspectiva republicana, para Habermas la política supone más que la función mediadora acordada por el liberalismo: Es la formulación de un proyecto ético común sustantivo. Lo que justifica la existencia del Estado no es la mera protección de derechos privados, sino la garantía de la formación de una voluntad y comprensión común a todos los ciudadanos. A su vez, los derechos no son sino manifestaciones de la voluntad política dominante.

Pero esta propuesta habermasiana no es realmente coextensible a grupos minoritarios indígenas, ya que los relega a un segundo plano no normativo (universalizable) sino sólo agentes éticos poseedores valores relativos y sólo comprensibles y aplicables en sus espacios estructurales particulares y en conflictos entre ellos. Sólo pueden ser universalizables las normas no susceptibles a contradicción en su interpretación y aplicación por parte de un juez; mientras que los valores se contradicen entre ellos y son susceptibles a múltiples interpretaciones. Las comunidades indígenas

¹⁴² Habermas, J. (1988). *Facticidad y validez. Sobre el derecho y el Estado democrático en derecho en términos de teoría del discurso*. Trotta, Madrid.

se regirían por *valores* en conflictos y no por *normas* propiamente dichas según este paradigma habermasiano de sistema jurídico ético-discursivo.

Por otro lado, encontramos la propuesta del pluralismo jurídico. Este se constituye como la plataforma legal que lucha y hace realidad que un grupo minoritario excluido, invisibilizado y explotado socialmente se convierta en sujetos jurídicos con plenos derechos y reconocimiento. Esto es con capacidad para crear y darle legitimidad y validez empírica a un orden normativo plural. El pluralismo jurídico sostiene que el derecho debe legitimarse, no en una manipulable “idea del bien” fundada en una abstracta voluntad general impuesta por los grupos hegemónicos a toda la sociedad como unidad indivisible, sino en leyes que sean el fruto del consenso de todos los sujetos y grupos que componen la sociedad (prioridad del derecho sobre el bien). La idea del bien es un ideal valorativo que no tiene una definición exacta ni unívoca. El bien es relativo para cada grupo y cada uno quiere imponer su idea del bien (lo bueno) a los demás.¹⁴³ Mientras que las leyes o normas siempre tienen un significado de mayor exactitud, no susceptible a interpretaciones caprichosas de partes interesadas (manipulación). Pero estas normas deben tener un consenso plural para que sean legítimas y puedan cumplir su rol de lograr el orden social.

El pluralismo jurídico lucha por alcanzar una sociedad justa donde nadie, por muy hegemónico y poderoso que sea, imponga su particular “concepción del bien a los demás” y los trate sólo objetos jurídicos sin existencia propia, ni más derechos que aquellos que le imponga su “amo”, su “dueño” o su “patrón”; de la misma forma como un comerciante trata a su mercancía como “algo” que puede ser manipulado, vendido en el mercado o maltratado porque puede hacer con “su propiedad” lo que le venga en gana, sin ningún tipo de limitación ética o moral. Este elemento ético y moral está contenido dentro del pluralismo jurídico que está, a su vez, en contra de la sociedad de esclavos (como era el antiguo régimen monárquico) y en contra la sociedad de la mercantilización de la condición humana (como impone el monismo de la sociedad liberal del *homo economicus*). Cuando el pluralismo jurídico lucha por hacer realidad que grupos minoritarios se conviertan en sujetos jurídicos no sólo combate por plasmar sus derechos en un código escrito (Constitución) sino en hacerlos una realidad social legítima, es decir, concientizarlos ética y moralmente tanto a nivel de los grupos minoritarios excluidos como de los grupos hegemónicos dominantes, además

¹⁴³ Esta idea de bien se trabaja en la III parte de esta investigación, en lo relativo al campo de liminalidad filosófica del PJ.

de convertirlos en una realidad jurídica procedimental (factibilidad), es decir, activa en todos los planos de la institucionalidad del sistema jurídico de una nación.

Por ejemplo, y esto se desarrollará en la Parte II de esta investigación, los partidarios del pluralismo jurídico saben que se obtiene muy poco si los poderes constituyentes de Ecuador (1998), Bolivia (1996) o Venezuela (1999), al redactar sus textos constitucionales a finales del siglo XX plasmaron en ello novedosamente los derechos de los pueblos indígenas como nunca se había hecho en la historia de América Latina. Pero también es sabido que solamente se puede obtener resultados positivos y satisfactorios de estas legislaciones, en la medida en que estos derechos indígenas formen parte de la conciencia colectiva (valorativa) y de los procedimientos jurídicos institucionales (normativos) de los diferentes sistemas jurídicos que contienen cada una de esas sociedades. Un grupo minoritario, en nuestro caso de estudio, los diferentes pueblos indígenas, es sujeto jurídico, no cuando se hace la ley que lo protege o reivindica sus derechos ancestrales, sino cuando esos derechos existen y pueden hacerse efectivos, es decir, hacerlos valer jurídicamente ante cualquier autoridad nacional en condiciones de igualdad con otros derechos formales generales que también les son inherentes.

Los objetos no tienen conciencia, sólo son cosas que pueden ser susceptibles de manipulación, uso o compraventa. Los sujetos tienen conciencia, saben el límite y alcance de sus derechos y obligaciones, las cumplen y las respetan, pero también hacen que los “otros” las cumplan de la misma forma y las respeten igualmente. Son los sujetos plurales de una sociedad lo que hacen el derecho y lo legitiman, pero convertir esto en realidad no es tarea fácil que sólo se obtiene con publicar un derecho o un conjunto de normas o plasmarla en un texto constitucional, en realidad, tiene que generar un comportamiento y un tipo de orden social aceptado para que realmente realice su esencia donde se puedan armonizar los diferentes sistemas jurídicos que cohabitan en una sociedad.

Luis Villoro en su obra “Estado Plural, pluralidad de Culturas”, afirma que la nación no siempre estuvo dependiendo de los *Estados*. La *nación* no implica necesariamente soberanía política. Muchas naciones han coexistido históricamente bajo el mismo imperio o reino, sin más vínculo político entre ellas que el vasallaje a un soberano común¹⁴⁴. Para este autor, las naciones requieren

¹⁴⁴ Villoro, L. (1998). *Estado plural, pluralidad de culturas*. México, Paidós. (No. 305.8 320.158 V5V759e).

de cuatro condiciones a saber: a) una comunidad de cultura; b) una conciencia de pertenencia; c) un proyecto común; y, d) una relación con un territorio específico.

- i. Según Villoro, las naciones implican una comunidad de cultura porque desde tiempos muy antiguos se han mezclado, superpuesto e influido recíprocamente, lo que hace que las demarcaciones no sean definidas absolutamente y cambiantes. Pero, conviene decir que, desde el punto de vista territorial, nación y cultura, a veces no tienen los mismos límites. Varias naciones pueden compartir rasgos comunes de una misma, cultura, y viceversa, una cultura pueda estar compartida por varias naciones.
- ii. El segundo elemento propuesto por Villoro tiene que ver con la forma elemental de pertenencia a una nación: Las relaciones familiares, la vinculación sanguínea, el *ius sanguinis*, los derechos nacidos de la vinculación familiar. La familia natural sin duda te hace miembro de una nación, pero no es un criterio absoluto de pertenencia, porque es posible que uno sea incorporado a una nación cuando se incluye en ella y adquiere sus hábitos, lenguaje, modismos y, en general, su cosmovisión. Eres de una nación cuando naces en ella y desarrollas la personalidad en ella, pero también podrías ser parte de una nación cuando por *ius solis* te haces inherente a ella de espíritu y hábito.
- iii. Para comprender el tercer elemento propuesto por Villoro conviene tener presente que la cultura se presenta con una *continuidad en tiempo*. Es pasado, presente y proyecto. No nos identificamos como miembros de una nación si no sentimos que lo que somos y seremos, depende de la visión y el contexto nacional. El que pertenece a una nación ha aprendido del pasado de la nación y se hace partícipe de su futuro.
- iv. El cuarto elemento hace referencia a la territorialidad. Las naciones se proyectan en un territorio, aun cuando éste no se encuentre ocupado por la nación en un momento determinado, siempre que haya la aspiración de ocuparlo. Las fronteras físicas impuestas por los estados imponen y dividen el territorio de las naciones. Sin embargo, hay que entender que existen naciones nómadas, para las cuales el territorio no solo es un espacio de tierra determinado geográficamente sino es un hábitat territorial.¹⁴⁵

¹⁴⁵ Cfr. Villoro, L., *Estado plural, pluralidad de cultura*, op. cit., p.16.

3.2.2. El sujeto nación

Según se deriva de lo expuesto, el pluralismo jurídico es anterior a la conformación de los Estados Nación en América Latina, pues su composición social fundamentada en la diversidad incluía también la pluralidad jurídica. Sin embargo, las relaciones entre el concepto de Estado-nación y el PJ, paradójicamente, en la actualidad denota en condiciones de subordinación a los pueblos indígenas y a sus sistemas jurídicos, frente a las constituciones de los Estados-Nación latinoamericanos, que lo limitan y condicionan a la legalidad de la lógica occidental.¹⁴⁶

Si concebimos el Estado en los países de América Latina después del proceso independentista, vemos que fue allí donde se estableció un concepto de nación de carácter geográfico con un sólo ordenamiento jurídico republicano y soberano. Se aprecia perfectamente cómo la formación del Estado westfaliano que identificaba: una sola nación, un solo pueblo, y una sola forma de organizar las relaciones sociales, la que fue el sustento de la desaparición de una visión pluralista del derecho. En resumen, se ha arrumbado, dejando al margen, otras concepciones del Estado: Estado plurinacional, a fin de justificar la legitimidad del Estado colonial, en clara consonancia con los modelos provenientes de la metrópoli, donde el control y el vasallaje de las colonias constituían imperativos de primer orden; sobre todo en la medida que los estados actuales surgen por conquista en claro enfrentamiento con las poblaciones autóctonas.¹⁴⁷

El 11 de marzo de 1882 en una conferencia en París, Ernest Renan se propuso analizar una idea, en apariencia clara, que, sin embargo, se prestaba a los más peligrosos equívocos; esa idea, era la idea de la Nación. Según el filólogo francés, la nación es algo que supera el sentido etnológico de raza y que sólo caracteriza al mundo moderno en territorios donde habitan millones de personas unidas bajo un poder central en común, y que da sentido a nuestra noción de ciudadanía. Renán mantenía dos ideas fundamentales para identificar con claridad a una nación:

Una nación es un alma, un principio espiritual. Dos cosas que no forman sino una, a decir verdad, constituyen esta alma, este principio espiritual. Una está en el pasado, la otra en el presente. Una es la

¹⁴⁶ Cfr. De Sousa Santos, B. (1988). El discurso y el poder. Ensayo sobre la sociología de la retórica jurídica. *Revista crítica jurídica*, 2007, N°. 26, pp.77-78.

¹⁴⁷ En América Latina, sin duda, ha habido un giro de la relación de subordinación existente a lo largo de la historia entre Europa y los pueblos indígenas: desde los tiempos de la colonización, pasando por los nuevos Estados independientes, la colonización ha persistido, haciendo subsistir la conflictividad producto de la violación sistemática de los derechos de los pueblos indígenas y su no reconocimiento. Cfr. Capítulo 4 y 5.

posesión en común de un rico legado de recuerdos; la otra es el consentimiento actual, el deseo de vivir juntos, la voluntad de continuar haciendo valer la herencia que se ha recibido indivisa¹⁴⁸

Y la segunda:

Una nación es, pues, una gran solidaridad, constituida por el sentimiento de los sacrificios que se ha hecho y de aquellos que todavía se están dispuesto a hacer. Supone un pasado; sin embargo, se resume en el presente por un hecho tangible: el consentimiento, el deseo claramente expresado de continuar la vida común¹⁴⁹

En otras palabras, para Renan la nación no es otra cosa que una “conciencia moral” donde lo individual es sacrificado por el bien común o comunitario. Metafísicamente hablando, si la nación es: *un alma, un principio espiritual*, ésta debe darle movimiento al cuerpo social en su conjunto llámese: pueblo o sociedad, que vive entre el pasado (los recuerdos) y el presente (en el deseo de seguir viviendo juntos bajo el consentimiento de continuar la vida en común haciendo los sacrificios necesarios).¹⁵⁰

Finalmente, no olvidar, como lo expone Larraín, que mucho antes de la constitución de los estados nacionales o naciones modernas, nacidas al calor de las revoluciones sociales iniciadas en Europa con la Revolución Francesa, las entidades étnicas llevaban, desde los albores de la Edad Media, una vida relativamente autónoma, pero siempre dentro de conglomerados políticos cambiantes que conocemos como reinos, o monarquías o principados.¹⁵¹ Es así como, la aparición, desde fines del siglo XVIII y comienzos del XIX de las Naciones o Estados modernos, cuando se empieza a desplazar rápidamente el empleo colonial del término, de carácter mucho más antropológico - cultural y carente de connotaciones políticas en términos de fronteras, constituciones y ejércitos. Y así, vemos, nacen las distintas “naciones” en España, Francia o Alemania, mucho antes de la constitución de los Estados o Naciones modernas que portan estos mismos nombres, y se invisibilizan, subsumen, niegan y exterminan los pueblos indígenas.

¹⁴⁸ Renán, E., ¿Qué Es Una Nación? [Conferencia dictada en la Sorbona, París, el 11 de marzo de 1882] Editorial Digital: Franco Savarino.

¹⁴⁹ *Ibid.*

¹⁵⁰ Sobre la base de estas ideas se analizará en el Capítulo 3, la formación del Estado para el caso venezolano y en el Capítulo 6, lo que se propone como ruta a seguir para esta aporía.

¹⁵¹ Larraín, H. (1993). “¿Pueblo, etnia o nación? Hacia una clarificación antropológica de conceptos corporativos aplicables a las comunidades indígenas”. *Revista de Ciencias Sociales* (CI), (2), p. 36.

3.2.3. Minorías étnicas, pueblos y comunidades indígenas como sujetos del pluralismo jurídico

Aplicando todo esto al tema que nos ocupa, sobre los sujetos del PJ, es una necesidad referir la diferenciación entre los términos etnia, minorías étnicas y pueblos indígenas, nombres todos ellos utilizados en tanto que sujetos del PJ, pero que requiere una puntualización.

Desde el punto de vista antropológico, una etnia puede tener dos sentidos: Uno amplio, que se refiere a un grupo de individuos vinculados por un complejo de caracteres comunes (antropológicos, lingüísticos, políticos e históricos), cuya vinculación es esencialmente cultural. Y otro de carácter restringido, que se refiere a los grupos sociales específicos que forman parte de una nación y que, por distintas razones, poseen diversos rasgos idiosincráticos como son la lengua, las costumbres, etc. En una etnia vemos una unidad de cosmovisión expresada en un dialecto o forma lingüística¹⁵².

El término pueblo es muy utilizado al referirnos a una cultura o nación, pero en sentido propio, se refiere a el conjunto de personas que constituyen a una nación. El término pueblo da una noción de unidad de las personas que se organizan en una sociedad. Por lo que puede utilizarse para referirse a un clan, una tribu, una etnia, una nacionalidad o también los que son parte de un Estado.

En la edición de 1984 del Diccionario de la Lengua Española, se apunta los siguientes sentidos de la voz “pueblo”: “Pueblo, de latín *populus*. Ciudad o Villa// Población de menor categoría/ Conjunto de personas de un lugar, región o país// Gente común y humilde de una población // País con gobierno independiente”¹⁵³.

Larraín, entre otros autores, nos explican que en tiempos coloniales “pueblo” designa, al igual que en España, un grupo humano radicado en un paisaje, de cierta notoria población, que realiza distintas actividades económicas en su vecindad inmediata. En esta misma época, los grupos etnoculturales no suelen ser designados como pueblos, sino como naciones y son estas “naciones” las que engloban en sí numerosos “pueblos”, los que portan por lo general el nombre de su cacique o kuraka. Estos “pueblos” serán llamados llakta en quechua, marka, en aymara¹⁵⁴.

¹⁵² Cfr. Larraín, H. (1993). ¿Pueblo, etnia o nación? Hacia una clarificación antropológica de conceptos corporativos aplicables a las comunidades indígenas. *Revista de Ciencias Sociales* (CI), (2), pp. 28-53.

¹⁵³ De la Lengua Española, R. A. (1984). *Diccionario de autoridades*. Madrid: Imprenta de Francisco del Hierro, p. 1118.

¹⁵⁴ *Ibid.*, p. 41.

Durante toda la Colonia, los “pueblos de indios”, enclavados generalmente en Encomiendas particulares o de la Corona española, fueron disminuyendo notoriamente su población por efecto del paulatino saqueo humano de los mismos, por obra de los encomenderos que, sea para el trabajo de las minas, el trabajo de las ciudades o para su propio servicio personal (servicio doméstico) iban extrayendo, de esta cantera humana, a sus habitantes.¹⁵⁵

Si nos fijamos bien, este concepto, tal y como queda explicitado por Larraín, no calza con el significado de “pueblo indígena” para el cual el aspecto étnico y cultural constituyen una importancia definitoria fundamental. El concepto de “nación” ha absorbido por completo el ámbito del antiguo “pueblo”.

Curiosamente y Larraín lo resalta, la connotación antropológica que nos permite hablar de un “pueblo indígena” ha sido conservada, como última acepción, en el Diccionario de la Lengua Española bajo la voz “nación”. Así, la acepción número cuatro indica: “Conjunto de personas de un mismo origen étnico y que generalmente hablan un mismo idioma y tienen una tradición común”¹⁵⁶ Mientras la voz “nación” ha adquirido predominantemente un sentido de Estado Nacional independiente todavía posee, aun cuando bastante aletargadamente, la acepción antropológica de la voz “pueblo”, dejándola rezagada de modo francamente inexplicable. Porque basta un somero análisis de las acepciones que trae el Diccionario, para que veamos que la referencia inmediata es a localidad geográfica, o, a lo más, a un conjunto de personas de una cierta región o país. Nada aquí que no indique identificación con un conjunto de costumbres, tradiciones y lengua, en un territorio, de los que se tiene posesión desde tiempos inmemoriales.

No deja, sin embargo, de sorprender, continúa Larraín, el hecho de que - en cambio - el más importante de los diccionarios ingleses,¹⁵⁷ traiga explícitamente este sentido antropológico, en su acepción sexta: “Un cuerpo de personas que se unen por una cultura común, tradición o sentido del parentesco, aunque no necesariamente por consanguinidad o lazos políticos y que presentan, en forma típica, un lenguaje común, instituciones y creencias”.¹⁵⁸

¹⁵⁵ *Ibid.*, p.40.

¹⁵⁶ De la Lengua Española, R. A. (1984). *Diccionario de autoridades*. Madrid: Imprenta de Francisco del Hierro, p. 943.

¹⁵⁷ Webster, *Third International Dictionary of the English Language*, edition 1966.

¹⁵⁸ *Encyclopedia Britannica* edition, 1966: II; p. 1673.

Cuando, en este mismo tenor, buscamos el significado de la palabra indígena y antes de ella, su raíz y su delimitación: indio, sabemos que esta palabra nació de la sumisión y con ella empezó la equivocación:

Será que nuestro pasado es lo indio, son los indios, y ¿por qué son llamados indios? Se presume como algo ajeno, que ocurrió antes aquí, en el mismo sitio donde hoy estamos nosotros, los mexicanos. Único nexo: el territorio. Ellos y nosotros¹⁵⁹

El concepto de indio ha sido un concepto cercano a los de raza y clase social, mucho más que a los de identidad e igualdad. Se refiere con la denominación indio, a la posición de un conjunto entre otros grupos de la sociedad: las etnias originarias del Nuevo Mundo. Desde la conquista y hasta la época colonial, fue claramente una definición legal que no sólo señalaba el origen, sino que establecía posiciones y destinos. El indio era, además, una categoría política que definía muchas restricciones y pocas oportunidades en el Estado colonial. Se encontraban en un proceso de desarrollo desigual: eran los más vulnerables y ocupaban las más frágiles condiciones, atrapados en la corriente de cambios económicos y sociales acelerados e inestables. No sólo era una clase política restringida, sino una clase social inculta, paupérrima y una raza totalmente distinta inmerecedora del bienestar social.¹⁶⁰

Arturo Warman, desde su explicación del término indio, indica el concepto de indígena como un término referido a la identidad, todo aquello que comparte un grupo que se considera o es tratado como similar y conforma una categoría social, y dentro de estas, aparece la variante considerada para definir al indígena. Y es así como el concepto indígena se extendió en el siglo XIX, no sin ello volverse más difuso y adquiriendo un pensamiento racista y evolucionista. En el siglo XX, en el discurso público y en el pensamiento informado, el ámbito de aplicación del término indígena se redujo a los portadores de una lengua y tradiciones asociadas.

¹⁵⁹ Guillermo Bonfil, (1989). *México Profundo. Una civilización negada*, Grijalbo, México, p. 23 Y en ese orden de idea, el mismo autor declara: El concepto de “indio”, agrupa a los descendientes reales o supuestos de los grupos humanos que ocupaban el territorio conocido como el Nuevo Mundo, antes de la conquista de los españoles. Llamados también “naturales” de ese mundo extraño e innovador. Derivada de las confusiones geográficas de los conquistadores, la redondez del mundo y un nuevo continente incierto para ellos, creyendo que habían arribado a la India. Los indios, no existían antes de la invasión de este continente por los europeos. Fueron estos los que inventaron al indio, como una categoría genérica que abarcaba a todos los habitantes previos, fueran cuales fueran sus similitudes y sus diferencias, sus idiomas, sus identidades, sus culturas particulares. Todos devinieron indios, porque el indio era el objeto legítimo de colonización: indio es el término que define al colonizado. En: Guillermo Bonfil (1991). *Pensar nuestra cultura*, Alianza, México. p. 75

¹⁶⁰ Warman, A. (2003). *Los indios mexicanos en el umbral del milenio*, Fondo de Cultura Económica, México, p. 22.

Etimológicamente la palabra indígena se refiere “indu-geno” que significa “originario del país”, con lo que se quiere resaltar la pertenencia natural a un país. Así, en un sentido general, todos en principio seríamos indígenas de alguna forma, pero bien sabido es que esta categoría guarda una connotación mucho más amplia. Como un término de legado más bien colonial, podemos decir que por indígenas se entiende a los descendientes de los pueblos que ocupaban un territorio específico antes de que éste fuera invadido, conquistado o colonizado, por una potencia, nación o Estado extranjero. En forma general se ha extendido el término a todos aquellos pueblos que actualmente habitan los Estados americanos, pero que no son producto o consecuencia de ellos, sino más bien en tanto que su permanencia en dichos territorios se debe a la condición de originarios, con una cultura y valores propios, anteriores a la invasión venida de Europa. En este orden de ideas quedó asentado en el II Congreso Indigenista Americano del Cuzco, de 1949, el término indígena como: “El descendiente de los pueblos y naciones precolombinas que tienen la misma conciencia social de su condición humana”, asimismo, considerada por propios y extraños, en su sistema de trabajo, en su lengua y en su tradición, aunque estas hayan sufrido modificaciones por contactos extraños.

En un sentido más bien sociológico, se puede emplear el término de “indígena” para referirse a sectores de la población que ocupan una posición determinada en una sociedad más amplia como resultado de procesos históricos específicos. Así, partiendo de la definición de “pueblo”, y entendiendo a éste bajo condicionamientos de una configuración demográfica mayor y políticamente determinada, se caracteriza una comunidad indígena como aquella “minoría racial respecto a los demás sectores de un país entero, pero que mantienen en el territorio en que se encuentran una ocupación ancestral con formas de vida particular y formas de organización social muy propias, independientemente de su aceptación formal a un marco jurídico general”.

El Convenio núm. 169 de la Organización Internacional del Trabajo (OIT), de 1989, ajusta, en el ordinal b del artículo primero, la categoría de “pueblos indígenas” a los pueblos que se encuentran en países independientes, considerados tales por el hecho de descender de poblaciones que habitaban en el país o en una región geográfica a la que pertenece el país en la época de la conquista o la colonización o del establecimiento de las actuales fronteras estatales y que, cualquiera que sea su situación jurídica, conservan todas sus propias instituciones sociales, económicas, culturales y

políticas, o parte de ellas¹⁶¹. Y en tal sentido entiende que es la conciencia de la identidad indígena el criterio fundamental para determinar los grupos indígenas como tales. Aun cuando mantiene los lineamientos que habían sido estipulados en el anterior Convenio 107 de la misma OIT (1957), con relación a lo que entonces se denominaban “poblaciones tribales y semitribales”, tampoco se le otorga calidad de sujeto internacional a los pueblos indígenas, sino que se les reconoce como “pueblo”, según el ordinal 3 del mismo art. 1: “no en el sentido de que tenga implicación alguna en lo que atañe a los derechos que puedan conferirse a dicho término en el derecho internacional”.

El reconocimiento de su identidad cultural y los derechos territoriales constituye una de las principales reivindicaciones de los pueblos indígenas, lo cual de hecho se plasma en el estándar mínimo de los derechos individuales y colectivos sintetizados en los instrumentos internacionales e incorporados paulatinamente en las legislaciones nacionales.¹⁶²

En este mismo orden de ideas la ONU señala como comunidades, pueblos y naciones indígenas aquellos que se consideran a sí mismos diferentes de otros sectores de la población y que: “por el momento no forman parte de los sectores dominantes de la sociedad, pero que están decididos firmemente a mantener sus territorios ancestrales y su identidad étnica”. El término, por consiguiente, se ha venido transformando en un vocablo con connotaciones discriminatorias, utilizado principalmente como estigma por los agentes de las sociedades dominantes. De forma generalizada alude esta expresión al elemento de reconocimiento distintivo tanto cultural como sociológico; en muchas ocasiones el término comunidades indígenas se ha convertido en un llamado simbólico de la lucha por la defensa de los derechos humanos, la transformación de la sociedad y, en general, la lucha por la resistencia.¹⁶³

¹⁶¹ Entre los países de América Latina que han ratificado el Convenio 169 de la OIT se encuentran: México (1990), Colombia (1991), Bolivia (1991), Costa Rica (1993), Perú (1994), Paraguay (1993), Honduras (1995), Guatemala (1996), Ecuador (1998), Argentina (2000), Brasil (2002) y Venezuela (2002).

¹⁶² Los principales instrumentos internacionales al respecto son el Convenio 169 de la OIT y la Declaración de las Naciones Unidas de los Derechos de los Pueblos Indígenas (aprobada en septiembre de 2007). Para más detalles véase el capítulo III del Panorama Social 2006 de la CEPAL (2007).

¹⁶³ Aunque este tema se tratará, en la II parte de la investigación, vale la pena adelantar que en la Ley Orgánica de Pueblos y Comunidades Indígenas (LOPCI), con relación al caso de Venezuela, se establece como legal el uso de pueblos o comunidades indígenas, para referirse a los Pueblos Indígenas. Allí el legislador venezolano, como se verá, hace referencia a los pueblos indígenas como grupos humanos descendientes de los pueblos originarios en el espacio geográfico que corresponde al territorio nacional, de conformidad con la Constitución y las leyes, que se reconocen a sí mismo como tales, por tener uno alguno de los siguientes: identidades étnicas, tierras, instituciones sociales, económicas, políticas, culturales y, sistema de justicias propios, que lo distingue de otros sectores de la sociedad nacional y que están determinados a preservar, desarrollar y transmitir a las generaciones futuras. En la misma ley se habla de comunidades indígenas como grupos humanos formados por familias indígenas asociadas entre sí,

En el Convenio núm. 169 de la OIT es posible distinguir al menos cuatro dimensiones que intentan cubrir los elementos constitutivos de la definición de pueblo indígena, y ellas son:

- i. la dimensión “de reconocimiento de la identidad”, que alude al sentido de pertenencia al pueblo
- ii. el “origen común”, que se refiere a la descendencia de ancestros comunes y alude, entre otros factores, a la memoria social y colectiva de los pueblos
- iii. la “territorialidad”, que estaría ligada a la herencia ancestral y memoria colectiva de los pueblos, así como a la ocupación de tierras ancestrales y vínculos materiales y simbólicos que se inscriben en ella,
- iv. la dimensión “lingüístico-cultural”, que se relaciona con el apego a la cultura de origen, la organización social y política, el idioma, la cosmovisión, conocimientos y modos de vida.

Cabe señalar, en todo caso, que la dimensión de reconocimiento de la identidad a la que se refiere adquiere preeminencia sobre las demás, en tanto representa el ejercicio efectivo del derecho a reconocerse como parte de un pueblo, en palabras de Martínez Cobo “de preservar el derecho soberano y el poder de decidir quién pertenece” a un pueblo indígena.¹⁶⁴

De manera coincidente, la posición sostenida invariablemente por los representantes indígenas ante los distintos órganos de las Naciones Unidas supone que corresponde al propio indígena y al pueblo en su conjunto, decidir quiénes son sus miembros. En este sentido abogan por la autodefinición, a la vez que destacan otros elementos como la ascendencia, la identidad colectiva, la aceptación por el grupo, el vínculo histórico con la tierra y el idioma. Lo que supone, por otra parte, que para la medida de la identificación de los grupos étnicos es el reconocimiento de la autoidentificación o auto atribución, el elemento que más lo fija. La medida de otros aspectos vinculados a otras dimensiones es, sin embargo, necesarias para caracterizar la heterogeneidad de estos grupos, en términos del reconocimiento de vínculos ancestrales y territoriales, el mantenimiento o pérdida del idioma, así como las prácticas socioculturales, entre otros. Sin duda el desafío sin asumir aun consiste en el reconocimiento de todos los hitos, dentro del contexto de

pertenecientes a uno o más pueblos indígenas, que están ubicada en un determinado espacio geográfico y organizados según las pautas culturales propias de cada pueblo, con o sin modificaciones de otras culturas.

¹⁶⁴ Naciones Unidas. Carta de las Naciones Unidas. E/CN.4/Sub.2/1986/7/Add.4. Cobo, J. R. M. (1986). De la Subcomisión, R. E., & a las Minorías, P. Estudio del problema de la discriminación contra las poblaciones indígenas.

cada país. Las experiencias nacionales señalan que, en general, aún hay un vacío de reconocimiento de parte de los Estados, de la existencia de población indígena.

3.2.4. Las minorías como sujetos de pluralismo jurídico

El significado de minorías ha abarcado las nociones de grupo étnico, pero también racial, religioso, o lingüístico, siempre que sea minoritario en un país y no pretenda constituirse en una entidad nacional, es decir que no forma parte de la mayoría dominante de una sociedad o nación. Las minorías en ese sentido no tienen un patrón común: hay minorías nacionales, minorías étnicas y movimientos sociales.

Para Will Kymlicka las minorías nacionales son “sociedades distintas y potencialmente autogobernadas incorporadas a un Estado más amplio”¹⁶⁵. Las minorías étnicas, para el autor, en principio, están formadas por “emigrantes que han abandonado su comunidad nacional para incorporarse a otra sociedad” y en ese sentido incluso los nuevos movimientos sociales tales como “las asociaciones y movimientos *gays*, mujeres, pobres y discapacitados que han sido marginados dentro de su propia sociedad nacional o de su grupo étnico”, podrían ser considerados como tal.¹⁶⁶

El problema con relación al término minoría surgió nuevamente y más bien, contemporáneamente, a raíz de los diversos conflictos étnicos en Europa central y oriental a fines de los años ochenta y principios de los noventa. Pero ubicar una línea divisoria entre “minorías étnicas” y “pueblos indígenas” no ha sido clara y el tratamiento de ambas problemáticas en el seno de la comunidad internacional y de las comunidades internas responde a preocupaciones comunes: los Derechos Humanos colectivos de grupos sociales subordinados y marginados. Lo que para Kymlicka fue definido como una minoría nacional, por ejemplo, para Stavenhagen es una minoría étnica, y en ese sentido lo tomamos como base para hablar de PJ. Veamos.

La perspectiva de minoría que presenta Stavenhagen, y su estrecha línea con los pueblos indígenas deja en claro la necesidad del respeto a sus señas de identidad por parte de los Estados y con ello, su expresión cultural, social, religiosa, cosmovisión, etc.¹⁶⁷ Siguiendo a Stavenhagen, un grupo étnico puede ser definido como “una colectividad que se identifica a sí misma y que es identificada

¹⁶⁵ Kymlicka, W. (1996). *Ciudadanía multicultural*, Paidós, Barcelona, p. 128.

¹⁶⁶ *Ibid.*, p. 37.

¹⁶⁷ Stavenhagen, R., Iturralde D. (1990). *Entre la ley y la costumbre. El derecho consuetudinario indígena en América Latina*, México, p. 46.

por los demás en función de ciertos elementos comunes tales como el idioma, la religión, la tribu, la nacionalidad o la raza, o una combinación de estos elementos, y que comparte un sentimiento común de identidad con otros miembros del grupo”¹⁶⁸A partir de ello, sin embargo, “los grupos étnicos así definidos también pueden ser considerados como pueblos, naciones, nacionalidades, minorías, tribus o comunidades, según los distintos contextos y circunstancias”. En ese sentido la definición anterior sigue siendo lo suficientemente amplia como para incluir a un pueblo indígena o afrodescendiente, sin embargo, no se puede obviar que la definición de “grupo étnico” alude a una multiplicidad de discursos “identitarios”.¹⁶⁹

Una de las muchas dificultades que tal amplitud sostiene es la dificultad de saber si quien define a un grupo étnico lo hace desde el punto de vista de las propias etnias o desde la perspectiva de un espectador externo y en ese sentido, cada uno de estos puntos de vista supone una “construcción” diferente del concepto de etnia, el cual está ligado a los distintos contextos sociohistóricos y territoriales desde los cuales lo miremos. Si bien parecería más lógico adoptar el punto de vista interno de cada etnia, la diversidad de condiciones específicas que requieren ser satisfechas para ser consideradas como integrante de cada una de ellas, haría imposible cualquier aspiración exacta a su censo, por ejemplo.

Con lo cual, es necesario tomar en cuenta que lo que se suele hacer, cuando se precisan estas definiciones, se hacen desde lo que comprende un observador externo y en los recientemente ascendente números de exposiciones de parte de los PI de sus propias delimitaciones, o son ignoradas por los Estados que los contienen o no son tomadas en cuenta en la mayoría de la doctrina al respecto. La literatura utiliza por lo general, como sinónimos, las expresiones “étnico” e “indígena” y ocurre lo mismo con los términos de “etnia” y “raza”. Sin embargo, para el primer caso y siguiendo a Stavenhagen de nuevo, si bien lo indígena puede caber dentro del concepto de étnico, no todo lo étnico es indígena; lo indígena puede ser considerado como una subcategoría de lo étnico que tiene la característica de ser “originario”; asimismo el reconocimiento de que se trata de pueblos es un debate superado a nivel internacional. En la segunda situación, de la definición dada se desprende que el concepto de etnia alude a un sentimiento de pertenencia a una

¹⁶⁸ Stavenhagen R. y Iturralde, D. (1990), ob. Cit. p. 48.

¹⁶⁹ Cfr./ Susana Schkolnik y Fabiana Del Popolo (2005). “Los censos y los pueblos indígenas en América Latina: una metodología regional”, En: Revista *Símbolo* ONU:LC/G.2284-P, Publicado en: *Notas de Población*, No.79, pp. 101-132

comunidad/pueblo mientras que la raza refiere a una categoría social basada en las características fenotípicas de las personas.¹⁷⁰

En algunos instrumentos internacionales podemos encontrar referencias, definiciones y descripciones acerca del reconocimiento de las minorías. El artículo 27 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos de 1966 (PIDCP), por ejemplo, proponía:

En los Estados en que existan minorías étnicas, religiosas o lingüísticas, no se negará a las personas que pertenezcan a dichas minorías el derecho que les corresponde, en común con los demás miembros de su grupo, a tener su propia vida cultural, a profesar y practicar su propia religión y a emplear su propio idioma.

Siendo bastante amplio para su interpretación, a partir de éste, es el Estado el que puede decidir, “abiertamente”, si existen o no minorías dentro de sí. Algunos gobiernos latinoamericanos nunca reconocieron a sus pueblos indígenas como “minorías”. Sin embargo, en el derecho internacional y en el europeo, la noción de minorías es aplicable a los grupos de individuos con carácter autóctonos (originarios de un lugar) que deseen beneficiarse de él. Este tipo de asimilación puede representar un peligro para los autóctonos, en la medida en que los derechos que se les reconocen a aquellas personas colindan con la naturaleza de sus derechos individuales.

Ese mismo artículo 27 parece, sin embargo, no reconocer derechos de las minorías como tales, sino simplemente a “las personas que pertenezcan a dichas minorías”, manteniendo con ello una suerte de inmovilidad en la visión individualista frente al reconocimiento de los derechos colectivos en una sociedad. En virtud de esto, estaríamos frente a una suerte de persistencia contemporánea de los derechos individuales. Pareciera que, a partir de ello, sobre todo en América Latina, esta invisibilidad de las minorías nacionales anduviera de la mano de la idea de inferioridad de los pueblos indígenas que habitaban el territorio antes de la colonización europea.¹⁷¹

La Declaración sobre los Derechos de las Personas pertenecientes a Minorías Nacionales o Étnicas, Religiosas y Lingüísticas de 1992 aparece si bien inspirada en el artículo 27 del PIDCP, logra

¹⁷⁰ Es interesante referir la discusión inmediatamente anterior con relación a la noción de raza, para lo cual existe una amplia literatura especializada (Véase, por ejemplo: Lévi-Strauss, C. (1993). *Raza y cultura*. Madrid: Cátedra; Wade, P. (2011). Raza y naturaleza humana. *Tabula Rasa*, (14), 205-226; Rodero, E., & Herrera, M. (2000). El concepto de raza. Un enfoque epistemológico. *Archivos de zootecnia*, 49(186), 5-16.; Restrepo, E. (2007). Imágenes del “negro” y nociones de raza en Colombia a principios del siglo XX. *Revista de Estudios sociales*, (27), 46-61; Krieger, Nancy (2000), “Discrimination and Health”, en *Social Epidemiology*, Oxford University Press), entre otros.

¹⁷¹ *Ibid.*, p. 40.

identificar, por su parte, la existencia de las minorías dentro de los Estados, pero no aborda las minorías étnicas en el sentido que se precisa. Al respecto vemos el artículo 1°:

Los Estados protegerán la existencia y la identidad nacional o étnica, cultural, religiosa y lingüística de las minorías dentro de los territorios respectivos y fomentarán las condiciones para la promoción de esa identidad.

Lo que sigue, si bien también es una descripción de los derechos a estos, lo hace desde la perspectiva, como se ha hecho notar, de los derechos individuales, lo que nos deja con un vacío definitorio para los pueblos indígenas.

En cuanto al reconocimiento de los pueblos indígenas, éstos han sido tomados en cuenta no como minorías diferenciadas, sino como ciudadanos en situación de desventaja social y económica, muchas otras veces invisibilizados y subsumidos en la categoría de “campesinado”, sin contar que en muchos casos estos mismos PI rechazan ser tildados de “minoría”, por cuanto paradójicamente siguen siendo una mayoría demográfica. En un contexto general, podría decirse que, si bien constituyen, los PI latinoamericanos, una minoría étnica en tanto que no forman parte del conjunto mayoritario cultural de algunas de sus sociedades, también son grupos vulnerables en cuanto las situaciones de desventaja que sufren, respecto a las situaciones generales de los Estados. Según Aparicio, la jerarquía que se le da a la inclusión de los pueblos indígenas en la noción de minorías étnicas radica en que es a partir de dicha resolución, que se puede determinar en qué medida es transmisible el tratamiento de los textos normativos referidos a las minorías, a los pueblos indígenas.¹⁷²

Queda como tarea una precisión más detallada, quizá en un sentido de revisión histórica-conceptual, de los términos que acá se conjugan: minoría, minoría étnica, pueblo, pueblo indígena e incluso pueblos étnicos.

El pluralismo jurídico no es exactamente el reconocimiento de un derecho de las minorías, por eso es equivocado que se hable de minorías indígenas. Las minorías refieren a alguna comunidad cuyos miembros son relativamente menores en números comparado con el resto de la sociedad y que a pesar de la diferenciación tiene un vínculo de conexión necesario con su cultura madre, hoy en día

¹⁷² Aparicio, W., M. (2002). *Los pueblos indígenas y el Estado. El reconocimiento constitucional de los derechos indígenas en América Latina*, Cedecs, Estudios Constitucionales y Políticos, Barcelona, España, p. 53.

se llaman grupos diferenciados, entre ellos podemos mencionar a los migrantes, los homosexuales o las personas con una discapacidad.

El pluralismo es el respeto a las distintas formas de concebir el mundo y las distintas formas cognitivas de la realidad cultural dentro de un espacio territorial que tiene un Estado-nación como ente geopolítico. Si cometemos el anacronismo de hablar de minorías nos referimos a grupos que compuestos por un número significativo pero que a diferencia de las grandes masas de los miembros que tiene una misma identidad cultural. Todos somos minorías desde alguna perspectiva y cuando una minoría constituye un grupo homogéneo, integrado, determinado o determinable por alguna condición o rasgo, pero son parte de una misma cosmovisión cultural por eso se prefiere llamar grupos diferenciados.

No hay un sólo criterio para aclarar si los grupos diferenciados son sujetos del pluralismo jurídico porque bajo esta categoría se puede agrupar una diversidad muy compleja. No hay una regla ni una sola postura al respecto, varios autores del nuevo pluralismo jurídico le atribuyen sustancialidad cultural suficiente para creer que en ellos hay un sistema jurídico determinado, pero en líneas generales no es correcto afirmar que los grupos diferenciados son sujetos del pluralismo jurídico porque ellos son parte de la cultura que por su número menos deben ser protegido en equidad e igualdad por su sistema de derecho. Lo mismo se puede afirmar sobre las subculturas, cuando se entiende como formas específicas dentro de una misma formación cultural, que pueden ser objeto de una regulación jurídica plural sin constituir distintos sistemas jurídicos, el pluralismo se refiere a las protecciones de las distintas culturas que se encuentran bajo la regulación de un mismo ente soberano.

El hecho de reconocer que existe una cultura diferente no supone solamente percatarse de que un grupo homogéneo tiene un color de piel distinto o una apariencia diferente que incluso parezca llamativo y singular, puede que de hecho signifique posiblemente esos aspectos, pero implica mucho más. La propiedad definitoria de una cultura para efectos de ser sujetos de pluralismo jurídico es sus miembros tengan una cosmovisión propia, y una concepción de lo humano particular, así como sus formas de percibir el universo, las necesidades humanas, la muerte, la naturaleza, el cosmos, lo social, los sentimientos y hasta los sentidos como instrumentos.

Obviamente que no se desconoce los derechos de los grupos diferenciados ni la estética o moralidad de las subculturas, grupos sociales, ni el valor de las contraculturas, sino que precisamos

el objeto del pluralismo jurídico en los diversos sistemas jurídicos que emanan de distintas culturas dentro de un mismo espacio geopolítico. Aquí la pregunta fundamental es ¿cómo procesa el PJ toda estas tipologías antropológicas, etiológicas y culturales fundamentales dentro de los diferentes sistemas jurídicos coexistentes en América Latina?

Como ya hemos apuntado más arriba, Sally Engel Merry e Iker Barbero han identificado dos formas de concebir el pluralismo jurídico en tanto que es dividido entre uno “clásico” y otro “nuevo”. El “pluralismo jurídico clásico” se centra en los contextos coloniales y la influencia mutua que ejercieron los Derechos europeos y los Derechos nativos. “El objetivo del pluralismo clásico se concentra en estudiar cómo dos entidades diferenciadas y competitivas coexisten en un mismo espacio, así como los efectos que surte dicho proceso en sus respectivos procesos”¹⁷³ según Barbero. Mientras que el “pluralismo jurídico nuevo” traslada sus intereses hacia los espacios de intersección de los múltiples órganos jurídicos. Este último ha venido evolucionando en el contexto de la globalización hasta romper con las barreras tradicionales del Derecho dando lugar a ordenes jurídicos deslocalizados, desterritorializados y transnacionalizados.¹⁷⁴ Sobre esta acepción de nuevos pluralismos jurídicos se sostendrá, en el capítulo 6, una de las propuestas al desafío del pluralismo jurídico en Venezuela, por lo que es importante clarificar esta distinción suficientemente.

Dentro de la perspectiva del pluralismo jurídico clásico, expuesto por Barbero, si hubo un reconocimiento a los derechos indígenas en la colonia toda vez que era reconocido por las castas dominantes como “derechos consuetudinarios” o de “usos y costumbres” y esto porque el Derecho colonizador se le complicaba gobernar el ámbito privado relativo a los Derechos Familiares¹⁷⁵. Esto les permitía a los colonizadores españoles constituir un gobierno, someter a las comunidades nativas y explotar sus recursos naturales y humanos.

Es muy importante resaltar que con el advenimiento de los nuevos pluralismos jurídico en la década de los años setenta del siglo XX, se cambia la perspectiva toda vez que se hace posible encontrar fenómenos de pluralismo jurídico en todas las sociedades, sobre todo cuando son sociedades complejas de múltiples relaciones sociales, económicas y políticas, que emergen a

¹⁷³ Barbero, I. (2012), ob. cit., p.104.

¹⁷⁴ *Ibid.*, p. 103

¹⁷⁵ *Ibid.*

múltiples escalas o “geografías”¹⁷⁶. En esta situación el Derecho surge de “campos sociales semiautónomos” que cuenta con los medios para exigir su cumplimiento y con capacidad para recibir influencia externa que modifique esos comportamientos.¹⁷⁷ Se abre así la capacidad de observar la interdependencia de los diferentes órdenes sociales o sistemas jurídicos-normativos en sociedades modernas, como apunta Barbero: “Así, los estudios sobre la pluralidad de sistemas normativos en contextos de países industrializados comienzan a analizar las distintas normativas, códigos internos o sistemas de resolución de conflictos empleados por grupos étnicos, comunidades religiosas, asociaciones mercantiles, o incluso organizaciones criminales.¹⁷⁸ Todo esto forma redes sociales interconectadas que afectan constantemente el comportamiento de los grupos y de los individuos que viven dentro de esas redes abriendo espacios de Inter legalidad entre los órdenes sociales que se superponen y se hacen interdependiente tanto en nuestras mentes como en nuestras acciones. Se abre así una nueva época de “juridicidad permeable” que afectan nuestra vida bajo ese criterio de interlegalidad que posibilita una “concepción postmoderna del Derecho”.

Solamente entendiendo el Derecho que se transnacionaliza en un proceso de globalización y que sujeta al Derecho estatal a ser otro orden más entre otros ordenes posibles, se puede abrir el camino al reconocimiento de un sistema plural de Derechos.

3.2.5. Los pueblos indígenas en América Latina: De objetos del Derecho a sujetos del pluralismo jurídico

Como bien se apuntaba al revisar las definiciones del pluralismo jurídico clásico, si a primera vista observamos que la religión cristiana no considera parte de su comunidad aquellos que no compartan la idea del Dios único y creador y si a esto le agregamos que la filosofía moderna y el derecho positivo excluye a los que no forman parte de la sociedad civil por no alcanzar un grado de racionalidad legal-racional aceptable, comprenderemos el por qué las comunidades y los pueblos indígenas desde el momento de la colonización fueron excluidas sistemáticamente del orden social (hispanico y republicano) y relegadas o confinadas a la no existencia, es decir, al no tener derechos sino sólo ser objetos del derechos impuestos por los conquistadores y los

¹⁷⁶ *Ibid.*, p.105.

¹⁷⁷ *Cfr.* / Sally, F. (1973) “Law and Social Change: The Semi-Autonomous Social Field as an Appropriate Object of Study”, en *Law and Society Review*, vol. 7, núm. 4, pp. 719-745.

¹⁷⁸ Barbero, I. (2012), *ob. cit.*, p.105.

colonizadores españoles, en una primera etapa, y por las elites y oligarquías dominantes, en una segunda etapa republicana. Los que no compartan “el ideal del bien” de la comunidad cristiana o la “idea de lo bueno” de las clases dominantes oligárquicas, en el mejor de los casos, serán excluido o aislados, pero en el peor, serán exterminados, aculturados y desarraigados.

El Estado moderno unitario con su idea de derecho positivo legal-racional (Derecho objetivo) e identidad unitaria independiente de valoraciones axiológicas (igual para todos aunque sean diferentes étnica y culturalmente) viene a reproducir este ideal excluyente contra el cual alza su voz el pluralismo jurídico al defender la idea de que los grupos minoritarios no son objetos del derecho impuestos por otros sino sujetos del derecho impuesto ancestralmente por sus propias costumbres y tradiciones.

Francisco Palacios ha sostenido que los grupos minoritarios indígenas deben ser reconocidos como sujetos del derecho y también como sujetos del pluralismo jurídico. Pero esto implica luchar contra toda una tradición de pensamiento unitario occidental que, como hemos visto más arriba, se sedimentó progresivamente en el Estado nación moderno unitario y en la racionalidad jurídica positiva que le es inherente que reduce a la “no existencia” (negación) a aquellos grupos humanos que manifiestan un tipo de racionalidad jurídica diferente a la legitimada por el poder hegemónico.

179

La lucha de los pueblos indígena ha tenido como objetivo no sólo alcanzar el reconocimiento subjetivo de los individuos partes de los pueblos indígenas en el derecho, sino también el ser reconocido como creadores de su propio orden normativo, transformando el Estado nación unitario, que los ha marginado y excluido, en Estados plurinacionales en aras de alcanzar una vida más justa, plural y democrática. Y sólo en los últimos años los defensores del pluralismo jurídico han orientado a los pueblos indígenas en esta dirección.

Como sostiene Francisco Palacios, esto ha sido en realidad un complejo proceso evolutivo que se puede describir en tres etapas históricas sucesivas que han dado como fruto “tres modelos de cultura jurídica constitucional diferente respecto al hecho colectivo indígena y al derecho colectivo

¹⁷⁹ Palacios, Francisco (2016). “De objetos colectivos a sujetos colectivos: Paradigmas históricos de cultura constitucional y premisas de legitimación del derecho indígena”. *Ivs Fvgit*, 19, pp. 265-300.

indígena”. En los dos primeros modelos, los pueblos indígenas han sido tratados como “objetos del derecho” y sólo en el último se conciben como “sujetos del derecho”¹⁸⁰.

Veamos cómo se despliega este hecho en la tabla siguiente:

Tabla 2. Evolución de los pueblos indígenas latinoamericanos como sujetos del Derecho y como sujetos del PJ

ETAPAS	MODELO CONSTITUCIONAL INDIGENA	TIPO DE DERECHO INDIGENA	CARACTERISTICAS PRINCIPALES
Primera Fase (Siglo XIX)	<i>Constitucionalismo Indígena de Servidumbre.</i>	Objetos colectivos del Derecho.	<ol style="list-style-type: none"> 1. Estabilización de la servidumbre. 2. Objeto colectivo de apropiación pseudo esclavista y de asimilación forzosa. 3. Sistema de apartheid tendiente al etnocidio
Segunda Fase (Principios del Siglo XX)	<i>Constitucionalismo Indígena visualizador e integracionista.</i> (Constitucionalismo semántico)	De objetos a sujetos colectivos del Derecho.	<ol style="list-style-type: none"> 1. Emerge la figura indígena en derechos restituibles como el de la propiedad territorial. 2. Reconocimiento formal sin la aplicación de políticas públicas por parte del Estado. 3. No se reconoce sus identidades, necesidades, ni opiniones. 4. Se prohíbe la esclavitud indígena, pero continúan los genocidios. 5. La Organización Internacional del Trabajo aprobará el Convenio n° 50 de la OIT (1936) para prohibir el trabajo esclavista indígena.

¹⁸⁰ *Ibid.*

<p>Tercera Fase (Finales del s. XX e inicios s. XXI)</p>	<p><i>El constitucionalismo del derecho: el colectivo indígena como sujeto.</i></p>	<p>Sujetos colectivos del Derecho.</p>	<ol style="list-style-type: none"> 1. Se despliega con “el convenio 169” de la OIT. 2. Se reconoce su identidad colectiva como nación y el derecho a la autodeterminación. Se despliega la plurinacionalidad. 3. Se abre camino al Pluralismo Jurídico supeditado al respeto de los derechos humanos y fundamentales. 4. Son destacados aspectos como el hecho cultural y la educación especial indígena. 5. Hay un reconocimiento genérico a los territorios ancestrales, colectivos, comunitarios o comunales y su aprovechamiento económico por parte de las comunidades indígenas. 6. Se introduce el principio constitucional y político de «participación» especial indígena: 1) Con representación especial; 2) con participación en toda de decisiones nacionales que los afecte; 3) con el reconocimiento de su autonomía interna y legitimidad de carácter asambleario para tomar sus decisiones.
--	---	--	---

Fuente: Elaboración propia en base al trabajo de Francisco Palacios Romeo, (2016). “De objeto colectivo a sujeto colectivo: paradigmas históricos de cultura constitucional y premisas de legitimación del derecho indígena”. *Ivs Fvgit*, 19, pp. 265-274.

Como podemos apreciar en la tabla 2, hemos resumido las principales características que describe Francisco Palacios en cuando a su argumentación de cómo los pueblos indígenas han pasado en poco más de un siglo de ser comunidades esclavizadas a convertirse en comunidades con “plenos” derechos políticos reconocidos en diferentes textos constitucionales latinoamericanos. Y a pesar

de que mucho de estos mecanismos legales de reconocimiento indígena no han dejado de ser meros ejercicios gramaticales jurídicos, en algunos países más que en otros, no puede negarse que ha sido un avance importante para estas comunidades que ya no tienen que asumirse como “objeto de los derechos” impuesto por la elites dominantes sino como sujetos que hacen sus propias leyes, las cuales deben responder a sus tradiciones y costumbres ancestrales, que progresivamente serán incorporadas en los diferentes esquemas de pluralismo jurídico.

Se destaca en este esquema el papel que jugó un organismo internacional de Naciones Unidas como la Organización Internacional del Trabajo en la transición del constitucionalismo objetivo de servidumbre al constitucionalismo subjetivo indígena. Lo que explica este hecho son las deplorables condiciones de esclavitud laboral que vivían estos pueblos a comienzos del siglo XX, donde se explotaban irracionalmente a jóvenes, mujeres, niños y ancianos sin ningún tipo de limitación legal o moral llevándolos prácticamente a la extinción genocida. Y esto explica el por qué muchas de estas etnias desaparecieron sistemáticamente. Por otra parte, el hecho lingüístico es otro factor importante para tener en cuenta. Del primer tipo de constitucionalismo indígena, resaltar que son tratados peyorativamente como “indios” que tienen que ser reprimidos o relegados, pasando, en el segundo y tercer constitucionalismo, a ser llamados como “indígenas”, teniendo que ser respetados por ser los descendientes de los pobladores originales de las tierras que ahora controla el Estado nación unitario y sus elites de poder. Su condición de propietarios comunales de las tierras les da un derecho de propiedad, como primer derecho subjetivo, que tiene que ser reconocido por los Estados, y de ese derecho se derivan otros que van desde lo cultural, educacional pasando por la producción indígena hasta llegar a sus derechos fundamentales políticos con los cuales reafirman su libertad, como se puede apreciar en el último constitucionalismo subjetivo indígena.

Los pueblos indígenas pasan de ser esclavos a ser libres solo cuando del derecho subjetivo los reconoce en su dignidad humana que tiene que ser respetadas por las estructuras de poder dominantes. Esto no sólo abre el espacio para que podamos comenzar a hablar de formación en ciernes de un pluralismo jurídico a través de la conformación de un Estado plurinacional, sino del desarrollo de un “pluralismo jurídico subjetivo” que se tiene que desarrollar en una cuarta fase constitucionalista latinoamericana que aún no ha sido descrita por el profesor Palacios, por estar en proceso de discusión y construcción.

En este sentido debemos hacer una aclaración importante, ya que existen diferentes maneras o forma de asumir el pluralismo jurídico. Sumariamente podríamos decir que existen en América Latina dos formas básicas de asumir el pluralismo jurídico subjetivo; una conservadora y otra progresista. El pluralismo jurídico conservador se caracteriza principalmente porque se conforma con que el Estado unitario reconozca normativamente los derechos de los pueblos indígenas y los incluya en códigos y leyes orgánicas. Incluso, el Estado unitario promueve que las comunidades y pueblos indígenas se conformen en sindicatos y que tengan representaciones parlamentarias. Pero a pesar de toda esta apariencia de apertura normativa, el Estado unitario continúa siendo celoso del control de su soberanía nacional indivisible e inalienable y continúa viendo a las comunidades indígenas como potenciales entes de fragmentación de dicha soberanía. Lo importante para este tipo de pluralismo jurídico conservador, no es expandir los derechos subjetivos de los indígenas sino de controlarlos subjetiva e ideológicamente para garantizar la unidad e integridad nacional y controlar centralmente el poder nacional.

En muchos casos este pluralismo jurídico conservador se disfraza de progresista, pero en esencia no lo es. En cambio, el pluralismo jurídico progresista no se conforma con el reconocimiento estatal de los derechos subjetivos de las comunidades o pueblos indígenas, sino que aspira ir más allá de las leyes y de las apariencias, anhela ir más allá de la “gramática constitucional” descrita por el profesor Aparicio y busca crear un verdadero cambio en la forma cómo se ha venido constituyendo el Estado nación, y de un Estado unitario busca construir tanto un Estado plurinacional como una nación pluriestatal. El pluriestatismo está basado en que las tomas de decisiones no pueden provenir de un sólo centro, sino que debe brotar de diferentes centros de poder y todos con los mismos derechos políticos y jurídicos. Para el pluralismo jurídico subjetivista conservador sólo hay un estado nación indivisible que flexibiliza ciertos derechos fundamentales (subjetivos) para controlar los diferentes grupos sociales; en cambio, para el pluralismo jurídico progresista, la apuesta es por la conformación de un Estado federal plurinacional. Pongamos un ejemplo para entender mejor las diferencias entre los dos modelos de pluralismo jurídico subjetivista.

El pluralismo jurídico subjetivista conservador permite que los pueblos y comunidades indígenas tengan su propia representación parlamentaria en el poder legislativo, y en el momento de crear una norma que afecte a las comunidades indígenas, la representación indígena debe velar por la

preservación de los derechos indígenas objetivos y subjetivos, por lo menos eso es lo que tendríamos que esperar.

En cambio, en el pluralismo jurídico progresista de corte federal donde los pueblos indígenas tendrían su propio poder legislativo (su propio parlamento, congreso o asamblea) conformado por representación de las diferentes comunidades indígenas, e incluso podría haber representantes nacionales delegados no indígenas en cierta proporción, y las leyes emanadas de este órgano federal indígena tendría el mismo valor, rango y fuerza de ley que una ley nacional. Las leyes serían aceptadas siempre y cuando las leyes federales indígenas no entraran en franca contradicción con las leyes fundamentales, los derechos humanos o con la integridad y seguridad de la República. De la misma forma que las leyes nacionales no serían legítimas si también violan esas mismas condiciones básicas.

La igualdad y la justicia deben prevalecer como valores absolutos en cualquier forma de pluralismo jurídico. En definitiva, la primera forma de pluralismo jurídico desempoderan realmente a las comunidades indígenas, mientras que la segunda le otorga un verdadero poder de decisión.

Por ahora y a pesar de los avances que describe el profesor Palacios, en América Latina ha predominado la primera figura del pluralismo jurídico, la segunda se discute modestamente. Pero esta discusión no está exenta de conflictos de poder. Cuando Will Kymlicka defiende la idea de que la cultura occidental está dominada ideológicamente por el liberalismo político y que con ello se privilegia los derechos individuales por encima de los derechos colectivos, está dejando entrever la reivindicación de estos últimos, y en favor de la libertad de los individuos, está ignorando la existencia de colectivos como los pueblos indígenas.

El liberalismo ha asumido equivocadamente a la sociedad como si fuese un grupo homogéneo donde no existen -o no son relevantes jurídicamente- diferenciaciones o estratificaciones sociales y culturales, y sobre esa creencia ha construido su sistema jurídico y político basado en principios universales que son impuestos coercitivamente a todos los individuos bajo una misma noción de ciudadanía unicultural, trayendo consigo una invisibilidad de diversos actores sociales y el soporte para la desaparición de pueblos íntegros. Y la realidad es que la sociedad está conformada por grupos diversos, diferenciados, que se agregan y yuxtaponen más allá de la diferenciación entre mayoritarios y minoritarios. Los étnicamente mayoritarios tienden a ser dominantes y a someter a los étnicamente minoritarios negándoles el ejercicio de sus derechos colectivos que solo los pueden

manifestar, si acaso, en sus vidas privadas. Esto genera situaciones de conflictos multiculturales de todos tipos (desde la segregación racial hasta el genocidio; desde la propina negación de la identidad cultural del grupo minoritario “relaciones intragrupalas” a la imposición forzosa de otra identidad cultural por parte del grupo étnicamente mayoritario al minoritario “relaciones intergrupales”): “Así mayorías y minorías se enfrentan cada vez más respecto de temas como los derechos lingüísticos, la autonomía regional, la representación política, el currículum educativo, las reivindicaciones territoriales, la política de inmigración y naturalización, e incluso acerca de símbolos nacionales, como la elección del himno nacional y de las festividades oficiales”¹⁸¹. Pero es que precisamente este conflicto es generado por la negación e invisibilización de unos con respecto de los que consideran al Estado desde una lógica monocultural. El modelo teórico/ideológico con el que el liberalismo dota de legitimidad al Estado y al Ordenamiento Jurídico, con un pretendido objetivismo de la razón, apara un proyecto cultural y socioeconómico muy determinado en el que la diversidad es imposible.

Kymlicka apuesta, con un pretendido objetivismo de la razón, por la construcción y el reconocimiento de “ciudadanías diferenciadas” en el ámbito de un Estado liberal¹⁸² mediante la cual a los grupos nacionales o grupos con una etnicidad específica se les debe reconocer una identidad política especial y permanente con un estatus constitucional, en la cual: “Los derechos diferenciados en función del grupo pueden ser otorgados a los miembros individuales de un grupo o al grupo como un todo, o a un Estado/provincia federal dentro del cual el grupo en cuestión constituye la mayoría”¹⁸³. Es así como entiende que son derechos diferenciados en función del grupo porque todos ellos se otorgan según la pertenencia cultural. Y es que el Estado tiene obligación de adoptar «medidas específicas» en función de la pertenencia grupal orientadas a acomodar las diferencias nacionales étnicas y culturales. Existen tres formas de derechos diferenciados a adoptar en principio:

- i. Derechos de autogobierno (la delegación de poderes a las minorías

¹⁸¹ *Crf.* / Will Kymlicka, (1996). “Nacionalismo Minoritario dentro de las democracias liberales” en García Soledad y Lukes Steven (comps.), *Ciudadanía justicia social, Identidad y participación*, Madrid: Editorial Siglo XXI; y Will Kymlicka (1996). *Ciudadanía multicultural*, Barcelona, Editorial Paidós Ibérica, S.A., p.13.

¹⁸² Cabe aclarar que Kymlicka distingue entre Estados «multinacionales» (donde la diversidad cultural surge de la incorporación de culturas que anteriormente poseían autogobierno y estaban concentradas territorialmente a un Estado mayor) y Estados «poliétnicos» (donde la diversidad cultural surge de la inmigración individual y familiar). Y a partir de ahí explica la distinta situación de «minorías nacionales» (en Estados multinacionales) y grupos étnicos (en Estados poli étnicos) Op. Cit. 19-20.

¹⁸³ *Ibid.*, p.72.

- nacionales, a menudo a través de algún tipo de federalismo).
- ii. Derechos poli étnicos (apoyo financiero y protección legal para determinadas prácticas asociadas con determinados grupos étnicos o religiosos).
 - iii. Derechos especiales de representación (escaños garantizados para grupos étnicos o nacionales en el seno de instituciones centrales del Estado que los engloba).¹⁸⁴

Ahora bien, la pregunta capital ante esta proposición es: ¿realmente la propuesta de Kymlicka se puede concebir dentro del marco de un nuevo pluralismo jurídico subjetivo y progresista? Evidentemente no. Lo que persigue Kymlicka es que un grupo étnicamente minoritario este protegido jurídica y políticamente con respeto al mayoritario, no que tengan el mismo poder o, incluso, los mismos derechos. Y en última instancia: ¿a quién le corresponde proteger y reconocer a ese grupo étnicamente minoritario? Pues al mismo Estado que en términos reales es dirigido por los grupos étnicamente mayoritarios. El problema es que Kymlicka asume este conflicto como un problema ideológico (liberalismo vs. comunitarismo) cuando en realidad es también y además, un problema etnosociológico (mayorías étnicas dominantes vs. minorías étnicas dominadas). Y este conflicto sólo se puede resolver empoderando a los grupos étnicamente minoritarios con poder político y jurídico real y esto, según se le ha objetado, se puede lograr creando un federalismo multiestatal, y no sólo un estatismo multicultural o plurinacional.

Pero la idea de “multiestatalidad” no entra en los planes justicieros de multiculturalidad de Kymlicka porque en si misma es una idea antiliberal toda vez que concibe que en una sociedad multiétnica pueden coexistir varias formas de autoridad descentralizadas territorialmente con poderes coactivos diferenciados. Y si el liberalismo es reacio a la transferencia de derechos subjetivos a grupos étnicamente minoritarios, lo es mucho más a la transmisión de poder coactivo o reconocimiento de los derechos objetivos. Así como es absurdo dentro de la concepción multiculturalista separar cultura de Estado, también es absurdo dentro de la concepción liberal separar coacción de Estado.

En los tres derechos diferenciados que Kymlicka sugiere como básicos para lograr justicia multicultural, al ser derechos políticos, se encuentran implícitamente las ideas de “delegación”

¹⁸⁴ Kymlicka, W., (1996). *Ciudadanía multicultural*, Op. cit., p. 20.

“apoyo” y “garantía” y esas tres ideas se pueden dar, pero también se pueden quitar si los grupos étnicamente minoritarios no hacen lo que el Estado liberal espera de ello. En definitiva, lo que busca Kymlicka no es reconocer o permitir poderes paralelos en condiciones de igualdad sino forzar una armonía social entre grupos étnicamente mayoritarios y minoritarios al aceptar que existen dos tipos de derechos subjetivos; “los comunes o generales con carácter de universalidad, es decir, coextensibles a todos sin diferenciación” y “los derechos particulares, diferenciados o especiales” específicos de un grupo en particular y que sólo le rigen a ellos. Ello haría realidad aquella idea liberal de que “podemos vivir juntos”. Y para “vivir juntos” ambos derechos subjetivos deben ser aceptados tanto por el Estado liberal y por las Naciones Unidas al ser concebidos como derechos políticos y civiles y como Derechos Humanos, es decir, que su violación acarrea sanciones penales nacionales e internacionales. Pero en cualquier caso la visión hegemónica no ha sido abandonada.

3.3. Los mecanismos de coordinación

La interrelación entre el Derecho indígena y los Derechos nacionales como sistemas jurídicos diversos, se da de todos modos, la cuestión consiste en precisar de qué manera se da efectivamente: a través de principios y reglas jurídicas que la establecen, resolviendo conflictos, procurando formas de coordinación, o a través de modos informales, fruto de la convivencia fáctica entre órdenes sociales y jurídicos. Por otra parte, debe también poder describirse la interrelación en términos de mayor o menor igualdad (diálogo)/asimetría (imposición).

Una interrelación armónica presupone una situación ideal de reconocimiento y respeto, en virtud de la cual se espera la presencia de un elemento fundamental que sirva de plataforma de acción común a estos sistemas jurídicos que coexisten, en un tiempo y lugar determinado. Nos estamos refiriendo a lo que se han venido denominando mecanismos de coordinación. La coordinación entre sistemas jurídicos no es algo nuevo, por el contrario, se ha intentado coordinación de sistemas jurídicos desde tiempos muy remotos, incluso en la visión monista del derecho, basta con recordar las familias romanas como formas de ordenamiento jurídico o el derecho de los feudos en la Edad Media o la coordinación de los niveles federales en la conformación de Estados Unidos o, más recientemente, la Unión Europea. Ejemplos en los que de alguna manera el sistema estatal tenía que coordinar las diferentes formas coexistentes de sistemas jurídicos, sobre todo en materia de derecho civil y burocrático.

Un sistema jurídico, visto hacia adentro, no sólo busca autonomía para sí, pues en él mismo es autónomo, sino que esa autonomía, dice Esther Sánchez Botero, se da en la medida en que sea capaz de abrirse a otros referentes que garanticen los principios de interculturalidad y de democracia¹⁸⁵. La compatibilidad entre los sistemas de derecho distintos no significa, continúa la autora, que éstos ejerzan funciones similares al derecho estatal, puesto que lo que se considera funcional o aceptable para una perspectiva puede no serlo para otra, y así para grupos o sectores diferentes. Si se piensa y actúa de otra forma, se desconoce la complejidad social con todas las consecuencias que dificultan la comprensión del fenómeno general.

En ese sentido los monistas no comprenden ni valoran que la diversidad es en sí misma, contradictoria en expectativas e intereses, con relación a que no es posible un centro de producción jurídica cerrado, con lo cual tal situación unificadora sólo podría tener sentido en un sistema imaginariamente único, poco diferenciado, nunca en uno real. Sin embargo, continúa la Prof. Esther, el derecho no se construiría como una esfera autónoma de la acción y de la experiencia normativa, dado que la unidad resultaría directamente de la estructura totalizante, jerárquicamente suprema e inmediatamente válida en todos los espacios de la acción y la experiencia social. Por su parte, los pluralistas, cuando parten de conceptos como “acoplamiento estructural”, “derechos en colisión”, “compatibilización del disenso entre jurisdicciones”¹⁸⁶, en esos términos están dejando abierta objeciones teóricas y epistemológicas para el pluralismo jurídico, en los cuales la interpretación de los mecanismos constructores de unidad en la pluralidad queda aún como desafío.

En virtud de estas limitaciones, tanto desde la perspectiva monista, como de la pluralista, le es común a ambas, según la autora, el hecho de la complejidad: La inexistencia de esos mecanismos de intermediación unitaria entre esferas jurídicas no significa pluralismo en cuanto identidad, o autonomía de lógicas jurídicas locales, sino más bien nuestra existencia real en una sociedad super compleja. Estrictamente hablando, el derecho de la sociedad moderna, caracterizada ésta por la diversidad a veces contradictoria de expectativas e intereses, sólo constituyó su identidad-autonomía en cuanto incorporó la unidad y la pluralidad.¹⁸⁷ Desde allí que se estaría hablando de ineficacia o ausencia de validez material o social, para el derecho moderno, al momento de ignorar

¹⁸⁵ Sánchez Botero, E. (2006). *Entre el Juez Salomón y el dios Sira: decisiones interculturales e interés superior del niño*. Bogotá: Gente Nueva, p. 307.

¹⁸⁶ *Ibid.*

¹⁸⁷ *Ibid.*

la existencia de normatividades distintas, la ausencia de estructuras y procedimientos unitarios y generalizados de congruencia, de espacios de normatividad jurídica, etc. Lo que no es otra cosa que la falta de identidad-autonomía de un campo de la juridicidad, concluye Sánchez Botero.

La tarea entonces pareciera destinada a fortalecer un sistema unificado del derecho que permita la relectura del pluralismo jurídico al interior del sistema jurídico estatal, permitiendo la posibilidad de generar otros criterios y programas normativos capaces de viabilizar una referencia multicultural del derecho en la sociedad. Aquí entonces aparece la pauta, desde el ordenamiento jurídico, necesaria para el reconocimiento del PJ: los mecanismos de coordinación. Y este es uno de los obstáculos que el PJ tiene, como argumentación teórica, que superar de su liminidad, como veremos.

El pluralismo jurídico está llamado a combatir la ideología concreta del liberalismo jurídico y estatal que asume a la sociedad como una estructura monolítica y homogénea sometida a un sólo tipo de sistema jurídico y a un sólo criterio de justicia igual para todos. En realidad, solo a través del PJ se puede comprender a la sociedad como una estructura social compleja y heterogénea compuesta por grupos, clases y sectores sociales que albergan diferentes criterios sobre la justicia -deberíamos decir “justicias” en plural- y con diferentes sistemas jurídicos que imponen diferentes ordenes sociales. Hacer que esos sistemas de justicias y esos diferentes sistemas jurídicos funcionen en una misma dirección, es decir, impongan el orden y el bien común general como criterio de justicia de toda la sociedad en su conjunto para garantizar la convivencia pacífica de sus miembros, es el objetivo que persiguen los mecanismos de coordinación de los diferentes sistemas jurídicos que coexisten en un mismo espacio social.

Concretar la coherencia lógica y procedimental entre los diferentes sistemas jurídicos que subsisten en una sociedad se hace más dificultoso cuando la coordinación se tiene que efectuar respetando las particularidades culturales y etnográficas del proceder de cada sistema jurídico y sus concepciones particulares de concebir la justicia. Vencer esta dificultad hace que pasemos del plano de la filosofía del Derecho al Derecho procesal. Es decir, ya no sólo nos importa poner en duda la legitimidad del monista sistema jurídico e imponer un nuevo criterio válido de sistemas jurídicos plurales, sino que ahora tenemos que buscar los mecanismos institucionales (políticas públicas) que en la práctica conciban un funcionamiento eficaz de la coexistencia de esos diferentes sistemas jurídicos multiculturales (plurales) que existen al interior de un mismo

territorio (unidad espacial). Esto se hace más difícil en sociedades étnicamente tan heterogéneas como son las latinoamericanas.

Cuando se habla de mecanismos de coordinación, se entiende que las normas y los procedimientos con trascendencia jurídica deberían tener validez social y en ese sentido entendidas por el Derecho del Estado. Es decir, el Estado en cuestión interviene los derechos propios de algún modo, aunque sea con expresiones disímiles de concordia, rechazo, integración, unificación o tolerancia y frente a esta decisión eminentemente política, también se está en presencia de un fenómeno estatal en el que el conflicto se disuelve por la vía de la capacidad del ordenamiento jurídico de absorberlo, es decir, por la plasticidad o porosidad del derecho estatal, que en palabras de Luhmann,¹⁸⁸ se dan en virtud de la eficacia de los mecanismos de apertura del sistema.

Aun bajo estos principios de valoración de lo distintivo y de lo propio de estos ordenamientos normativos indígenas, a pesar de su oficialización mediante el reconocimiento constitucional, se presentan situaciones en los procesos oficiales de interacción que son verdaderamente problemáticas y sin duda con ello la autora está precisando los límites de los mecanismos de coordinación. En unos casos, como continúa explicando la autora, es difícil ponderar una salida al conflicto, y en otros, se lleva a una disputa de poder porque, o se presentan luchas ante la incompreensión de los referentes distintos, o hay desprecio de estos. Se trata de casos en los cuales se tipifica, desde el derecho oficial, la ilicitud de una conducta, que es permitida u obligatoria dentro del específico ordenamiento jurídico indígena. Esta ilicitud ha de examinarse más allá de los planteamientos de Zaffaroni para proferir una salida o sanción en derecho, y esta salida se configura nuevamente en la posibilidad o no de que los ordenamientos en conflicto puedan abrirse a los códigos implícitos que los configuran como distintos, y que se debaten en una lucha entre la imposición y la apertura.¹⁸⁹

La antropología y la sociología jurídicas coinciden en establecer que las sociedades pueden ser simples o complejas, entendiéndolas en este sentido, más bien como sociedades con sistemas jurídicos descentralizados o centralizados. En las sociedades descentralizadas, las relaciones sociales están basadas en estructuras de parentesco, afectividad y afinidad que establecen un criterio normativo de orden en base a tradiciones y/o costumbres. Las sociedades centralizadas

¹⁸⁸ Luhmann, N., (1991), "Sistemas sociales. Lineamientos para una teoría general", México, Universidad Iberoamericana – Alianza, citado por Sánchez B., op. cit., p. 127.

¹⁸⁹ Sanchez, B., op. cit., p. 128.

están basadas en relaciones sociales de producción, de intercambio y de intereses establecidas bajo un criterio normativo de legalidad racional altamente centralizado. Según esta idea de Sánchez Botero, las sociedades centralizadas mantienen el control social mediante las sanciones legales, castigos respaldados por la ley, decretado por una autoridad y bajo un procedimiento definido.

En las sociedades descentralizadas las sanciones legales no existen por falta de previsión o por la inexistencia de una autoridad única, concentrada, que las respalde; en esos casos, las sanciones que afectan a normas importantes suelen basarse en el principio de reciprocidad que se hace valer por la persona o grupo perjudicado.¹⁹⁰ Con este principio se busca reestablecer las relaciones que han sido rotas mediante daños. En las sociedades coentralizadas, en cambio, se requiere la existencia de un tercero (juez) que medie por encima de los contendientes e imponga una solución que no siempre es una reparación que reestablece el equilibrio.

Ahora bien, supongamos que en ambos tipos de sociedades se han cometido dos crímenes similares, por ejemplo, el asesinato de una mujer. ¿Cómo procederían sus diferentes sistemas jurídicos? En las sociedades centralizadas, el tercero (juez) castiga al culpable (homicida) y lo priva de libertad según lo dictado por el estatuto legal. En las sociedades descentralizadas el eje radica sobre el principio de reciprocidad y lo que pudiera parecer una solución más simple, tal vez tiene una fundamentación mucho más compleja. En ese sentido, por ejemplo, si el criminal pertenece a otro grupo en particular, entonces, se exige que se mate a una mujer del grupo del homicida y no al homicida mismo. Por otra parte, podía también haberse llegado antes a un acuerdo que hubiese reestablecido el equilibrio entre ambos grupos: por ejemplo, una entrega de ganado para pagar el precio de la otra mujer, o en la cesión de una que sustituyera a la asesinada.

Si revisamos, lo complejo del ejemplo más sencillo, el principio de reciprocidad sostiene la sofisticación necesaria al momento de lograr coordinar sistemas jurídicos tan diferentes como pueden ser los establecidos en sociedades descentralizadas, en relación con los de las sociedades altamente centralizadas. Entonces, ¿cómo coordinar coherentemente el principio de reciprocidad con lo estatuido legalmente? O en otras palabras ¿cómo establecer lazos de interlegalidad entre sistemas jurídicos diferentes en cuando a su origen étnico, cultural o racial, entre estos entre sí, y con sistemas nacionales de legalidad centralizada? Y también es válida la complicada pregunta de

¹⁹⁰ Cfr. Díaz, P. N. (1993). "El principio de reciprocidad desde la perspectiva sustantivista". *Política y cultura*, (3), pp. 232-337.

¿cómo coordinar diferentes principios de reciprocidad, por ejemplo, en pueblos indígenas diferentes entre sí, complejos y muchas veces enfrentados?

Los criterios de coordinación y las diferentes perspectivas que abordamos en esta investigación nos dan interesantes respuestas al respecto. De acuerdo con lo revisado, no se puede hablar de un sólo criterio de carácter teórico cuando menos, que pueda hacer realidad una coordinación de sistemas jurídicos disímiles de forma exitosa, por el contrario, existen varias alternativas de coordinación que serán más o menos eficiente según el contexto social donde se desplieguen y bajo las diferentes características de esas sociedades en que se encuentran.

Si, por ejemplo, en una determinada sociedad, el Estado central es reacio a reconocer los derechos indígenas por mantener un criterio de pureza racial o étnica, será muy difícil hacer realidad ningún tipo de coordinación interlegal. Algo que será muy distinto si el Estado central reconoce la existencia de esos grupos indígenas y su legítima reclamación de hacer válidos sus derechos ancestrales. Lo mismo sucede en sociedades donde las diferentes comunidades indígenas no son capaces de ponerse de acuerdo entre ellas para hacer valer sus derechos originarios por tener múltiples enfrentamientos culturales, raciales, políticos, económicos, religiosos, ideológicos o simplemente cosmovisiones del mundo diferentes. Aquí también la coordinación jurídica Inter legal se vuelve más compleja aún; caso contrario, si estos grupos étnicos mantienen un contacto fluido y son capaces de dejar a un lado sus múltiples diferencias y cosmovisiones del mundo por el bien de todo el movimiento indigenista. No debe perderse de vista, no obstante, que a menudo tales diferencias o dificultades en las relaciones entre pueblos y comunidades suele ser consecuencia de la existencia de un terreno de disputa por los recursos y las propias subjetividades que ha sido, previamente, creado y abonado por el Estado, por la sociedad dominante, y sus políticas desarrollistas y extractivas.

Desde una perspectiva más bien académica, buscar los criterios más amplios para una clasificación de los mecanismos de coordinación pueden surgir a partir de la ubicación de los elementos distintivos empleados en la justicia ordinaria como son la jurisdicción y la competencia, a partir de los cuales se puede observar algunas de las dificultades que se presentan en la interacción de estos sistemas de administración de justicia indígena y ordinaria y la necesidad que se vayan determinando parámetros de cooperación y coordinación entre jurisdicciones.

Algunas de estas alternativas jurídicas para la coordinación y cooperación como mecanismos de conceptualización y praxis del PJ pueden ser entonces: entre jurisdicciones, mecanismos normativos, partiendo del mandato constitucional que impone la creación de una ley de cooperación, para luego analizar otras formas legítimas y útiles como son los mecanismos institucionales y jurisprudenciales a partir de los cuales se puede ir delimitando y forjando el camino para que los sistemas de administración de justicia indígena y ordinaria puedan coexistir respetando sus diferencias y auxiliarse mutuamente.¹⁹¹

Los mecanismos de coordinación normativos constituyen el marco legal dentro del cual se encuentran preestablecidas las formas de coordinación y cooperación entre jurisdicciones, señala Tapia y, citando a Jaime Vintimilla refiere que estos mecanismos son las “... prescripciones y descripciones que permiten que las autoridades indígenas y los operadores judiciales ordinarios tengan claro cuál es su misión en el manejo de conflictos y en la defensa de los derechos constitucionales”.¹⁹² Estos mecanismos han tenido gran acogida a nivel regional, ya que, en las Constituciones de Venezuela, Colombia, Ecuador, Perú y Bolivia, por mandato constitucional se ha dispuesto que los mecanismos de cooperación y coordinación deben estar dispuestos en la Ley.

En este sentido Raquel Irigoyen señala que “... debe establecerse mecanismos y formas de coordinación, cooperación, colaboración entre autoridades indígenas y estatales, bajo los criterios de mutuo respeto, diálogo, y sin buscar subordinar a las autoridades indígenas como meros auxiliares de la justicia estatal”.¹⁹³

Jaime Vintimilla considera que los mecanismos de coordinación institucionales son las herramientas que cada entidad pública o comunitaria debe considerar para que el pluralismo jurídico no sea tan solo teórico y normativo, sino que tenga asidero práctico; y que esta labor debe estar encabezada, para el caso de Ecuador, por el Consejo de la Judicatura que es el ente encargado de la promoción de la justicia intercultural¹⁹⁴ y conforme a la ley deberá destinar los recursos

¹⁹¹ Cfr./ Miguel Antonio Tapia León (2016). “Mecanismos de cooperación y coordinación entre justicia ordinaria y justicia indígena”. Tesis Magister. Universidad Andina Simón Bolívar Sede Ecuador, p. 46.

¹⁹² Jaime Vintimilla Saldaña, Ley Orgánica de Cooperación y Coordinación entre la Justicia Indígena y la Jurisdicción Ordinaria Ecuatoriana: ¿Un mandato constitucional necesario o una norma que limita a los sistemas de justicia indígena?, p. 53. Citado por Tapia, op. cit., p. 46.

¹⁹³ Yrigoyen, R. (1999). *Pautas de Coordinación entre el Derecho Indígena y el Derecho Estatal*. Fundación Myrna Mack, Guatemala, p.3.

¹⁹⁴ Acerca de los conceptos de Justicia intercultural y Jurisdicción Especial Indígena, revisar su desarrollo temático en el capítulo 3, punto 2.3

humanos, económicos y de cualquier naturaleza que sean necesarios para establecer mecanismos eficientes de coordinación y cooperación entre la jurisdicción indígena y ordinaria¹⁹⁵. De conformidad con lo señalado, se advierte que los mecanismos institucionales involucran necesariamente la intervención de las autoridades indígenas, con los diferentes órganos jurisdiccionales.

Finalmente, los mecanismos de coordinación jurisprudenciales y que son también de coordinación, se encuentran contenidos en las decisiones y sentencias dictadas por los operadores de justicia constitucional, internacional de derechos humanos, ordinaria e indígena, a partir de las cuales se van definiendo ciertos parámetros de cooperación entre jurisdicciones, así como se determinan los límites dentro de los cuales los sistemas de administración de justicia indígena y ordinaria puede operar y apoyarse mutuamente.

En algunos casos latinoamericanos, es precisamente a través de este tipo de mecanismos de coordinación y en función de la jurisprudencia constitucional que se han ido superando algunos de los vacíos existentes en la legislación en materia de cooperación. En la Parte II de esta investigación revisaremos los casos de Bolivia, Colombia y Ecuador, en comparación con lo regulado para el caso de Venezuela.

Debemos acotar, antes de finalizar este primer capítulo, que los mecanismos de coordinación de los sistemas jurídicos de los diferentes pueblos indígenas con el Estado, en tanto que último elemento definitorio del PJ, han sido establecidos originalmente por la misma Organización Internacional del Trabajo en el Convenio núm. 169 de 1989, que fue presidido por el Convenio núm. 107 de 1957, y que se considera el principal instrumento jurídico de los pueblos indígenas. Hasta los momentos sólo ha sido ratificado por 22 Estados. Será en su artículo 6 donde se le ordene a los Estados suscriptores realizar consultas y procesos de deliberación con las comunidades indígenas, antes de aprobar normas o llevar a cabo procedimientos que les afecten, de esta forma deberán:

- i. Establecer los medios para el pleno desarrollo de las instituciones e iniciativas de esos pueblos, y en los casos apropiados proporcionar los recursos necesarios para este fin.

¹⁹⁵ Vintimilla Saldaña, op. cit., p. 65

- ii. Establecer los medios a través de los cuales los pueblos interesados puedan participar libremente, por lo menos en la misma medida que otros sectores de la población, y a todos los niveles en la adopción de decisiones en instituciones electivas y organismos administrativos y de otra índole responsables de políticas y programas que les conciernan;
- iii. Consultar a los pueblos interesados, mediante procedimientos apropiados y en particular a través de sus instituciones representativas, cada vez que se prevean medidas legislativas o administrativas susceptibles de afectarles directamente;

Algunos de los criterios básico para alcanzar una coordinación Inter legal en estos términos legales podrían desprenderse en las siguientes acciones:

- i. Debe existir en primer lugar, consulta y representación de los pueblos interesados;
- ii. Participación libre en la toma de decisiones por parte de esos pueblos en igualdad de condiciones;
- iii. Proporción de recursos para la participación efectiva de esos pueblos afectados.

Pero serán más específicamente en los artículos 8, 9 y 10 donde queda claro cuáles son los mecanismos de coordinación a ser tomados en cuenta a la hora de resolver conflictos que afecten a las comunidades indígenas. El artículo 8, en su ordinal 1er, 2do y 3ero, establece que:

- i. Al aplicar la legislación nacional a los pueblos interesados deberán tomarse debidamente en consideración sus costumbres o su derecho consuetudinario;
- ii. Dichos pueblos deberán tener el derecho de conservar sus costumbres e instituciones propias, siempre que éstas no sean incompatibles con los derechos fundamentales definidos por el sistema jurídico nacional ni con los derechos humanos internacionalmente reconocidos.
- iii. Siempre que sea necesario, deberán establecerse procedimientos para solucionar los conflictos que puedan surgir en la aplicación de este principio.
- iv. La aplicación de los párrafos 1 y 2 de este artículo no deberá impedir a los miembros de dichos pueblos ejercer los derechos reconocidos a todos los ciudadanos del país y asumir las obligaciones correspondientes.

En esta disposición normativa observamos un rasgo de unidireccionalidad a la hora de aplicar procedimentalmente la coordinación Inter legal, ya que va del Estado (o legislación nacional) hacia

los pueblos interesados (indígenas), y será el Estado el que deba respetar sus costumbres e instituciones, las cuales tienen que ser compatibles tanto con los derechos subjetivos fundamentales como con los Derechos Humanos Universales. Y como aclara el inciso 3ero, los miembros de los pueblos indígenas gozan tanto de los beneficios y obligaciones de sus derechos ancestrales como de los del derecho nacional como cualquier ciudadano. Pero el artículo 9 del Convenio núm. 169 es más concluyente en esta dirección y tipifica las causas penales a ser atendida en estos casos:

- i. En la medida en que ello sea compatible con el sistema jurídico nacional y con los derechos humanos internacionalmente reconocidos.
- ii. Deberán respetarse los métodos a los que los pueblos interesados recurren tradicionalmente para la represión de los delitos cometidos por sus miembros.
- iii. Las autoridades y los tribunales llamados a pronunciarse sobre cuestiones penales deberán tener en cuenta las costumbres de dichos pueblos en la materia.

Aquí encontramos un criterio de progresividad jurisprudencial de compatibilidad, ya que al decir “en la medida en que ello sea compatible” es que se respetaran los métodos de castigo impuestos por los pueblos interesados, si no hay compatibilidad, pues, no. Es decir, si no existe esa compatibilidad progresiva se impone el sistema jurídico nacional y los derechos humanos universales. En otras palabras, persiste un claro mecanismo de subordinación de la justicia indígena a la justicia nacional e internacional. Sin embargo, en el artículo 10 de dicho Convenio núm. 169, se intenta suavizar un poco el criterio anterior:

- i. Cuando se impongan sanciones penales previstas por la legislación general a miembros de dichos pueblos deberán tenerse en cuenta sus características económicas, sociales y culturales.
- ii. Deberá darse la preferencia a tipos de sanción distintos del encarcelamiento.

Estos dos últimos incisos hacen referencia a una realidad innegable de los pueblos indígenas, tanto de América Latina como del Mundo entero, y es que son pueblos pobres y marginados históricamente en busca de reivindicación y reconocimiento. Las sanciones penales llevadas a cabo por el Estado nacional no pueden imponer castigos impagables para estas comunidades pobres y marginadas. De la misma forma el encarcelamiento para un indígena que cometió un delito menor

significa simplemente una pena de muerte y esto debe tenerlo en cuenta tanto el juez como el legislador a la hora de aplicar justicia a esos pueblos.

Pero llevar estos principios de coordinación interlegales de la teoría jurídica a la práctica jurídica es más complicado de lo que parece a primera vista sobre todos desde el punto de vista del pluralismo jurídico. Para lograr acercarnos a una respuesta ilustrativa al respecto, hacemos una propuesta donde establecemos un criterio de diferentes formas de concebir el pluralismo jurídico y las diferentes maneras de asumir la coordinación de diferentes sistemas jurídicos dentro de cada sistema jurídico plural, como se apunta en la tabla 3:

Tabla 3. Mecanismos de Coordinación de diferentes Sistemas Jurídicos en el plano del debate del Pluralismo Jurídico latinoamericano.

	PLURALISMO JURÍDICO CLÁSICO	PLURALISMO JURÍDICO NUEVO
PLURALISMO JURÍDICO CONSERVADOR	1 Mecanismo de coordinación de asimilación forzosa colonial y neocolonial.	3 Mecanismo de coordinación jurisprudencial de aplicación unidireccional.
PLURALISMO JURÍDICO PROGRESISTA/IGUALITARIO	2 Mecanismo de coordinación de la emancipación colonial y neocolonial.	4 Mecanismo de coordinación de negociación intersubjetiva, deliberativa y multidireccional.

Fuente: Elaboración propia en base a las tipologías de pluralismo jurídicos.

Como hemos venido observando a lo largo de esta investigación, hay diversas formas de abordar el pluralismo jurídico que dan origen a diversas formas de coordinación de sistemas jurídicos diferentes¹⁹⁶. En el primer vector encontramos la confluencia del pluralismo jurídico clásico con el pluralismo jurídico conservador. Lo hemos denominado mecanismo de coordinación de sistemas jurídicos de asimilación forzosa colonial y neocolonial, porque, siguiendo los aportes de

¹⁹⁶ No seguimos la tradicional lectura contrarias a las agujas del reloj para leer los diferentes vectores producidos.

Sally Merry, el PJ clásico se caracteriza por que dos sistemas jurídicos claramente diferenciados entran en relación, pero uno se impone forzosamente sobre el otro para garantizar su hegemonía y dominación, lo cual lo hace conservador al querer perpetuar el statu quo del grupo hegemónico. Aquí se produce una asimilación forzosa de las leyes (coloniales) por parte de la cultura dominada (indígena) que se le reconocen algunas leyes ancestrales (familiares, sobre todo) sólo en aras de garantizar el dominio de la cultura superior y su explotación. Aquí cobra relevancia la noción de “epistemicidio” aportada por De Sousa Santos y que no viene a ser otra cosa que la destrucción de formas diversas del conocimiento, de parte del carácter hegemónico del saber en medio del cual nos movemos, que, en su tarea de dominación, homogeneiza todo a través de su impositiva óptica y niega la existencia de cualquier otro conocimiento, diferente a sí mismo.¹⁹⁷

En el segundo vector encontramos la intersección de mismo PJ clásico, pero con el PJ Progresista de corte antisistema. Lo hemos denominado mecanismo de coordinación Inter jurídica de la emancipación colonial y neocolonial. En este cuadrante, lo más importante es encontrar un mecanismo de coordinación que rompa definitivamente con las estructuras jurídicas de dominación impuesta desde la colonia y que todavía subsisten en tiempos republicanos en sus versiones neocoloniales como el “consenso de Washington” apuntado por Yrigoyen. Ideológicamente es el paradigma Inter jurídico que persiguen los movimientos de izquierda en América Latina, siguiendo las tesis de Carlos Mariátegui de que las tradiciones, costumbres y normas de los indígenas son superiores a la de la estructura capitalista explotadora, y serían las que deberían prevalecer como mecanismo de emancipación en “Indoamérica”.

En este paradigma, se necesita que las comunidades indígenas coordinen con las autoridades centrales dominantes para separar progresivamente los dos sistemas jurídicos y garantizar la autonomía jurídica plena de los pueblos indígenas. Rebeliones históricas como la de Tupac Amaru en el Reino del Perú en plena etapa colonial, el “grito de dolores” del Padre Hidalgo en México o la rebelión zapatista en Chiapas (tras el levantamiento del EZLN el primero de enero de 1994) pueden servir de ejemplos ilustrativos de mecanismo de coordinación de emancipación colonial y neocolonial.

En esta situación, la necesidad de coordinación jurídica en pro de la emancipación puede ser forzosa y se puede apelar al uso de la violencia como mecanismo de persuasión para obligar a las

¹⁹⁷ De Sousa Santos, B. (2009). *Epistemología del sur*, Siglo XXI Editores, México, p. 368

autoridades centrales hegemónicas a reconocer la necesaria y progresiva separación de diferentes formas de vidas. Si las rebeliones o el uso de la fuerza por parte de comunidades indígenas es lo suficientemente efectiva y contundente, las autoridades centrales se verán en la obligación de crear leyes o instrumentos legales donde reconozcan tal separación y los mecanismos jurídicos que se llevarán a cabo para concretarla.

En el tercer vector encontramos la confluencia entre el PJ nuevo y el PJ conservador. Lo denominamos mecanismo de coordinación jurisprudencial de aplicación unidireccional porque, siguiendo a Sally Merry, el PJ nuevo es propio de las sociedades capitalistas modernas donde coexisten y se interpenetran órdenes legales no oficiales con el oficial que permean a toda la sociedad. A diferencia de los dos primeros vectores que tienen una visión dualista de sistemas jurídicos diferenciados, en esta apreciación los sistemas jurídicos se han influenciado mutuamente dentro de una misma matriz de poder debido a la lógica de la dominación. Hablando en sentido estructural funcionalista lo que afecta a un sistema jurídico en particular afecta a todos los sistemas jurídicos existentes y viceversa, de allí la necesidad de coordinación. Pero este PJ nuevo se hace conservador en el momento en que los criterios de coordinación Inter jurídicos son impuestos unilateralmente por el sistema jurídico dominante a los demás. Y esto porque no existe una comunicación fluida entre la justicia nacional y las comunidades indígenas, y cada uno trabaja en sus normativas sin tomar en cuenta a los otros. En este caso se dificulta la coordinación entre sistemas jurídicos diferentes cuando hace falta un criterio unificador o una ley en particular emanada de una autoridad central que sea capaz de garantizar y aclarar los mecanismos de coordinación a ser aplicado en el proceso judicial, como el caso colombiano con la ausencia de una Ley de Coordinación prevista por la Constitución de 1991 pero no estatuida aún.¹⁹⁸

En este plano las medidas jurisprudenciales tomada por la autoridad central no buscan separar los diferentes sistemas jurídicos existentes sino acoplarlos para un mejor funcionamiento y una mejor cooperación procesal. En sí mismo busca vencer las dificultades y las posibilidades de la interculturalidad legal que puedan establecerse entre autoridades indígenas y los jueces de la rama judicial nacional. Se entiende también que una educación jurídica (mediante la creación de talleres, charlas, reuniones, intercambios o mediante el establecimiento de facultades de derecho en zonas

¹⁹⁸ En este particular hacemos referencia el artículo de: Zambrano, C., (2008). “Afrontamiento intercultural para la coordinación jurisdiccional con pueblos indígenas colombianos”. *Iconos. Revista de Ciencias Sociales. Facultad Latinoamericana de Ciencias Sociales-Sede Académica de Ecuador*. Núm. 31, Quito, mayo 2008, pp. 71-85.

indígenas) que enseñe tanto a los jueces nacionales las particularidades de los usos y costumbres indígenas, como también enseñe a las autoridades locales indígenas a conocer el sistema jurídico nacional podrán ayudar a ser más efectiva la coordinación entre los diferentes sistemas jurídicos. Pero el sistema de coordinación continua siendo unilateral porque en todo momento se dirige del Estado y su criterio jurisprudencial a las comunidades indígenas pero se establece en al marco del pluralismo jurídico porque se respeta el hecho de que los indígenas pueden ser juzgados por sus propias autoridades, en sus territorios, de acuerdo con sus normas y procedimientos y con debido respeto a la cosmovisión de los sistemas jurídicos de sus pueblos como lo establecen el Convenio núm. 169 de la OIT.

En el cuarto vector tenemos el mecanismo de coordinación de negociación intersubjetiva y deliberativa¹⁹⁹ que confluye con la intersección del PJ-nuevo con el PJ-progresista. Al igual que el vector tres, en este se enmarca el ámbito del PJ-nuevo, al revisar la forma cómo se ha venido estableciendo la interacción entre las jurisdicciones indígenas y el sistema judicial nacional y los criterios de funcionamiento de cada uno de esos espacios de administración de justicia. Sin embargo, puede ser considerado como contestatario en tanto que no está conforme a lo que se ha venido estableciendo jurisprudencialmente, de forma unidireccional o en mesas separadas; es decir, el Estado por su parte, establece las reglas de coordinación y las comunidades indígenas también por su lado, establecen sus propias reglas.

La posibilidad de encontrar puntos de coincidencia en esta situación es muy difícil y de muy baja calidad. Por eso es por lo que propone un cambio paradigmático que mejore la complejidad que existe entre coordinar sistemas indígenas y el sistema de justicia nacional, sobre todo cuando hay carencia de códigos o normas estatuidas que guíen tal coordinación. Para lograr este objetivo, la propuesta ha de ser adoptar un paradigma dialógico-discursivo donde se reconozca a las comunidades indígenas como interlocutores judiciales válidos ante las autoridades nacionales y viceversa. Jorge Roa, con relación al caso colombiano, piensa que el método negocial: “involucra un proceso de deliberación entre las autoridades indígenas y las autoridades civiles, con el fin de acordar un marco o conjunto de parámetros normativos que permitan la aprobación de una ley

¹⁹⁹ La idea de definir un mecanismo de coordinación de sistemas jurídicos distintos dentro de un modelo de negociación está expuesta en el artículo: Roa Roa, J. (2004). “Pluralismo jurídico y mecanismos de coordinación entre los sistemas de justicia indígena y el sistema nacional de justicia en Colombia”. *Revista Derecho del Estado* n.º 33, julio-diciembre de 2014, pp. 101-121.

general de coordinación y la creación de los instrumentos, instituciones y procedimientos para que los sistemas de justicia indígena y el sistema judicial nacional funcionen armónicamente”²⁰⁰. Este sería un método de diálogo, con consulta previa y deliberación de calidad.

En palabras de Roa, este mecanismo dialógico busca “La coordinación entre jurisdicciones busca evitar la impunidad, fortalecer y legitimar los sistemas de justicia, disminuir las decisiones contradictorias, fortalecer la cooperación de doble vía (autoridades indígenas ayudan a cumplir decisiones judiciales de sistema nacional y viceversa), garantizar el debido proceso y la seguridad jurídica, definir los conflictos negativos y positivos de competencias. Adicionalmente, la coordinación también implica financiación adecuada y suficiente para crear sistemas de información, infraestructuras y capacitación a funcionarios”²⁰¹.

En este escenario, les corresponde a los pueblos indígenas iniciar canales de negociación y no dejárselos sólo al Estado. Entre ambos, dialogando, deben encontrar los mecanismos adecuados para resolver los diferentes conflictos que ameriten coordinación entre todas las partes involucradas. Debe tomarse en cuenta que las comunidades o pueblos indígenas son muchos y con muchas diferencias entre ellos. Estas comunidades también necesitan dialogar y ponerse de acuerdo sobre los mecanismos de coordinación adoptar para luego poder discutirlos con las autoridades nacionales en igualdad de condiciones. El éxito o el fracaso del proceso de negociación dialógica dependerán de la voluntad de las partes interesadas en coordinarse para acoplarse de forma armónica a fin de lograr un Estado democrático inserto en un horizonte pluralista e interculturalmente abierto.

Como hemos visto, en los territorios donde existen varios sujetos capaces de generar ordenamientos jurídicos con absoluta y diversa pretensión de validez, surge inevitablemente el debate sobre cómo compatibilizar la exigencia de los ordenamientos jurídicos y cómo lograr así la coordinación entre ellos. El reconocimiento del pluralismo jurídico puede hacerse desde la coordinación (vectores 3 y 4) o desde la subordinación (vectores 1 y 2) de un sistema jurídico a otro. El abanico de posibilidades sobre los mecanismos de coordinación es múltiple y pueden pasar desde una coordinación tan impositiva que esté controlada por parte de una fuerza estatal poderosa

²⁰⁰ *Ibid.*, p.107

²⁰¹ Roa Roa, ob. cit., p. 106.

o, por el contrario, nos podemos encontrar con sociedades donde exista un reconocimiento real de las jurisdicciones indígenas en ciertos espacios territoriales.

Sobre los mecanismos de coordinación entre los diferentes sistemas se ha escrito mucho. Diversos autores han abordado el problema de las dificultades inherentes a la coordinación entre instituciones pertenecientes a diversos sistemas normativos. Una cosa es reconocer la necesidad de regular la diversidad y otra que funciones de facto. Así, por ejemplo, Trazegnies en su obra “Pluralismo Jurídico” nos pone de ejemplo el sistema de coordinación en los países africanos que tienen dos formas de reconocimiento. Según este autor, existen Estados que reconocen el derecho consuetudinario y que autorizan a las propias autoridades indígenas para que lo apliquen, limitando este reconocimiento a casos que no sean graves. Por el otro, existen otros estados que permiten reconocer el derecho autónomo en todos los asuntos, incluso en las causas de delitos graves, aunque reservan su aplicación a la jurisdicción del Estado.²⁰²

Entre estos dos extremos del continuum existen muchas fórmulas intermedias. La primera fórmula, es la llamada de “asuntos no trascendentales”, porque piensa que hay algunas situaciones que pueden ser cedidas alternamente por el Estado, siempre y cuando no sean fundamentales o esenciales, por lo que hay un evidente menosprecio por los sistemas diferentes al Derecho Oficial del Estado.

La segunda forma de reconocimiento es la “fórmula sin jurisdicción” que se reserva el poder de jurisdicción para el Estado dominante y niega la posibilidad de ejercer funciones a las autoridades indígenas, así como el reconocimiento de normas sustantivas; como es fácilmente perceptible se trata de un reconocimiento meramente teórico, riesgos que se exponen en los vectores con tendencias conservadoras. Como ejemplo del segundo tipo de reconocimiento, el caso más prototípico es el del Estado colonial de la India a finales del siglo XIX. Conviene recordar aquí que los tribunales ingleses quisieron aplicar el derecho hindú, de carácter religioso, y todos los intentos fracasaron ya que no se comprendía la lógica jurídica, y los sentimientos, conceptos e interpretación de la realidad eran totalmente diferentes.

Teniendo en cuenta los diferentes vectores, las fórmulas de reconocimiento pueden ser muy diversas y con diferentes niveles de intervención. A este respecto, según el informe de la Comisión

²⁰² Cfr. De Trazegnies, *Posmodernidad y pluralismo jurídico*, en *¿Qué modernidad deseamos?: el conflicto entre nuestra tradición y lo nuevo*, Lima, Epígrafe Editores, 1994, p. 195. Citado por: Cabedo M., op. cit., p. 73

Australiana para la Reforma del Derecho realizado en la década de los setenta,²⁰³ se pueden clasificar los sistemas de reconocimiento del pluralismo como sigue:

- i. Sistema de integración normativa: según este sistema se integra el derecho indígena al sistema estatal mediante su codificación. Es decir, las normas de los pueblos y comunidades indígenas son positivizadas como normas de Derecho del Estado poderoso. Se institucionaliza la normatividad indígena por los cauces que tiene el Estado para crear norma de Derecho positiva. Aunque parece que sea un sistema de reconocimiento total, no es así, porque en realidad significa una asimilación y no tiene muestras del respeto a la otredad como se expone en el vector 1. La forma más clara de no respetar la diferencia es hacerla mismidad institucionalizándola. Además, tiene graves dificultades para su aplicación, que van desde el idioma hasta la posibilidad de encontrar autoridades formadas en la comprensión de la cultura a la que se pretende aplicar dicho sistema. También se puede presentar el sistema de integración parcial incorporando solo una parte del derecho indígena al derecho del Estado.
- ii. Sistema de remisión de casos. Según esta posibilidad, el Derecho oficial a través de una norma de reenvío asigna determinadas materias, casos y circunstancias a las costumbres jurídicas ancestrales de miembros de las comunidades o pueblos indígenas. Este es un sistema de reconocimiento bastante criticado porque en última instancia es el juez del Estado oficial el que puede interpretar y aplicar la norma de reenvío. Esto se expone en el vector 3 de nuestro esquema.
- iii. Sistema por traducción. Según René Kuppe, este sistema consiste en equipar una institución del Derecho indígena con una del Derecho oficial, atribuyéndole al indígena el contenido que se establece en la normativa estatal.²⁰⁴ Se podría considerar como uno de los sistemas más intervencionistas ya que lo que se pretende es calcar en el derecho indígena el derecho estatal como lo podemos apreciar en el vector 3.
- iv. Sistema por exclusión. Según este mecanismo se excluye el derecho estatal en

²⁰³ Ochoa García Carlos (2002). *Derecho consuetudinario y pluralismo jurídico*. Cholsamaj, Guatemala, p. 34.

²⁰⁴ Kuppe., R. (2010). “Autonomía de los pueblos indígenas. La perspectiva desde la Declaración sobre los derechos de los pueblos indígenas”. En: González, M. *et all. La autonomía a debate. Autogobierno indígena y Estado plurinacional en América Latina*. FLACSO, Ecuador. p. 102.

algunas áreas definidas en la que se permite la aplicación del derecho consuetudinario indígena. Esto lo apreciamos en el vector 2 de nuestro esquema.

- v. Sistema por acomodación en que los jueces o el legislador deben realizar un acomodo simétrico dentro del Estado del derecho consuetudinario indígena. Este último sistema de reconocimiento de los derechos indígenas puede ser considerado el embrión de un paradigma de reconocimiento general y simétrico de los distintos sistemas jurídicos que existe. Esto se acerca a la propuesta del vector 4.

Ahora bien, el carácter igualitario en los mecanismos de coordinación del PJ, puede decirse que permanece sólo en los casos en que determinada reglamentación fije los límites para la vigencia del derecho indígena, dentro de un ámbito personal o territorial específico. Por ejemplo, seguiríamos hablando de PJ igualitario en los casos de una regulación que estipule un derecho como vigente, a la hora de regular relaciones jurídicas entre dos personas miembros de la misma comunidad, pero cuando se trata de conflictos de carácter mixto, cuando la duda está fundamentada en la posibilidad de accionar uno (nacional) u otro sistema (especial) en tanto que reglas de referencia, la cuestión residirá en determinar por cuál de los dos sistemas optarán los operadores jurídicos. Ello requiere establecer con precisión los medios de coordinación como lo sugieren los vectores 3 y 4 de nuestro esquema principal.

Algunos autores consideran que esta regulación en el derecho occidental es la atinente a las reglas del derecho privado internacional, a condición de que estas reglas no puedan ser cambiadas unilateralmente por la autoridad nacional. Ahora bien, cuando la cuestión es no quitarle su carácter autónomo al derecho indígena (vectores 2 y 4), entonces se hace menester instituir sistemas de pluralismo jurídico formal y, la reflexión sobre la manera cómo se articulan estos dos o más sistemas, nos habla de la necesidad de la coordinación.

En la determinación de los mecanismos de coordinación necesarios para hablar de PJ, existen algunas maneras de concertar tipos distintos de derecho que normalmente revisten formas legales y políticas, así como reglas y procedimientos legales, que se consideran dentro del conocido federalismo. Las reglas federales son reglas de derecho formal nacional que, en una situación de pluralismo jurídico formal, podrían aspirar a asegurar un valor legal y definitivo a soluciones y decisiones producidas y tomadas según las normas y los procedimientos propios de los sistemas de derecho y autoridad indígenas. En ese sentido, se llegan a subsumir los mecanismos de

coordinación, dentro de los procedimientos regulares de los estados federales, pues establecen los ámbitos de competencia de estos e incluso algunas normas que utilizan para dirimir conflictos de competencia, así como las instancias y los procedimientos de apelación, actúan en estricto sentido de coordinación, llegando a ser ejemplos evidentes de PJ igualitario.

Se describe acá el reconocimiento del derecho indígena en forma de una federalización del Estado, aludiendo a aquellos casos en los que todo el territorio nacional se halla dividido en departamentos, estados o provincias más o menos autónomos del mismo tipo y rango constitucional. Así, por ejemplo, en los estados federales como Estados Unidos, México o Canadá:

Se puede extender este concepto a la situación que instituye una nueva provincia como Nunavut en el norte de Canadá, que como entidad pública en ningún aspecto se distingue de las demás provincias, pero que al ser el territorio donde viven los Inuit, de hecho, puede servir como modelo de otorgamiento de autonomía a los Inuit que son la población mayoritaria allí.²⁰⁵

Hay otras reconstrucciones también que merecen la pena destacarse. En el derecho civil internacional se usa el nombre reglas de conflicto para indicar reglas que tienen una función igualmente federativa, donde se reconocen territorios especiales otorgándoles un estatuto especial (privilegiado) bien sea por su carácter multiétnico como en la Región Autónoma de la Costa Atlántica de Nicaragua (RAAN), o étnico como las comarcas de Panamá.²⁰⁶ La reglamentación que consagra este último ejemplo supone por otra parte una reflexión en la noción de autonomía,²⁰⁷ y desde luego, un examen más profundo acerca del concepto de reglas y procedimientos legales federales.

Finalmente, y a modo de conclusión de este subcapítulo, cabe destacar la opinión de Cruz Rueda, respecto a la existencia de tres posturas relacionadas respecto al tipo de relación entre sistemas jurídicos y que nos permiten concretar lo relativo a los tres elementos que conforman el PJ a los que nos hemos referido anteriormente: los sistemas jurídicos, los sujetos del pluralismo legal y los medios de coordinación dentro del PJ.

²⁰⁵ Hoekema, A. (2002). “Hacia un pluralismo jurídico formal de tipo igualitario”. En *Revista: El otro derecho*, número 26-27. ILSA, Bogotá D.C., Colombia, p. 72

²⁰⁶ *Ibid.*, p. 73

²⁰⁷ Hoekema desarrolla ampliamente esta relación conceptual entre pluralismo jurídico igualitario, federalismo y autonomía en la obra recién citada. Cfr/ Hoekema, A., “Hacia un pluralismo jurídico formal de tipo igualitario”, op. cit., pp. 70 y sigs.

Una primera postura para esta autora mexicana es la que reconoce la existencia de diversos sistemas jurídicos independientes entre sí pero coexistiendo en un mismo territorio; la segunda posición plantea la relación de esos sistemas jurídicos en una mutua constitución de legalidades y, una última aproximación establece la relación de sistemas jurídicos como dos miradas distintas sobre un mismo objeto –por ejemplo una disputa–, sobre el cual cada sistema jurídico tiene principios y procedimientos diferentes para darle solución.²⁰⁸

Tales posiciones, sigue la autora, delinear caminos diferentes para abordar el estudio del derecho en comunidades indígenas, lo cual tiene consecuencias importantes a efectos de resaltar la categorización epistemológica del PJ. Tanto la visión del pluralismo jurídico como una interacción y mutua constitución de legalidades, como aquella propuesta analítica más normativista que busca reconstruir las miradas distintas sobre la norma, en torno a casos de disputas, son complementarias para el análisis. De esta manera, podemos decir, de acuerdo con de Sousa Santos,²⁰⁹ que el planteamiento central del PJ es ver al derecho como un universo policéntrico de órdenes jurídicos o formas diversas de derecho interconectados y sobrepuestos, llamado por el mismo: interlegalidad²¹⁰. Sobre estos mecanismos de Sousa Santos señala:

[Los] desarrollos socio-jurídicos revelan, pues, la existencia de tres espacios jurídicos diferentes a los que corresponden tres formas diferentes de derecho: el derecho local, el derecho nacional y el derecho mundial. Es poco satisfactorio distinguir estas formas de derecho con base en el objeto de regulación pues, a veces, regulan o parecen regular el mismo tipo de acción social. En mi entender, lo que distingue a estas formas de derecho es el tamaño de la escala con que regulan la acción social. El derecho local es una legalidad de grande escala; el derecho nacional estatal es una legalidad de mediana escala; el derecho mundial es una legalidad de pequeña escala [...]²¹¹

²⁰⁸ Cruz R., E. (2008). *Principios generales del derecho indígena*. En: Huber R., et al. (coord.). *Hacia sistemas jurídicos plurales*. Fundación Konrad Adenauer, a.c., México, pp. 29-48.

²⁰⁹ Santos (1991). Citado por Cruz Rueda, E., op. cit., p. 32.

²¹⁰ Cruz Rueda cita al respecto una comunicación personal con la autora colombiana Esther Sánchez B., quien señala: “Para mí el concepto de interlegalidad no es que la legalidad de un sistema toque el territorio de otro espacio social y entonces es en esa intersección donde se da la interlegalidad. No. La interlegalidad para mí es que frente a un mismo objeto se utilizan dos principios y dos procedimientos que provienen de dos sociedades que son portadoras de éstos y, por decirlo así, también son aportadoras para encontrar una salida a un asunto”. (Comunicación personal del 21 de octubre de 2005). En: Cruz R., E. *Principios generales del derecho indígena*, op. cit., p. 31.

²¹¹ De Sousa Santos, B. (1991). “Una cartografía simbólica de las representaciones sociales. Prolegómenos a una concepción posmoderna del derecho”, en *Nueva Sociedad* (Buenos Aires) N.º 116, noviembre-diciembre, pp. 223-224.

Al respecto refiere Bravo, que, si bien los ordenamientos jurídicos entendidos en escalas superan las barreras estatales, la necesidad expansiva de la acumulación del capital las obliga a localizarse predominantemente unas sobre otras (escalas).²¹² Así, la relación y coexistencia de sistemas jurídicos no se pueden centrar en el Estado, sino entender que éstos se interrelacionan con otros ordenamientos jurídicos a escala regional, local, comunitaria, vecinal, etc. Como explica de Sousa Santos. El estudio por escalas del derecho no implica un análisis fragmentario; por el contrario, ayuda a comprender y visualizar tanto la pluralidad de ordenamientos jurídicos que se interrelacionan y superponen en diferentes espacios jurídicos –interlegalidad–, como las relaciones de poder que se ponen en juego, más allá de las estatales u oficiales. Se podría decir que la escala es la cancha de juego de las relaciones interlegales de los pluralismos jurídicos.²¹³

En ese orden de ideas, Bravo explica que el estudio interescalar e interlegal del derecho puede tener tres aportes valiosos: en primer término, el análisis de los hilos finos hacia arriba y hacia abajo de las disputas que se dan entre los pluralismos jurídicos dominantes, locales, comunitarios, vecinales, etc. En segundo lugar, puede indicar las formas en que se expresan las relaciones de poder tales como la imposición, la impugnación, la resistencia o la negociación en las disputas por el derecho –la construcción de la legalidad– y los derechos. Y en tercera instancia, puede esbozar los contextos, actores y relaciones de poder que se articulan en los juegos de las (i)legalidades.²¹⁴

Para de Sousa Santos, en su cartografía simbólica del derecho, como se ha visto, lo que distingue a cada derecho u ordenamiento jurídico es el tamaño de la escala de regulación de la acción social y no el objeto ni el objetivo de regulación, dado que podrían regular aparentemente el mismo tipo de acción social y los agentes e intereses jurídicos también podrían coincidir. Cada escala entonces, tiene un nivel de regulación que delimita lo que pertenece o es excluido de su esfera del derecho y se define a su vez por tres elementos: el nivel de detección, que distingue lo relevante de lo irrelevante; el nivel de discriminación, que permite delimitar cuándo una acción social se regula de la misma manera y cuándo de modo distinto, y el nivel de evaluación, que valida cualitativamente el sentido de la regulación, es decir, la cualidad ética de la acción social que permite distinguir entre lo legal y lo ilegal. Así visto, cada escala tiene un espacio jurídico de

²¹² Bravo, E. (2019). “El derecho como campo en disputa dentro de la geografía capitalista del despojo y la explotación”. En: Benente Mauro y Navas Alvear Marco [Compiladores]. *Derecho, conflicto social y emancipación. Entre la depresión y la esperanza*. CLACSO. Buenos Aires, pp. 62 y sigs.

²¹³ *Ibid.*

²¹⁴ *Ibid.*

regulación, el derecho local es una legalidad de gran escala, el nacional de mediana y el mundial de pequeña, pero las escalas no existen aisladas ni se constituyen a sí mismas, sino que existen interrelaciones e intersecciones complejas y dinámicas entre ellas.²¹⁵

Es así como se puede afirmar, con el mismo de Sousa Santos, que los diferentes órdenes jurídicos operan en escalas diferentes y, con eso, traducen objetos empíricos eventualmente iguales en objetos jurídicos distintos. De esta manera, según Cruz Rueda, la propuesta de Boaventura de Sousa Santos, resulta muy atractiva para pensar la relación entre los sistemas jurídicos y la construcción del campo jurídico sobre la base de órdenes policéntricos vinculados entre sí en diferentes escalas. De ahí que el estudio del pluralismo jurídico, más allá de su comprensión en la realidad como la existencia de sistemas normativos diversos, o de formas distintas de derecho, promueve sacudir, en medio del dinamismo que la autora subraya, y su complejidad en el contexto histórico de la relación entre los pueblos indígenas y el Estado, lo que, a su vez, exige una revisión de las categorías epistemológicas desde las cuales podemos conocer al Derecho.

Con estas precisiones conceptuales acerca del pluralismo jurídico y una vez delimitado su campo gnoseológico, reconocidos los tipos y clases de pluralismo jurídico y la importancia que juegan hoy día los nuevos pluralismos y sobre todo, habiendo determinado la noción de sistema jurídico, los sujetos actuantes del PJ y los mecanismos de coordinación, todos tres como elementos transversales en la conceptualización del PJ, la tarea siguiente, a nuestro fin investigativo último, amerita ahondar en los fundamentos teóricos que lo complementan, como revisión crítica de los elementos teóricos que han venido sirviendo de marco referencial cuando se habla de pluralismo jurídico.

²¹⁵ De Sousa Santos, B. (1991), ob. cit., pp. 27 a la 33.

Capítulo 2. Los fundamentos epistemológicos del pluralismo jurídico

La necesidad de construir una epistemología pluralista para entender la interculturalidad asegura el principio de igualdad en los términos que la justicia cultural prevé como mecanismo de resistencia en el proceso de la defensa del reconocimiento de los derechos de los pueblos indígenas.

Para poder llegar a esta epistemología pluralista no basta conceptualizar el PJ y delimitar los elementos que lo conforman tal y como se ha hecho en el capítulo precedente, sino que es preciso revisar la fundamentación que comprenden estos antecedentes. Ese es el objeto del presente capítulo segundo: presentar la concurrencia de múltiples factores que ameritan desactivar las resistencias teóricas y argumentos ideológicos que mantienen la hegemonía del monismo jurídico y ante las cuales se evidencia la necesidad de fundamentar el pluralismo jurídico: la coexistencia de realidades yuxtapuestas, la mundialización, la colisión con el derecho estatal de una nueva *lex mercatoria* privada emanada de las empresas transnacionales, la diversidad de soluciones judiciales a distintos niveles, la inevitable pluralidad de leyes, propias y autóctonas en países aun en procesos descolonizadores, los procesos de confederalización creciente de algunas sociedades, la pluralidad de fuentes jurídicas, etc.

Podríamos decir, con Teresa San Román, que en este debate sobre la diversidad y todo lo que supone la convivencia intercultural, marco epistémico del PJ, en la actualidad se pueden entrever dos discusiones: el problema de la relación intercultural entre las personas, es decir, lo que supone la comunicación entre las culturas, por una parte y ese otro que llama la autora “hologeístico”²¹⁶, por la otra, en el cual los problemas de la economía-mundo y el orden político mundial son los elementos que marcan las pautas. A esta reflexión nos dedicaremos en los apartados subsiguientes, para poder completar el marco conceptual y definitorio del PJ, en los términos propuestos.

En virtud de ello se propone una revisión previa de la relación entre pluralismo y epistemología, para luego profundizar en esas dos revisiones: debate económico/político y el problema intercultural de la comunicación entre las culturas, haciendo finalmente, una contextualización de estas visiones en el campo teórico-jurídico a fin de identificar, como se ha venido proponiendo,

²¹⁶ San Román, T. (1996). *Los muros de la separación. Ensayo sobre alteridad y filantropía*. Tecnos. UAB Servei de publicacions. Barcelona, p. 106.

las resistencias teóricas y los argumentos ideológicos que han venido manteniendo la hegemonía del monismo jurídico, de tal suerte de poder finalmente, aportar elementos para su la superación de los límites del PJ de manera general y para el caso venezolano en particular.

La exploración de los fundamentos epistémicos del PJ es una compleja tarea que implica el reconocimiento y la categorización de la diversidad existente en un pluriverso político, cultural, social y cognitivo en el cual se exceden los argumentos ideológicos que la hegemonía del monismo jurídico protege.

El pluralismo jurídico además de la práctica que se fundamenta en la coexistencia o en el reconocimiento de dos sistemas jurídicos que tienen ámbitos definidos y distintos de jurisprudencia, como nos dice Sarela Paz, es una “cancha jurídica sujeta a la interpretación intercultural”²¹⁷. En ese sentido aparece la necesidad de profundizar los debates que se dan dentro del mismo pluralismo jurídico, sus implicancias para la vida institucional del Estado, pero, sobre todo, la manera en que las normas que regulan la vida pública deben ser transformadas a partir de su toma en cuenta.

En ese complejo entramado de “visiones plurales”, Raúl Prada Alcoreza, en su texto “Epistemología pluralista”, expone la necesidad de precisar bien la relación entre pluralismo jurídico y epistemología, y propone que distingamos entre el pluralismo epistemológico y la epistemología pluralista. El primero alude a un eclecticismo, a la existencia de varios paradigmas, varios modelos, varias *epistemes* o varias formas de pensar el Derecho. Mientras que la epistemología pluralista es la propuesta del pensamiento de la pluralidad y del acontecimiento, pensado como multiplicidad de singularidades. Se trata, en esta segunda instancia, de una forma de pensar, de conocer, de concebir, de hacer ciencia y de imaginar; opuesta al pensamiento universal, a la ciencia estructural, a la episteme moderna, a los modelos explicativos basados en la totalidad y en la deducción²¹⁸.

²¹⁷ Paz Sarela (2014). “Los diversos caminos del pluralismo jurídico: hacia una reflexión del estado plurinacional”.. En: Castro Milka (2014). *Los Puentes entre la Antropología y el Derecho. Orientaciones desde la Antropología Jurídica*. (edit). Universidad de Chile, p. 250

²¹⁸ Prada Alcoreza, R. (2014). “Epistemología pluralista”, En: Zambrana B., Amílcar (coord.), *Pluralismo epistemológico. Reflexiones sobre la educación superior en el Estado plurinacional de Bolivia*. Funproeib Andes, Bolivia, pp. 11-55.

Así las cosas, nos proponemos revisar con esta óptica pluralista, los debates que atañen el fundamento del PJ, tanto el modelo político y económico que lo impulsa o lo limita, como las posibilidades y las restricciones que en sí mismo supone la relación entre las culturas, entre las personas y sus valores. Una epistemología pluralista nos permitirá establecer, revisando los fundamentos del pensamiento crítico elementos para desactivar las resistencias teóricas y los argumentos ideológicos que mantienen la hegemonía del monismo jurídico y limitan al pluralismo jurídico, en miras de poder aportar luego, elementos para su superación en favor del eficaz reconocimiento de los derechos de los pueblos indígenas en general y de los pueblos indígenas de Venezuela, en particular.

1. Los elementos políticos que sustentan el pluralismo jurídico

Conforme avanzamos en la comprensión de qué es el pluralismo jurídico y ubicamos sus diversos elementos (sistema jurídico, el reconocimiento de los sujetos y los mecanismos de coordinación), nos damos cuenta de que ello conlleva una contextualización obligatoria sobre cimientos básicamente políticos. Los problemas de la economía-mundo y del orden político mundial inciden descendentemente sobre cualquier otro nivel de análisis de las relaciones interculturales, las posibilidades de convivencia pluriétnica entre las diversas culturas y sus conflictos fundamentan hoy más guerras de las que se sustentan a partir de tipos de ideas, nos explica San Román.²¹⁹ En los conflictos interétnicos de relaciones de convivencia, no sólo están pesando los efectos perversos de las desigualdades mundiales en ellas mismas, sino también la preocupación de todos los sectores por mantener y promover su propia diferencia; “hacerla valer en el juego de competencias, fuerzas y solidaridades, salvaguardarla de la desaparición y la corrupción universal.”²²⁰

En ese orden de ideas, la democratización del Derecho aparece como una necesidad emergente de la globalización y del neoliberalismo que han tenido que apresuradamente reivindicar la idea de Estado. Sin embargo, esa idea de Estado que recupera el poder político frente al mercado es una idea vieja que tiene cierta legitimidad, pero que a menudo implica una desconfianza o directo rechazo a la pluralidad cultural. Este, que es el debate central del presente trabajo, tiene como primera necesidad, revisar dichos fundamentos políticos del pluralismo jurídico. Tanto si de lo

²¹⁹ San Román, ob. cit., p. 109.

²²⁰ *Ibid.*, p. 110.

que se trata es de reconfigurar el estado como un estado verdaderamente pluricultural, como si hemos de demostrar el obstáculo de una recuperación del estado desde una lógica monocultural: en consecuencia, entendiendo el PJ como paradigma de ordenación normativa en favor del eficaz reconocimiento de los derechos de los pueblos indígenas venezolanos, se revisará, el debate entre liberalismo y multiculturalismo, para dar paso al rescate de la importancia de la diversidad cultural, la convivencia y la comunicación de los derechos, como los fundamentos políticos del PJ y su apuesta por una reconfiguración de la naturaleza del estado, de su estructura y de su organización.

1.1. La crisis de la modernidad como crisis de la sociedad liberal

En los años setenta del siglo pasado se inició un interesante debate en el plano filosófico normativo que tuvo como idea central la construcción de sociedades justas, libres y democráticas. Se sostenía que nuestras sociedades modernas, sobre todo las altamente industrializadas y las que estaban en vías de industrialización, habían colapsado material y moralmente y los ciudadanos que habitan en su seno ya no tenían disposición de encontrar un modo de vida digno y respetable. En términos técnicos, un alto costo de vida y una baja calidad de vida era el precio que tenía que pagar un ciudadano para poder vivir dentro de sociedades en conflictos existenciales.

Las instituciones básicas como el Estado, los partidos políticos, los sindicatos o bien la sociedad civil, que debían garantizarles un mejor nivel de vida a sus ciudadanos, ya no estaban en capacidad de garantizarla. Estas instituciones se habían entregado a resolver sus problemas particulares y se habían olvidado del deber fundamental para el cual habían sido constituidas en la modernidad: garantizar las condiciones para una vida digna, justa y libre a sus ciudadanos. El Estado sólo se preocupaba por defender los intereses de sus políticos y del gobierno. Los partidos políticos ponían los intereses particulares por encima de los nacionales y no buscaban garantizar el ejercicio del buen gobierno ni canalizar las demandas de sus miembros hacia el estado, lo que en realidad buscaban era disfrutar la prebenda de los cargos públicos bajo su mando. Los sindicatos se olvidaron de la clase obrera y cayeron en una oleada de corrupción sin precedentes como la que se vivió en Inglaterra y fue denunciada por Margaret Thatcher contra los sindicatos laboristas. La sociedad civil se convirtió en un club de empresarios egoístas ávidos de ganancias a cualquier costo.

Y en el plano internacional, en plena guerra fría, el aparato industrial fue transformado para producir armas para la guerra y dependencia tecnológica y cultural desde las sociedades avanzadas a las sociedades periféricas en aras de mantener su hegemonía sobre las llamadas zonas de influencia.

Era una sociedad que había perdido los valores esenciales de la convivencia humana como el respeto, la dignidad, la tolerancia, la cooperación y la ayuda mutua. Una sociedad donde ya no se respetaba al otro, al extraño, al diferente, y donde cada uno quería imponer autoritativamente su punto de vista hacia los demás sin permitir disidencia alguna. Sociedades donde las mayorías, sólo por ser mayorías étnicas, raciales, políticas o culturales, no respetaban a las minorías, y donde estas minorías buscaban poder solamente para contraatacar a las mayorías, lo cual hacía que las democracias no funcionasen efectiva ni eficientemente. La democracia no es el régimen político donde se enfrentan minorías contra mayorías y viceversa, antes bien se supone como un régimen donde las mayorías y las minorías deben ponerse de acuerdo para garantizar un mejor nivel de vida a los ciudadanos a través de una función pública eficiente y efectiva, lo cual exige como regla básica tolerancia y el respeto por el otro, por el diferente, por el débil. Bajo este panorama, sólo había un diagnóstico que a la postre parecía catastrófico y lapidario: La sociedad moderna había colapsado y con ella el paradigma teórico-metodológico que le habían dado forma y legitimidad: el liberalismo político.

Si no comprendemos la crisis de la sociedad moderna y el papel que en ella juega el liberalismo político, no podemos entender la relación que guarda el (re) surgir del pluralismo jurídico con el multiculturalismo en la actualidad. Este es el epicentro del debate sobre la crisis de la modernidad liberal que constituye, sin duda, un fundamento epistemológico del pluralismo jurídico.

Este debate se conecta con las propuestas postdesarrollistas aparecidas en la década de los 90', según las cuales "ya no puede pensarse la modernidad como la Gran Singularidad, el atractor gigante hacia el cual todas las tendencias gravitan ineludiblemente, el camino a ser caminado por todas las trayectorias que desembocarían en un estado inevitablemente estable"²²¹.

²²¹Aparicio, citando a Escobar, explica: "a nivel de los imaginarios, el posdesarrollo apunta a la creación de un espacio/tiempo colectivo donde el 'desarrollo' cese de ser el principio central que organiza la vida económica y social. Esto implica los siguientes elementos: cuestionar la preeminencia del concepto de crecimiento económico y este como meta; hacer visible la matriz cultural de donde proviene el desarrollo y su historicidad (visión dominante de la modernidad); desarticular paulatinamente en la *práctica* el modelo de desarrollo basado en la premisa de la modernización...". Escobar, A. (2009), "Una minga para el postdesarrollo", "La agonía de un mito: ¿Cómo reformular

En ese sentido se entiende también la manera distinta de entender la relación de los humanos con la naturaleza, más allá del modelo productivista económico, sino en una armonía y respeto mutuo. Este es el momento en el que el “vivir bien” aparece. En ese orden de idea el mismo Aparicio citando a Albó, expresa: “una de las principales expresiones con que actualmente se busca sintetizar el nuevo estilo de país que deseamos construir es *vivir bien*, contrapuesto a *vivir mejor*”²²².

Estas ideas que explican la crisis de la modernidad son fundamentales para una comprensión epistemológica del PJ, entendiendo que, al hablar de este debate, la relación o des/relación va más allá de lo jurídico, apertura las teorías del desarrollo y el postdesarrollo, marcando la línea que excluye toda decisión que no respete un acuerdo mínimo referido a los conceptos de justicia social, cultural e incluso ecológica. Es así como el Buen Vivir debe permite distintas concreciones de salida a esta crisis, y justifica principios de pluralidad de naciones, de culturas y también de sistemas jurídicos.

Finalmente, para ir cerrando este apartado, hay que señalar que la profundidad del debate que expone esta crisis tiene un conflicto ontológico: la ontología propia de la modernidad europea se basa en la separación entre sociedad y Naturaleza, en el convencimiento de un devenir histórico que se considera lineal, en la pretensión de control y manipulación, la fe en el progreso, etc. El Buen Vivir, en cambio, hace visible que hay “otras ontologías”, que se enfrentan pero que a la vez pueden encontrarse²²³. Por esta razón no puede entenderse la realización de este Buen vivir, y la superación de la crisis de la modernidad, sin la existencia de una institucionalidad plurinacional y descentralizada territorialmente, más allá de lo cultural, incluyendo lo ecológico y en general, los diversos espacios y temporalidades de la participación. Es entonces este, uno de los ejes donde se justifica epistémicamente el pluralismo jurídico.

“Frente a una modernidad cortoplacista y abismalmente asimétrica, los pueblos indígenas vienen a construir una subjetividad política disidente, anticolonial y creadora de otras modernidades, otras

el "desarrollo"?, número especial de la revista *América Latina en Movimiento*, ALAI (Ecuador), junio, p. 30. Citado por: Aparicio W., M. (2013). “El constitucionalismo de la crisis ecológica. Derechos y naturaleza en las Constituciones de Ecuador y Bolivia, en Pigrau Solé, A., (ed.). *Pueblos indígenas, diversidad cultural y justicia Los derechos de la Naturaleza y la lucha frente al poder corporativo en Ecuador*, Tirant Lo Blanch, València. p. 266.

²²² Albó, X. (2009). “Suma qamaña: el buen convivir”, La Paz, CIPCA, p. 1. En Aparicio W., M. (2013), ob. cit., p. 267.

²²³ Gudynas, E. (2011). “Buen Vivir: germinando alternativas al desarrollo”. *ALAI, América en Movimiento*. Núm. 462, febrero, pp. 13-14.

contemporaneidades”, afirma Aparicio cuando habla de una de las expresiones de esa otra modernidad, la del derecho al propio Derecho, a las propias formas de organización colectiva. Y este es, precisamente el fundamento epistémico del PJ al que se quiere llegar. No es solamente una acomodación a la diversidad, sino que supone el repensar de raíz el modo en que nos configuramos socialmente. La diferencia y el conflicto como fuente de inquietud y de duda; la duda y la inquietud como fuente de transformación.²²⁴

1.2. El debate entre el liberalismo y el multiculturalismo: sus efectos sobre el pluralismo jurídico

Aunado a lo explicado en el apartado anterior, en la búsqueda de los elementos políticos que sirven de base al apareamiento del PJ, es necesario referir como antecedente relevante, el otro debate no menos interesante como lo ha sido la contraposición entre el liberalismo y el multiculturalismo. A esos efectos se dedicarán las próximas líneas a la delimitación de dicho debate y la cimentación de este sobre la base de la diferenciación entre derechos individuales y derechos colectivos.

Sin duda alguna, el liberalismo como ideología política, ha marcado el pensamiento político occidental moderno. La búsqueda de la libertad como principio rector del desarrollo político y económico, y su idea básica de que cada pueblo, según su conciencia y necesidades, tiene la libertad de darse su propia forma de gobierno que garantice su paz, su prosperidad social y proteja legalmente la propiedad privada ante los abusos del poder, han sido principios rectores básicos del desarrollo de la cultura occidental moderna en estos últimos tres siglos.

En términos generales, debemos tener en cuenta que el liberalismo nació en la edad moderna dentro de los Estados absolutistas como una respuesta religiosa, política, económica y social contra el orden imperante de privilegios corporativos feudales del antiguo régimen que impuso su idea de un “derecho desigual para gente desigual”. Se basa en el supuesto de que existe un orden natural y armónico dentro del cual los individuos gozan de ciertos derechos que les son inherentes e inalienables. El liberalismo aparece vinculado con las luchas contra el poder despótico y el rechazo a las teorías que apoyan el fundamento divino del poder. No obstante, al margen de esta lucha contra el absolutismo, de su defensa de la libertad y de la creencia en un orden armónico, la preocupación central del liberalismo es la protección de la libertad frente a las limitaciones que le

²²⁴ Aparicio W., M. (2019). Prólogo a: *Modernidades contrahegemónicas. Pluralismo jurídico y sistemas normativos indígenas contemporáneos*. Icaria. Barcelona. p. 9.

pueda establecer el poder público, pero esta libertad está básicamente vinculada a la propiedad que debe ser garantizada a sus poseedores mediante la ley y la coerción instituida por el Estado

El historiador italiano antifascista Guido de Ruggerio, en su clásico libro “El liberalismo europeo” (1924) había identificado dos tradiciones del liberalismo en Europa o dos racionalidades liberales. No se puede decir que haya un sólo modelo de liberalismo, de hecho, son dos los modelos antitéticos que buscan expresar en qué consiste la libertad política: Uno de cuño anglosajón y otro de cuño francés²²⁵. El primero concibe la libertad como la libertad del individuo contra el Estado y frente al Estado (libertad individual o libertad negativa en los términos de Isaiah Berlín²²⁶). Mientras que el segundo, de origen rousseauiano, concibe la libertad como la activa participación de los individuos en los asuntos del Estado o libertad democrática (libertad colectiva o positiva en los términos del mismo Berlín). En esta última concepción, el Estado se constituye en la garantía de la libertad del hombre en sociedad que conserva sus “derechos civiles” y lo defiende contra los intereses de los privilegios corporativos de la sociedad aristocrática-feudal y ahora instituye el derecho bajo la idea “derechos iguales para gente desiguales”.

1.2.1 Liberalismo individual y liberalismo colectivo

El mundo moderno había nacido en el siglo XVII bajo la promesa de liberar al hombre de todas aquellas trabas mentales y materiales que lo mantenían atado a la superstición religiosa y al servilismo o vasallaje social. El hombre había nacido libre e igual postulaba John Locke en Inglaterra y luego Jean Jacques Rousseau en Francia demandaba que quitarse las cadenas que lo mantenían atado a la ignorancia y a la explotación social. Y si bien ambos autores defienden el derecho del hombre a ser libre, no lo hacen bajo la misma argumentación.

Para John Locke lo que garantiza la libertad del hombre es su acceso y el disfrute de sus propiedades. Locke no concibe que el hombre pueda ser libre teniendo carencia de las cosas materiales más fundamentales para resguardar su vida, sus posesiones y sus libertades, y para garantizar el libre disfrute de esos beneficios se constituye la sociedad como una “sociedad justa”, es decir, una sociedad donde los individuos no puedan hacer justicia por su propia cuenta. La justicia debe quedar en mano de un juez imparcial que pueda dirimir los conflictos entre las partes enfrentadas. Esta idea liberal instala la idea del derecho tecnocrático cuyo principio es creer en la

²²⁵ Ruggerio, Guido de (1972). “Historia del liberalismo europeo”. Editorial Austral. España. p. 111.

²²⁶ Berlín, Isaiah (1990). “Dos conceptos de libertad”. Alianza Editorial. Madrid.

imparcialidad ideológica y política de los jueces para que hagan bien su trabajo, es decir, aplicar las normas para garantizar el orden. Para poder hacer realidad este principio básico de justicia liberal, se debe instituir la autoridad política, es decir, el Estado, que debe velar porque ningún ciudadano coarte el derecho que tienen los demás a disfrutar de su vida, sus bienes y su libertad, como Dios mismo lo ha ordenado. Es por ello por lo que el principio básico de la convivencia humana es que la libertad de los ciudadanos debe estar garantizada por el derecho, por las leyes, y que cada individuo dotado de razón deba entender que “mis derechos llegan hasta donde comienzan el derecho de los demás”.

Sostiene Locke, que la libertad no es hacer lo que uno quiera sin restricción, sino que, por el contrario, la libertad es que cada individuo debe ponerse sus propias restricciones para no hacer lo que uno quiera y no condene a las sociedades al conflicto y a la anarquía dejando entrar un “estado de guerra” permanente entre los hombres como bien postuló en su momento la teoría hobbesiana²²⁷. Con estas ideas de John Locke, progresivamente se irá perfilando lo que a la postre serán los principios básicos del liberalismo, es decir, sólo garantizando las condiciones básicas de la libertad (vida, posesiones y libertades económicas, políticas y sociales) los hombres podrán vivir una vida plena y digna. Para ello se tiene que asegurar que nadie en la sociedad restrinja o coarte esta libertad, ni siquiera el Estado que mediante el derecho y mediante la división de poderes entre diferentes órganos de poder (legislativo y ejecutivo) verá reducido su capacidad despótica, es decir, su capacidad de imponerse arbitrariamente al resto de la sociedad civil. Si el Estado no cumple su función básica, la de resguardar la propiedad y garantizar la libertad, los ciudadanos tienen el poder de resistir sus autoridades, desconocerlo, desobedecerlo para darse otro gobierno que si respete esos principios normativos. Las leyes son el alma del Estado y, mientras sigan vigentes, todos debemos someternos a ellas como garantía de nuestra libertad.

Pero no todos los filósofos estarán de acuerdo con esta proposición liberal lockeana. Jean Jacques Rousseau (1712-1778), por su parte, tendrá una influencia fundamental en el multiculturalismo igualitario moderno. A Rousseau lo podemos definir como el pensador que está entre las líneas del liberalismo, el romanticismo y el republicanismo cívico, ya que, para él, la propiedad no garantiza la libertad del hombre en sociedad, por el contrario, lo que potencia es la desigualdad y la

²²⁷ Locke, John (2006). *Segundo tratado del gobierno civil. Un ensayo acerca del verdadero origen, alcance y fin del gobierno civil*. Editoriales Tecnos. Colección Clásicos del Pensamiento. Barcelona.

explotación, la explotación del hombre por el hombre. El pluralismo jurídico igualitario le debe mucho a este pensador *antisistema*. Veamos por qué.

El anhelo de la propiedad privada es la raíz y el detonante de este supuesto acto fundacional, y aparece entonces como la verdadera fuente del mal: “El primero que, habiendo cercado un terreno, se le ocurrió decir: Esto es mío, y encontró gentes lo bastante simples para creerlo, ése fue el verdadero fundador de la sociedad civil”²²⁸. Los ricos gobernaron a los pobres bajo el consentimiento de éstos por ignorancia. Para Rousseau, la libertad se ha perdido y la opresión de los ricos y poderosos se cierne sobre los pobres y desvalidos. Las desigualdades naturales se han incrementado con la aparición de la propiedad privada y el Estado se ha constituido en el mecanismo que mantiene la opresión y cercena la libertad.

En otras palabras, para Rousseau “si somos esclavos es por ignorancia”, hemos fundado (en un primer pacto) una sociedad que sólo puede mantenerse con cadenas opresoras. Vivimos en una sociedad mal estructurada, basada en instituciones que no cumplen su verdadero rol: buscar nuestra libertad. Hemos firmado un pacto de esclavitud y sumisión a los poderosos: “Resumamos en pocas palabras el pacto social de los estados –dice el ginebrino-: Vosotros tenéis necesidad de mí, pues yo soy rico y vosotros sois pobres. Hagamos pues un pacto: yo permitiré que tengáis el honor de servirme a condición de que me deis lo poco que os queda a cambio de la pena que me causará mandaros”²²⁹ Destruir este primer pacto (injusto) será el objetivo fundamental del proyecto político roussoniano. En otras palabras, los hombres dejaron de ser iguales ya que unos tenían propiedad y los otros no, unos se constituyeron en amos y otros en esclavos, unos eran ricos y otros eran pobres.

Todas las instituciones que se edificaron sólo mantenían en pie este sistema de injusticia social. Con la instauración de la propiedad se instauró la familia y con esta nació la sociedad, una sociedad civil donde unos explotaban a los otros, y donde el hombre perdió “el amor de sí” para buscar “el amor propio” es decir, su propio interés egoísta y utilitario, el hombre había adquirido “la razón” y con ella la ignorancia y el vicio más que la virtud y la inteligencia como lo expresa en su primer discurso “Sobre las Ciencias y las Artes” (1750); ante la pregunta ¿De qué forma han contribuido las ciencias y las artes con el progreso de las costumbres?; Rousseau da una respuesta negativa:

²²⁸ *Ibid.*

²²⁹ *Ibid.*

“lejos de depurar las costumbres humanas, las ciencias y las artes entorpecen y alejan de la virtud”. Argumenta Rousseau: “Al igual que el cuerpo, el espíritu tiene necesidades. Las de aquél constituyen los fundamentos de la sociedad, las de este son su recreo. Mientras el gobierno y las leyes subvienen a la seguridad y al bienestar de los hombres sociales, las letras y las artes, menos déspotas y quizá más poderosas, extienden guirnaldas de flores sobre las cadenas de hierro que los agobian, ahogan en ellos el sentimiento de la libertad original para la cual parecían haber nacido, los hacen amar su esclavitud y los transforman en lo que se ha dado en llamar pueblos civilizados”²³⁰. He aquí el problema básico y original: “Somos esclavos por ignorancia”.

En el “El Contrato Social” (1762)²³¹ y en el “Emilio” (1762)²³² Rousseau proyecta resolver el problema de la sociedad mal estructurada. Devolverle la libertad al hombre, “liberarlo de las cadenas que los oprimen” ameritan un esfuerzo intelectual extraordinario, sobre todo, sabiendo, que en nuestra actual sociedad civil los “hombres aman sus cadenas”, es decir, legitiman e institucionalizan la opresión.

Para acabar con esto hacen falta dos reformas básicas: a) La reforma mental y b) La reforma institucional, con ellas el ejercicio de la libertad será por fin compatible con la vida en sociedad. La vuelta al estado natural no sólo no es posible, sino que tampoco representa una solución factible, significaría un retroceso catastrófico para la humanidad. De este estadio, sólo es posible y vital rescatar la benevolencia pérdida del “buen salvaje” para el bien de la humanidad.

En definitiva, hemos determinado que existen diferentes racionalidades políticas toda vez que se conciben dos formas básicas de entender el liberalismo; una tendiente a fortalecer a la sociedad civil en detrimento del Estado (modelo inglés auspiciado por John Locke) y otra tendiente a fortalecer al Estado en detrimento de la sociedad civil (modelo francés-auspiciada por Jean Jacques Rousseau). Alegamos que en América Latina y particularmente en Venezuela, como veremos en la Parte II, se impone el modelo francés centralizador y estatista que influye en la tardía regulación del pluralismo jurídico y luego su distanciamiento de la idea de multiculturalidad, que lo funda.

²³⁰ Rousseau, J.J. (1998). *Discurso sobre las ciencias y las artes*. Editorial Tecnos. Madrid.

²³¹ Rousseau, J. J. (1987). *El contrato social o principios del derecho político*. Editorial Tecnos. Colección Clásicos del Pensamiento. España.

²³² Rousseau, J. J. (1985). *Emilio o De La Educación*. Edef. Madrid.

1.2.2. Derechos individuales y derechos colectivos

Si en algo coinciden el proyecto liberal de Locke y el libertario de Rousseau es en el hecho de que las leyes y el derecho, como expresión de la razón, son el soporte de la libertad del hombre en sociedad. Pero el sentido que le dan estos dos autores es diferente. Locke sostiene que estos derechos son individuales, mientras que Rousseau sostiene que deben ser colectivos. Locke postula la idea de “derechos iguales para gente desigual”; mientras que Rousseau postula; “derechos iguales para gente igual” Para Locke cada individuo ha sido dotado de razón por Dios para comprender las leyes naturales y crear las leyes civiles que deben regir su vida en sociedad. Cualquier individuo inteligente puede entender este principio y adaptarse a él. Mientras que Rousseau piensa que las leyes y el derecho no son otra cosa que la expresión colectiva de la voluntad general (idea regulativa del bien) que es igual para todos, es decir, del bien común que debe ser conocido a priori por cualquier ser dotado de razón y que guía su conducta hacia el bien moral.

Isaiah Berlín tiene absoluta razón cuando tipifica que estas son dos formas de concebir la libertad: una libertad liberal y la otra libertad romántica. La primera puede ser entendida como *libertad negativa* y la segunda como *libertad positiva*. Para Berlín, los liberales aspiran restringir la autoridad en si para defender la libertad; mientras que los románticos aspiran tener la libertad en sus propias manos y determinar quién puede y quién no puede disfrutar de ella. Los jacobinos, los comunistas y los socialistas adoptaron la libertad positiva, mientras lo que debería defenderse era una verdadera libertad liberal, es decir, la libertad negativa en palabras de Berlín:

La libertad negativa era la esencia del credo político auténticamente liberal: ‘permitir al individuo que haga lo que quiera, siempre que sus actos no interfieran en la libertad de los demás. La libertad positiva era la esencia de todas las teorías política emancipatorias, de la socialista a la comunista: porque todas estas doctrinas quieren utilizar el poder político para liberar a los seres humanos que así pueden realidad algún potencial oculto, bloqueado o reprimido’²³³.

Estas posturas señalan algunos problemas para el liberalismo político que van a ser determinante para la discusión del pluralismo jurídico y el multiculturalismo en pleno siglo XXI. Y en este orden de idea lo que tratamos de determinar es ¿si el pluralismo jurídico debe ser entendido más en el plano de la libertad negativa o más en el plano de la libertad positiva? O en otras palabras ¿cada

²³³ Ignatieff, Michael (1999). *Isaiah Berlin. Su vida*. Editorial Taurus, p. 305.

individuo sólo por el hecho de poseer razón y entendimiento debe concebir por su propia cuenta que el derecho es plural y brota de fuentes sociales diferentes a la del Estado como lo fundamenta el pluralismo jurídico? O, por el contrario ¿Le corresponde a una autoridad central determinar cuáles son las fuentes plurales del derecho en una sociedad para lograr la emancipación del individuo o de las minorías dentro de la sociedad como potencial oculto o reprimido? En otras palabras, ¿podremos determinar si existe un *pluralismo jurídico negativo* y un *pluralismo jurídico positivo*, haciendo una de las categorías de Isáiah Berlín? Para poder responder a estas interrogantes debemos observar la revisión del liberalismo iniciada en las últimas tres décadas del siglo XX que generó un debate teórico-normativo que devino en la necesidad de concebir a la sociedad como un hecho plural y multicultural.

1.2.3. La revisión del liberalismo en el siglo XX: Pluralismo, sociedad multicultural y la política del reconocimiento

En 1972 un filósofo político norteamericano inició un debate académico trascendental sobre la necesidad de construir sociedades justas en sociedades con alto nivel de contradicción y conflictividad social. Nacido en Baltimore, John Rawls (1921-2002) siempre se había preocupado por construir una teoría política y jurídica que fuese capaz de resolver los grandes problemas de convivencia social en las sociedades modernas, especialmente la norteamericana. En su magna obra “una Teoría de Justicia”, Rawls se propuso debatir los contornos para crear una sociedad bien ordenada que contará con el apoyo de todos sus miembros (consenso) y donde las instituciones básicas respondieran efectivamente a las demandas de sus ciudadanos para garantizarles una vida digna, es decir, una vida donde cada quien pudiese desarrollar su propio proyecto de vida de forma libre y donde se dieran las mismas oportunidades para todos en condiciones de igual garantizadas por el derecho²³⁴.

Rawls se propuso rescatar los postulados morales del liberalismo político negativo que se formó en el siglo XVII, es decir, cuando se concebía como una forma de lucha con respecto al absolutismo monárquico, y no del liberalismo inglés utilitario del siglo XVIII que exaltó el egoísmo y la ambición como condiciones básicas del progreso humano dentro del mercado. Ni

²³⁴ Rawls, J. (1998). *Una teoría de la justicia*. Fondo de Cultura Económico. México.

mucho menos el liberalismo negativo de las sociedades comunistas o socialistas que anulaban el progreso y el bienestar social de sus ciudadanos.

El enfoque rawlsiano se caracteriza por ser deontológico (entidad moral del derecho), ya pone su énfasis en “la prioridad del derecho sobre la idea del bien”. La idea básica es que se tiene que vencer los postulados del teorema de la imposibilidad de Arrow donde los individuos en una acción colectiva son incapaces de ponerse de acuerdo unánimemente (por mayoría democrática) para tomar una decisión pública que maximice la utilidad esperada sin excepción, por lo que se impondrá una decisión arbitraria para tomar una decisión colectiva (decisionismo).

John Rawls, reviviendo las viejas hipótesis del contractualismo político, ante ese reto, formula una respuesta interesante y ampliamente debatida en filosofía política: Una situación ideal (“estado de naturaleza”) donde unos individuos nouménicos (almas puras que desconocen sus intereses particulares y solo tienen nociones básicas del interés general) son capaces de ponerse de acuerdo (firmar un contrato) dejando sus intereses particulares de lado (lo racional) para optar por la construcción de un nuevo tipo de sociedad democrática que maximice el bien (utilidad) de todos (lo razonable). Esta ficción contractual, que parte del individualismo ético, tiene como idea básica establecer los principios (leyes) que regularan la construcción progresiva de una nueva sociedad civil (constructivismo kantiano), donde paulatinamente cada grupo social o racial, en condiciones de libertad e igualdad, defenderá sus intereses particulares sin poner en peligro la estabilidad social, respetando y tolerando la particular posición del otro (consenso solapado). El Estado sólo velará por que los dos principios básicos pactados (la prioridad de la libertad sobre la igualdad y la ventaja para los menos desfavorecidos) no se violen.

En cierta forma la propuesta de Rawls al “dilema del bien común” se resuelve aplicando las pautas de un “equilibrio de Nash”, es decir, en una situación donde los individuos estén tan conforme con su actual posición que no tengan ningún tipo de incentivos egoísta (no deben actuar como *free rider*) para romper el equilibrio pactado y logrado dentro de la acción colectiva (grupo), porque de lo contrario todos tendrán los peores resultados para todos. Este es el núcleo central de la teoría política rawlsiana cuya pretensión es crear una sociedad justa, es decir, estable y organizada.

La propuesta de Rawls de darle equilibrios a sociedades altamente fragmentadas social y políticamente polarizadas (*factum del pluralismo*) ha sido muy debatida y criticada. En muchos aspectos, filósofos políticos como el alemán Jürgen Habermas no están de acuerdo con las

soluciones propuestos por Rawls, ya que al fin y al cabo termina por imponer una forma determinada de vida, la liberal y su concepción de “liberad negativa” que reclama derechos privados a expensa del debate público, que se ve limitado toda vez que se separa la esfera ética de la esfera moral (sacrificio del espacio público deliberativo o positivo).

La propuesta de Habermas es interesante. Como lo expone el autor alemán en su obra clásica “Historia y crítica de la opinión pública”, hay que rescatar la herencia de la modernidad del debate público deliberativo. La modernidad, sobre todo la que se gestó en el liberalismo político del siglo XVII, estableció un espacio público de discusión intersubjetiva donde los primeros burgueses discutían públicamente los principales problemas públicos (en salones, café, prensa, para luego, organizarse en partidos políticos) en detrimento del absolutismo político y las aristocracias del *antiguo régimen*²³⁵. Antiguo régimen que dejó en América Latina una herencia de exclusión, explotación y desigualdad que subsiste hasta hoy y que combate el pluralismo jurídico ante el fracaso del monismo jurídico estatista.

Bajo la inspiración kantiana, Habermas intenta reconstruir ese *espacio público intersubjetivo* al fundir las tres dimensiones de la razón práctica:

- i. La moral, donde se solucionen equitativa e imparcialmente los conflictos interpersonales, a la vez que se reconozcan sus prescripciones universales;
- ii. La ética, para interpretar los valores culturales y de identidades para hacer una evaluación contextualista;
- iii. La pragmática, para satisfacer estratégica e instrumentalmente los fines propuestos de forma eficiente y respetando los compromisos asumidos por todos ante los mejores argumentos.

En términos muchos más sencillos, la propuesta habermasiana se basa en el supuesto racional de unos individuos reales (y no *nouménicos* al estilo rawlsiano) que debaten asuntos de interés público y exponen argumentos (justificaciones racionales reales) para llegar a solucionar cualquier situación conflictual. El presupuesto es que los mejores argumentos deben prevalecer y se deben acatar por todos en condiciones de igualdad, libertad y racionalidad comunicativa. Aquí el espacio público político (Estado) y la sociedad civil (como su infraestructura) deben asegurar su fuerza

²³⁵ Habermas, Jürgen (1981). *Historia y crítica de la opinión pública*. Editorial Gustavo Gil. Barcelona.

integradora y su autonomía a la práctica del entendimiento mutuo entre los ciudadanos²³⁶ Este postulado ha hecho recientemente que la teoría política habermasiana penda entre el liberalismo político y el republicanismo cívico, ya que los "ciudadanos habermasianos", en un espacio público de plena intercomunicación o racionalidad comunicativa, defienden derechos positivos en cuanto a la participación en los asuntos públicos sin intermediación sistémica alguna (espacio público de plena comunicación humana)²³⁷, Como dice el mismo Habermas:

...en el lugar del modelo, inspirado por el derecho privado, de contrato entre participantes en el mercado, tenemos la práctica de la deliberación de participantes en la comunicación que desean tomar decisiones racionalmente motivadas. La formación política de la opinión y la voluntad no tiene lugar solamente en forma de compromisos, sino también según el modelo de los discursos públicos que apuntan a la aceptabilidad racional de las regulaciones a la luz de intereses generalizados, orientaciones valorativas compartidas y principios fundamentados. Este concepto no instrumental de política se apoya en el concepto de persona que actúa comunicativamente²³⁸.

En definitiva, si el proyecto liberal de Rawls defiende la herencia de la libertad negativa como el derecho que tienen los individuos de desarrollar sus propios proyectos de vida en libertad, es decir, sin ningún tipo de limitación que no sean las señaladas por el interés general. Mientras que el proyecto republicano de Habermas defiende la herencia de la libertad positiva como la capacidad y la necesidad que tienen los individuos de participar activamente en los asuntos de sus comunidades en condiciones de igualdad y sin intermediación intersubjetiva.

Desde esta perspectiva Habermas atiende el problema del multiculturalismo en sociedades pluralistas como una distinción conflictual entre mayoría que quieren imponer sus formas de vida y minorías que quieren independizarse, según nos dice Habermas:

El problema de las minorías «nacidas» que puede aparecer en todas las sociedades pluralistas se agudiza en las sociedades multiculturales. Pero cuando estas están organizadas como Estados democráticos de derecho siempre se ofrecen diferentes caminos para el precario objetivo de una inclusión «sensible a las diferencias»: la repartición federal de poderes, un traspaso o descentralización de competencias estatales especificada funcionalmente, ante todo la autonomía cultural, los derechos específicos de grupo, políticas para la igualdad y otros mecanismos para la

²³⁶ *Ibid.*, p. 232.

²³⁷ Habermas, J. y Rawls, J. (1998). *Debates sobre el liberalismo*. Editorial Paidós. Barcelona.

²³⁸ Habermas, J. (1999). *La inclusión del otro. Estudio de teoría política*. Paidós. Barcelona, pp. 117-118.

protección efectiva de las minorías. De este modo, las totalidades de base de ciudadanos que participan en el proceso democrático cambian en determinados territorios o en determinados campos de la política sin que resulten afectados los principios de dicho proceso. Es claro que la coexistencia en igualdad de derechos de diferentes comunidades étnicas, grupos lingüísticos, confesiones y formas de vida no se pueden comprar al precio de la fragmentación de la sociedad. El doloroso proceso de desacoplamiento no puede romper la sociedad en una pluralidad de subculturas que se desprecian mutuamente.²³⁹

Y citando a Raz, Habermas concluye en la necesidad de crear una arena compartida o cultura común entre los grupos rivales que solo puede lograr el multiculturalismo, ya que:

El multiculturalismo, al sancionar la perpetuación de varios grupos culturales en una sociedad política singular, requiere también una cultura común. (...) Los miembros de todos los grupos culturales (...) habrán de adquirir un lenguaje político y convenciones de conducta comunes para poder participar de modo efectivo en la competición por los recursos y la protección de grupo, así como por los intereses individuales en una arena política compartida.²⁴⁰

Pero el debate más interesante que inició la propuesta rawlsiana vino del lado de “los comunitaristas”, que se acercaban más a la propuesta habermansiana y nos legaron las discusiones del multiculturalismo como forma de superar los déficits individualistas del liberalismo.

El *enfoque comunitarista*, a diferencia del *enfoque liberal*, pone énfasis en la igualdad como la virtud más importante de la sociedad. Este enfoque nació en Estados Unidos y Canadá y constituye un movimiento intelectual algo difuso, ya que sus principales exponentes no forman parte de una escuela propiamente dicha, más bien se unen en torno a la crítica de la idea liberal kantiana de concebir a la justicia como un ideal universal capaz de ser aprehendido por cualquier ser racional sólo por el hecho de ser racional como principio categórico e imperativo moral (proyecto ilustrado/liberal universalista). Para los comunitaristas, el hombre es una entidad real que está determinada por su medio ambiente y sus particularidades, y ante esta realidad, primero se impone la virtud que la justicia. En otras palabras, cada uno se constituye en un “yo” de acuerdo con rasgos particulares de las comunidades donde pertenecen, y no en base a principios universales abstractos. Para comunitaristas como Michael Walzer, Ronald Dworkin, Charles Taylor o Will Kymlicka, la igualdad es la idea más importante dentro de la filosofía política, y por su mantenimiento tiene que

²³⁹ Habermas, ob. cit., p.126

²⁴⁰ J. Raz (1994). *Multiculturalism: A Liberal Perspective, Dissent*, p. 77. Citado por: Habermas. *Ibid*, p. 126.

velar por el Estado. Y, aunque ya hablamos de la Igualdad en los fundamentos axiológicos del PJ (Cap. 2.1.2), es importante resaltar la cercanía de la postura de estos autores, con la posición de Rousseau y su idea de libertad positiva; sin embargo, y es lo que quiero señalar, este ideal de igualdad de Walzer y los otros autores citados, no nace del Estado, sino de la comunidad y de sus valores donde se establece “la prioridad del bien sobre el derecho”. Y el bien (lo que es bueno y justo) sólo puede ser establecido por la comunidad donde el hombre vive y se desarrolla. Cada comunidad tiene su propia idea del bien, lo que implica que cada comunidad tiene su propia concepción de justicia y lo justo, de la cual participan todos sus miembros y la cual puede diferir de otras comunidades distintas. Aquí encontramos las raíces del multiculturalismo y sus críticas al liberalismo político negativo o individualista²⁴¹.

Esta es la idea motriz que expone Michael Walzer en su propuesta de “igualdad compleja” en su famosa obra “Esferas de Justicia”²⁴² en donde intenta demostrar que lo que puede ser considerado justo en una comunidad x puede ser injusto en una comunidad y , según sean los valores defendidos por esos distintos tipos de comunidades. La idea liberal negativa de encontrar derechos universales, válidos, racionales y eternos para todos los hombres y en todas las circunstancias (deontología universalista), bien sea en un hipotético contrato social (Rawls) o en una hipotética comunidad de habla (Habermas) es considerada por los comunitaristas como un presupuesto metafísico y no político. Según Walzer, la justicia no se basa en distribuir idealmente criterios abstractos del bien, sino en distribuir realísimamente “bienes” tangibles y materiales que se crean, se dan y se intercambian.

Las decisiones son condicionadas por el significado e interpretación que las comunidades otorgan a esos bienes, los cuales tienen que ser distribuidos siguiendo los lineamientos de una “igualdad compleja”, y esto quiere decir, que los bienes se producen y se distribuyen sin que ningún grupo social monopolice su distribución. Cada bien se tiene que distribuir dentro de su esfera de influencia, que es allí donde tiene un uso y un significado real, que no debe ser impuesto a otras esferas porque generan abuso y desigualdad lo que introduce la dominación y la injusticia. La igualdad simple no es posible entre los seres humanos, sólo es posible la igualdad compleja. Por

²⁴¹ Cfr./ a la III parte de esta investigación, donde se desarrollan los Límites del PJ y referimos “la idea de bien”, como uno de los desafíos en la desactivación de las objeciones teóricas y epistemológicas del pluralismo jurídico.

²⁴² Walzer, M. (2001). *Las esferas de la justicia: Una defensa al pluralismo y la igualdad*. Fondo de Cultura Económica México. 2da. Edición.

ejemplo, el dinero tiene que actuar en la esfera del sistema económico donde tiene su significado real, pero una vez que actúa en la esfera política o la esfera judicial pierde su significación e introduce la desigualdad y la injusticia.

Para que estas ideas de justicia entendidas por los autores “comunitaristas” se hagan realidad se necesita, en algunos casos, de la intervención directa del Estado para que iguale a todos los sectores sociales restringiendo la libertad. Una crítica de este modelo, Chantal Mouffe ha resumido magistralmente esta posición de Walzer:

Por esta razón Walzer afirma que, si se desea convertir la igualdad en objetivo central de la política, y al mismo tiempo respetar la libertad, es forzoso concebirla como igualdad compleja. Esto requiere la distribución de los diferentes bienes sociales, no de manera uniforme, sino según una diversidad de criterios que refleje los bienes sociales y los significados a ellos ligados. La igualdad es una relación compleja entre personas mediada por una serie de bienes sociales; no consiste en una identidad en una identidad de posesión.²⁴³

Muy cercano a la propuesta de la igualdad compleja de Walzer, se encuentran las propuestas igualitarias de Ronald Dworkin expuesta en una de sus obras principales la “Virtud soberana” (2003). A pesar de que la igualdad es la reina de las virtudes, el problema es que actualmente se encuentra en peligro de extinción dentro de los ideales políticos debido al auge del neoliberalismo (derecha) o de la tercera vía (izquierda). La propuesta o tesis de Dworkin es tratar de complementar igualdad con legitimidad en detrimento del autoritarismo político:

No es legítimo ningún gobierno que no trate con igual consideración la suerte de todos sus ciudadanos a los que gobierna y a los que exige lealtad. La igualdad de consideración es la virtud soberana de la comunidad política – sin ella el gobierno es sólo tiranía- y cuando la riqueza de una nación está distribuida muy desigualmente, como sucede hoy en día con la riqueza incluso de las naciones más prósperas, cabe sospechar de su igualdad de consideración.²⁴⁴

En otras palabras, la equidad presupone la legitimidad política, y cuando un gobierno aplica un conjunto de leyes o medidas políticas debe estar atento en no perjudicar a los menos desfavorecidos (los pobres, las minorías indígenas, los homosexuales, etc.) con sus medidas. Sin embargo, la propuesta de Dworkin no es la de aplicar la igualdad plena sin distinciones, es decir, sin hacer

²⁴³ Mouffe, Ch. (1999). *El retorno de lo político. Comunidad, ciudadanía, pluralismo, democracia radical*. Editorial Paidós. Barcelona, p. 18.

²⁴⁴ Dworkin, R. (2003). *La virtud soberana*. Editorial Paidós. Barcelona, p. 11.

diferencia entre los individuos productivos y aquellos que no producen nada. Lo que debe aspirar el gobierno, dentro de la igualdad de consideración, es a cierta forma de igualdad materia o de recursos²⁴⁵. Esto se puede entender mejor aplicando dos principios básicos:

- i. El principio de igual importancia (la importancia que las vidas humanas tengan éxito y que no se desperdicien) y
- ii. El principio de responsabilidad especial (“aunque todos tengamos que reconocer la importancia objetiva equitativa de que una vida humana tenga éxito, sólo una persona tiene la responsabilidad especial y última de ese éxito: la persona de cuya vida se trata”)²⁴⁶

En otras palabras, lo que importa no es que las personas sean iguales en todo, sino en que no desperdicien su vida, que lleguen a ser algo en la vida. La comunidad tiene que velar por que se cumpla el principio de igual importancia:

Una comunidad política que ejerza la soberanía sobre sus propios ciudadanos y que exija fidelidad y obediencia para con las propias leyes ha de adoptar una actitud imparcial y objetiva hacia todos ellos: cada uno de sus ciudadanos ha de votar, y sus funcionarios tienen que promulgar leyes y configurar políticas gubernamentales, teniendo presente esa responsabilidad. La igualdad de consideración, como he dicho, es la virtud especial e indispensable de los soberanos.²⁴⁷

Mientras que el segundo principio, el de la responsabilidad, señala que una persona tiene la responsabilidad de vivir el tipo de vida que ella misma eligió vivir, dentro del plano de la cultura y sus recursos, sin presión de otras personas o de otras opiniones. En relación con ambos principios el gobierno tiene una doble responsabilidad:

- i. El primero exige que el gobierno, en la medida de lo posible, adopte leyes y políticas que aseguren que el destino de los ciudadanos no se vea afectado por ser quienes son (por situación económica, de raza, de género, de habilidades o minusvalías concretas).
- ii. Mientras que el segundo principio exige al gobierno que en lo posible trabaje para asegurar que el destino de la gente será lo que ella eligió, y que ella, éticamente,

²⁴⁵ *Ibid.*, p.13

²⁴⁶ *Ibid.*, p.15.

²⁴⁷ *Ibid.*, p.16.

sea responsable de su elección²⁴⁸. Sólo así, igualdad y responsabilidad serán posibles dentro de un modelo político comunitario legítimo.

1.3. Multiculturalismo y los límites del liberalismo

En el apartado anterior se trató de cuestionar los principios básicos del liberalismo frente a la contradictoria forma de garantizar principios de igualdad sobre la base del reconocimiento de las minorías, entendidas únicamente como tal. Se intentó demostrar que, tras la revisión del liberalismo iniciada en las últimas tres décadas del siglo XX, se ha generado un debate teórico-normativo que devino en la necesidad de concebir a la sociedad como un hecho plural y multicultural.

Así las cosas, se presenta ahora el cuestionamiento acerca de cómo este multiculturalismo es o no la forma adecuada de abordar la diversidad y en nuestro caso, el camino idóneo de reconocimiento de los derechos de los pueblos indígenas a partir de la puesta en ejecución de un pluralismo jurídico en los términos en los que lo hemos venido revisando.

Los argumentos con respecto a los derechos percibidos en una sociedad multicultural incluyen la proposición de que se actúa como una forma de exigir el reconocimiento de los aspectos de la subordinación de la cultura de un grupo en contraste con un grupo de culturas o sociedades no multiculturales. Dentro de esa idea del multiculturalismo se concibió en un principio, el derecho de grupos étnicos minoritarios para reclamar sus derechos al reconocimiento y a la diferenciación en sociedades con otras culturas dominantes. Entre los comunitaristas multiculturalistas que partieron con esas propuestas encontramos a Charles Taylor quien defiende decididamente el derecho de las culturas minoritarias a la representación y al respeto igualitario.

Teniendo como marco de referencia la conflictividad cultural de Canadá entre una minoría francófona (Quebec) que lucha por su reconocimiento y respeto ante una mayoría anglófona dominante, Charles Taylor aborda, por su parte, el problema de la multiculturalidad en el mundo moderno dominado por el liberalismo político y su libertad negativa.

El mundo moderno ha hecho de la igualdad uno de sus máximos valores. La misma democracia liberal y el Estado moderno tienen como premisa fundamental la ficción de “tratar a todos los ciudadanos por igual”. Sin embargo, ¿en un escenario de alta complejidad cultural -se cuestiona

²⁴⁸ *Ibid.*, p. 17.

Taylor- los ciudadanos se pueden representar como iguales si las instituciones públicas no reconocen esta identidad particular? Es exactamente a este postulado que Taylor llama “política de reconocimiento igualitario” que debe tener como fin básico que las instituciones públicas reconozcan y respeten la identidad cultural y específica de cada ciudadano o cada grupo humano culturalmente distinto.

Esta “identidad cultural” individual o grupal se forma en base al reconocimiento que reciben de hecho, ya que toda identidad es fruto del reconocimiento de los demás, y este debe ser considerado una necesidad humana vital. Un falso reconocimiento o una falta de reconocimiento afectan negativamente el desarrollo del individuo o al grupo, como dice Taylor: “...el falso reconocimiento no sólo muestra una falta de respeto debido. Puede infligir una herida dolorosa, que causa a sus víctimas un mutilador odio a sí mismas. El reconocimiento debido no sólo es una cortesía que debemos a los demás: ...es una necesidad humana vital”²⁴⁹.

La política de reconocimiento ha sido construida históricamente y está relacionada con la evolución de la idea de dignidad, autenticidad y originalidad de la modernidad como uno de los valores fundamentales de la democracia liberal. Siguiendo las ideas igualitaristas de Jean Jacques Rousseau, Taylor afirma que fue este pensador el primero en ocuparse del problema del orgullo (como *amor propio*) y el de la dignidad humana. Nuestra moral, como voz interna que nos individualiza de los demás, es anulada frecuentemente, por deseo de reconocimiento por parte de los demás, lo cual nutre nuestro orgullo o amor propio, pero que a su vez nos hace dependiente de los demás. El antiguo concepto de “honor” que nos diferenciaba en el antiguo régimen por sus privilegios y jerarquías ha sido sustituido por el de “dignidad humana”²⁵⁰, que en las modernas democracias nos ponen en igualdad de condiciones a todos en sociedad. Y para eso ha nacido el Estado moderno; para reconocer la igualdad de todos los ciudadanos ante la ley como reconocimiento universal de la dignidad humana, es decir, “nadie es más que nadie”.

Sin embargo, al mismo tiempo que nace el reconocimiento universal de la dignidad humana, nace “la política de la diferencia” que sostiene que cada ciudadano tiene derecho a su identidad individual que descubre en sí mismo y que es diferente a la de los demás. Esto nos acerca a un ideal de autenticidad, donde nuestra moral individual nos lleva a discernir por nosotros mismos lo

²⁴⁹ Taylor, C., Gutmann, A., Rockefeller, S. C., Walzer, M., Habermas, J., & Appiah, A. K. (2001). *El multiculturalismo y la política del reconocimiento*. México: Fondo de cultura económica, p. 21.

²⁵⁰ *Ibid.*, p. 41

que es bueno o lo que es malo con lo cual llegamos a ser plenamente humanos como sostiene Rousseau. Coincidiendo con el filósofo romántico Herder; “cada individuo es distintivo y original, tiene su propia medida”. Y no sólo los individuos son originales y distintivos también lo son los pueblos y sus diferentes manifestaciones culturales, y de la misma forma como los individuos son fieles a sí mismos, también los pueblos deben ser fieles a su propia cultura, a su lengua, sostiene el autor alemán. Así vamos construyendo nuestra identidad personal y nuestra identidad cultural, no sólo en un diálogo interior con nosotros mismos, sino en un diálogo constante con los demás individuos y las otras culturas.

De esta forma, Taylor logra construir dos tipos de políticas públicas que chocan en el mundo moderno; “La política de la igual dignidad” y la “política de la diferencia”, es decir, siempre queremos que nos traten como iguales y como diferentes al mismo tiempo, una vez que reconozcan nuestros aspectos diferenciadores de los demás. Pero esto también nos puede llevar a que nos discriminen como siempre le reclaman los partidarios de la política de la igual dignidad a los que sostienen la política de la diferencia.

Para solucionar este conflicto de valores, Taylor introduce el concepto roussoniano de “política de dignidad igualitaria”²⁵¹ basada en la idea de que todos los individuos son igualmente dignos de respeto. Una sociedad puede construirse en torno a una definición de la vida buena en particular sin que se asuma una actitud despreciativa hacia quienes no están a favor de esa concepción, como dice Taylor:

Una sociedad liberal se distingue como tal por el modo en que trata a las minorías, incluyendo a aquellas que no comparten la definición pública de lo bueno y, ante todo, por los derechos que asigna a todos sus miembros.²⁵²

Y esto implica que el Estado tenga el poder de garantizar la existencia de libertades fundamentales (el derecho a la vida, a la libertad, al proceso legal, a la libre expresión, a la libre práctica de la religión, etc.) y suprimir los privilegios y las inmunidades cuando así sea necesario para salvaguardar los derechos fundamentales de todos y por razones de política pública. En una sociedad no pueden existir “ciudadanos de primera” y “ciudadanos de segunda”, unos con

²⁵¹ Taylor, Ch., ob. cit., p. 24.

²⁵² *Ibid.*, p. 50.

privilegios e inmunidades especiales y otros sin reconocimiento por parte de las instituciones públicas.

Estableciendo una analogía entre la identidad del individuo, su derecho al reconocimiento y al respeto de los otros, Taylor defiende el derecho de supervivencia de la diversidad cultural, su reconocimiento y el respeto a esas culturas en condiciones de igualdad con respecto a cultura dominantes. Dicho reconocimiento debe tener presente el imperioso respeto a los derechos fundamentales. Atrás deben quedar los excentricismos nacionalistas que sostienen la imposición de una cultura sobre otra para imponer y justificar una supuesta “superioridad” fruto del no reconocimiento de esa identidad cultural inferior de algunos pueblos. Los nuevos multiculturalistas critican esa falacia y se apegan decididamente a la política del derecho igualitario, como afirma Taylor: “Y así como todos deben tener derechos civiles iguales e igual derecho al voto, cualquiera que sea su raza y su cultura, así también todos deben disfrutar de la suposición de que su cultura tradicional tiene un valor”.²⁵³ Y ese valor de esa cultura tradicional tiene que ser respetado y valorado en condiciones de igualdad.

Si bien el multiculturalismo de Charles Taylor se apoya en el ideal liberal rousseano de la libertad positiva basada en reconocimiento de la igualdad²⁵⁴, la postura de su coterráneo, Will Kymlicka trata de devolver los postulados de la libertad negativa individual desde el liberalismo, no dentro del multiculturalismo como si lo hace Taylor; se replantea el papel que juega la autonomía y la tolerancia en el respeto de los derechos de las minoritarias. Esto es, Kymlicka permite el reconocimiento de los derechos colectivos, solamente de modo instrumental, según garanticen la autonomía del individuo.

Kymlicka si bien reconoce que ninguna sociedad es étnicamente homogénea, sino que en realidad siempre han sido poliétnicas, resalta que detrás de una apariencia de homogeneidad cultural de las sociedades modernas se esconde una lucha entre mayorías y minorías étnicas, que no ha sido resuelta. Y este punto es lo que lo estanca en un multiculturalismo liberal, aun cuando en sí misma, esta salida no ha sido lograda ni por la tendencia igualitarista de la democracia liberal, ni por los Principios Universales de los Derechos Humanos tampoco, pues sólo en apariencia se puede sostener que todos los grupos humanos dentro de un mismo territorio, tienen los mismos derechos

²⁵³*Ibid.*, p. 100.

²⁵⁴ *Ibid.*

y oportunidades, cuando en la práctica esto no funciona así, ya que las mayorías tienden a abusar y a desconocer el derecho de las minorías bajo el pretexto de que no lo reconozcamos como minoría étnica sino simplemente como “individuos iguales a los demás”. Este es precisamente uno de los argumentos ideológicos que, ante el PJ, se nos presentan como resistencia a superar, ya que precisamente mantiene la hegemonía del monismo jurídico.

Afirmamos que esta postura sólo ha sido una falacia que no resuelve el problema y que ha sido usada justamente, para iniciar guerras étnicas (limpiezas étnicas) y raciales (genocidios) en muchos países del mundo moderno como Ruanda y Yugoslavia por odio e intolerancia hacia las minorías étnicas o religiosas. Kymlicka con su concepción de la multiculturalidad, trata de alcanzar la justicia entre grupos culturales sin menoscabar los derechos individuales, mediante ciertos derechos diferenciados de grupo. Sin embargo, al partir de una concepción egocéntrica o privativa del otro, termina por defender una perspectiva supremacista y asimilacionista

“Los conflictos étnicos fundamenta hoy más guerras de las que se sustentan en otros tipos de ideas, y en los ámbitos locales se estalla en conflictos interétnicos de relaciones de convivencia en las que no sólo están pesando los efectos perversos de las desigualdades mundiales sino también la preocupación de todos los sectores por mantener y promover su propia diferencia, hacerla valer en el juego de competencias, fuerzas y solidaridades, salvaguardarla de la desaparición y de la corrupción, universalizarla en algunos casos extremos”²⁵⁵.

En un Estado multiétnico, las relaciones entre las culturas mayoritarias y las minoritarias deben estar regidas por el diálogo, la negociación y el consenso, nunca por la fuerza y esto significa:

... sentar las bases de un acuerdo, teniendo en cuenta que las bases más seguras en las que fundamentar este acuerdo son las que se derivan de la coincidencia en los principios fundamentales. Pero si dos grupos [culturales] no comparten los principios básicos, y no se les puede persuadir a que adopten los principios del otro, la acomodación mutua tiene que asentarse sobre otras bases, como las del *modus vivendi*.²⁵⁶

La propuesta de Kymlicka se limita a la teoría liberal de los derechos de las minorías, buscando que estos coexistan con los derechos humanos pero que a su vez estos derechos de las minorías estén limitados por los principios de la libertad individual, democracia y justicia social. Las

²⁵⁵ San Román, T. (1996). ob. cit., p. 22.

²⁵⁶ Kymlicka, W. (1996). *Ciudadanía multicultural*. Editorial Paidós. Barcelona, pp. 228-229.

culturas minoritarias tienen el derecho a preservarse como comunidades culturalmente diferentes, pero sólo en la medida de que su autogobierno respete los principios liberales mínimos de libertad, igualdad y autonomía. En otras palabras, según este autor, las minorías étnicas deben tratar de adaptarse a las condiciones de vida de una sociedad liberal que respete la autonomía y sea tolerante, es decir, se mantiene el argumento teórico de la hegemonía monista, impuesto a través del elemento coercitivo de un derecho al servicio del Estado.

Nos preguntamos por las posibilidades y los límites de estos planteamientos enmarcados en el liberalismo, cuando se entiende que sus premisas mantienen las condiciones de exclusión de lo diverso en los términos que Aparicio denomina: “consolidación de una lógica restrictiva” en el alcance pleno de los derechos. Cabe recordar con el autor, la cita de Ferrajoli: “los orígenes poco luminosos de la ilustración jurídica y de los derechos universales. Aquellos derechos fueron proclamados como iguales y universales en abstracto aun cuando eran concretamente desiguales y asimétricos en la práctica por ser inimaginable la inmigración de los indios hacia Occidente [...]. Hoy la situación se ha invertido. La reciprocidad y la universalidad de aquellos derechos ha sido negada. Los derechos se han convertido en derechos de ciudadanía, exclusivos y privilegiados”²⁵⁷.

Este modelo político y económico, aunque pudiera parecer que impulsa una multiculturalidad, en tanto que la liga a la base liberalista, lo limita. Presenta una suerte de levantamiento de muros a la ciudadanía, justifica la demarcación de fronteras que impiden o dificultan el acceso al ejercicio de los derechos y que determinan jerarquías de pertenencia a la comunidad política. Constituye una limitante para la diversidad que fundamenta el PJ en tanto que dicho multiculturalismo liberal, considera la importancia de la diversidad cultural instrumentalmente y se desprenderá de la libertad cultural, es decir, la diversidad cultural será entendida como consecuencia de dicha libertad. De ahí que una concepción atomista de la sociedad en este sentido desconoce un hecho tan evidente como que los individuos solo pueden autorrealizarse y delinear su identidad al interior de un contexto social.

Apostamos, por lo tanto, por el enfoque del multiculturalismo que se concentra en la promoción de la diversidad como valor en sí mismo; creyendo que el resaltar la libertad de razonamiento y de toma de decisiones, restringe la diversidad cultural a un principio de libertad entre las personas

²⁵⁷ Ferrajoli, L., “De los derechos del ciudadano a los derechos de la persona”. Citado por Aparicio W., M. (2010). “Diversidad cultural, convivencia y derechos. Un análisis en el marco de la constitución española”. En *Revista catalana de dret públic*, núm. 40, p. 7

involucradas y hace el lobby perfecto para el manejo del poder en procesos de invisibilización de unos de los sujetos actores del pluralismo jurídico.

La promoción y respeto a la cultura aparece, en este sentido, más que un ideal motivador, como base de la identidad: el individuo es un ser intrínsecamente social y este rasgo que lo caracteriza es el que define su identidad. Tal como afirma Michael Sandel, “la comunidad describe no sólo lo que tienen como conciudadanos, sino también lo que son; no una relación que eligen (como en la asociación voluntaria) sino un lazo que descubren; no meramente un atributo sino un componente de su identidad”²⁵⁸. Revisemos pues las determinantes de esta diversidad cultural como basamento del pluralismo jurídico.

2. El problema de la comunicación entre culturas: posibilidades y limitaciones

Se ha podido demostrar, en lo expuesto recientemente, que la universalización de las ideas de ciudadanía multicultural, lejos de permitir el reconocimiento del otro en los términos en que los pueblos indígenas han venido reclamando, en concreto, nos arrima a una naturalización de la desigualdad. Ahora bien, con la finalidad de poder llegar a desactivar las objeciones teóricas y epistemológicas del pluralismo jurídico, revisemos un poco el tema de la comunicación del hombre y su capacidad dialógica, más allá de los límites de esa universalización de libertad, en el contexto de la comunicación entre las culturas, para establecer ejes en la construcción de una cultura jurídica, como una opción para lograr una justicia cultural, en los procesos que planteamos.

Merece la pena, en ese sentido, hacer una revisión acerca del problema de la comunicación entre culturas. Así visto, el modelo liberal hobbesiano se justifica en el hecho de que los hombres en un estado de naturaleza, no se pueden poner de acuerdo racionalmente porque no han desarrollado un lenguaje común donde pudiesen darle un significado unívoco a las cosas haciendo que cada uno las llamaba a su manera y según sus intereses. Esto, según dicha perspectiva, alude a la “anarquía del significado” y supone que los hombres mantengan siempre un estado de guerra entre ellos por no poderse entender ni poner de acuerdo racionalmente. Con el desarrollo del lenguaje nace la razón y la moral entre los hombres y con ella nace la comunicación como relación intersubjetiva. Esto le permitió al hombre ponerse de acuerdo sobre el significado de las cosas e hizo posible la aparición del sentido moral universal y la institucionalización del gobierno, cuyo

²⁵⁸ Sandel, M. (2000). *El liberalismo y los límites de la justicia*. Traducción de María Luz Melón. Barcelona, Editorial Gedisa, p. 182.

objetivo básico no sólo era el castigo al que transgrediera las normas sociales de convivencia sino también asegurar un lenguaje unívoco para todos los grupos humanos.

En el estado natural lockeano, por otra parte, esta distorsión comunicativa hobbesiana no existe, ya que Dios al dotar al hombre de razón para que entendiera las leyes de la naturaleza, los dotó de inteligencia y lengua para que pudiesen poner de acuerdo, cooperar y trabajar en beneficio propio (su vida, su propiedad y su libertad) como lo quiere el mandato de Dios.

En su ensayo “El Origen de las lenguas”, Jean Jacques Rousseau, tomando una tercera visión clásica, se centra en el papel que juegan las lenguas y la escritura en el origen y el desarrollo de las sociedades. Rousseau comenta algo que es importante para nuestra investigación sobre el multiculturalismo y el reconocimiento igualitario del otro, y es que el lenguaje distingue a una comunidad de otra, afirma el ginebrino: “La palabra distingue al hombre de los animales y el lenguaje distingue a las naciones entre sí. Se sabe de dónde es un hombre sólo después de que ha hablado”²⁵⁹. El lenguaje tiene esa doble virtud de cohesionar y hacer más homogénea a una comunidad, pero a la vez de hacerla diferente a las demás. Buscar un idioma común o hacer posible la comunicación entre comunidades culturalmente distintas no es una labor sencilla como veremos más adelante.

Sin embargo, revisando esa idea, para Rousseau el lenguaje no es un medio de comunicación en sí mismo sino un medio de expresión. Si fuese un medio de comunicación cualquier gesto simple le hubiese sido útil al hombre para comunicarse, pero en realidad el lenguaje expresa sentimientos y pasiones que están en el interior de un sujeto. La necesidad no puede ser origen del lenguaje porque mantiene alejado a los hombres, sólo las pasiones los pueden unir, los hombres los une el sentimiento. Esto significa que en un principio el lenguaje fue poético, pero a medida que se desarrollaba la sociedad, el lenguaje dejó de transmitir emociones y pasiones y paso a transmitir significados precisos de las cosas emitiendo mensajes técnicos, en otras palabras, el lenguaje se volvió racional con lo que nació la cultura y la civilización y ello implicó su degeneración. Como dice el mismo Rousseau: “A medida que crecen las necesidades, que se complican los negocios, que se expanden las luces, el lenguaje cambia de carácter; llega a ser más justo y menos apasionado; sustituye los sentimientos por las ideas, y ya no habla al corazón sino a la razón”.²⁶⁰

²⁵⁹ Rousseau. J. J. (1995). *Ensayo sobre el origen de las lenguas*. Editorial Norma. Caracas, p. 9.

²⁶⁰ *Ibid.*, p. 24

Es cierto que el escrito de Rousseau sólo fue un ensayo lleno de conjeturas, pero sentó las bases para la fundación de la antropología y la etnología moderna. Ambas ciencias se abocaron también al problema de la comunicación intercultural y multicultural. La antropología y la etnología moderna comprende que el lenguaje, como expresión de la cultura de los diferentes pueblos, no es algo simple sino complejo, ya que hablar (de forma oral o de forma escrita) no sólo es transmitir sonidos o gestos como hacen los animales, sino transmitir un mensaje que expresa sentimientos, emociones y acciones. El lenguaje no sólo transmite ideas y pensamientos sino también hace que las personas actúen, son “actos de habla” usando la famosa frase del filósofo británico John Langshaw Austin y John Searles. El lenguaje no sólo tiene un enorme poder de designación y de descripción, es decir de locución (constatación), sino también de elocución (capacidad de realizar actos con palabras) y per-locución (amenazas implícitas emitida con las palabras)²⁶¹. Entonces la complejidad del lenguaje es algo evidente como establece los antropólogos Clyde Kluchhohn:

Con todo, nada es más humano que el lenguaje de un individuo o de un pueblo. El lenguaje humano, a diferencia del grito de un animal, no se presenta como un simple elemento en una respuesta mayor. Solo el animal humano puede comunicar ideas abstractas y conversar sobre condiciones que son contrarias a los hechos. En realidad, el elemento puramente convencional en el lenguaje es tan grande que este puede considerarse como cultura propia.²⁶²

El lenguaje cumple una misión social tan importante como el Derecho, que en sí mismo es también una forma de lenguaje, además de una de poder, ya que hace que los individuos se comuniquen y logren trabajar socialmente juntos y de forma más eficiente, además que evita las tensiones sociales y normativiza la conducta de los miembros de una sociedad. El lenguaje también define la posición social de los diferentes individuos dentro de una sociedad tanto por su nivel educativo como por su posición económica. En definitiva, para el antropólogo el lenguaje es: “simplemente una clase comportamiento cultural con muchas relaciones interesantes con otros aspectos de la acción y del pensamiento. El análisis de un vocabulario muestra los intereses principales de una cultura y refleja su historia cultural”²⁶³.

²⁶¹ Austin, J. L. (2000). *Cómo hacer cosas con palabras*. Editorial Paidós. Y también Cfr. / Searle, John (1980). “Actos de habla”. Editorial Catedra.

²⁶² Kluchhohn, C. (1965). *Antropología*. Fondo de Cultura Económico. México, pp. 159-160

²⁶³ *Ibid.*, p.162.

Pero nada de esto significa que la comunicación lingüística entre los diferentes pueblos con diferentes culturas sea una labor sencilla. En la moderna antropología lingüística ha habido una discusión constante de si en realidad se puede o no comprender la cultura de otro pueblo mediante la traducción de su lenguaje. Si la cultura y el lenguaje están indisolublemente unidos, se hace preciso considerar sus relaciones mutuas y las influencias que actúan entre ellas en ambos sentidos. Y hay que tener en cuenta que tanto el territorio como el entorno social proporcionan un vocabulario específico a los habitantes que lo pueblan. De la misma forma, el sistema de valores de una comunidad afecta también el lenguaje y su significado, y esto hace más difícil (aunque no imposible) su traducción como forma de comunicación entre las culturas.

Lo que sucede es que desde el punto de vista de la antropología hay dos enfoques distintos sobre el lenguaje. Uno lo ve como una forma distintiva de la cultura humana, como puede ser el arte, y lo analiza como tal, en la realidad empírica, viva y múltiple de las lenguas habladas por el hombre, interesado por su estructura y manifestaciones reales. El otro va más allá, ve en el lenguaje el medio más idóneo de que dispone el hombre para su comunicación, expresión y transmisión de la cultura y que, además, le proporciona las categorías con que aprehende el mundo exterior, lo piensa y lo expresa, todo lo cual está condicionado por la estructura interna del lenguaje a través de cuyos ideales se realiza. Por eso las distintas lenguas implican diferentes visiones del mundo, y, en definitiva, nunca hay traducciones perfectas porque se pueden encontrar palabras que expresen en distintas lenguas el mismo objeto real, pero su contexto no se puede trasladar de una a otra, ni el sentido ni las connotaciones particulares que tengan en cada caso.

Si la lengua refleja la cultura del pueblo que se expresa por medio de ella, queda por ver si la lengua condicional la visión que se tenga del mundo y la cultura de una comunidad. El lingüista norteamericano Edward Sapir (1884-1939) afirmó que los mundos en los que viven las diferentes sociedades son mundos distintos, y no uno mismo con diferentes etiquetas; la visión de nuestro entorno es la de la lengua que aprendimos cuando pequeños, como dice Sapir:

Los seres humanos no viven sólo en el mundo objetivo, ni están tampoco sólo en el mundo de actividad social tal como se entiende de ordinario, sino que están muy a la merced del lenguaje particular que ha llegado a ser el medio de expresión para su sociedad. Es una ilusión imaginarse que nos adaptamos a la realidad esencialmente sin emplear el lenguaje y que el lenguaje es simplemente un medio accidental para resolver problemas concretos de comunicación o reflexión. La realidad es que el “mundo real” está en gran parte construido sobre los hábitos del lenguaje del

grupo...Vemos y oímos y tenemos experiencia, en gran parte, como la tenemos, porque los hábitos del lenguaje de nuestra comunidad predisponen a ciertas elecciones de interpretación.²⁶⁴

Es que para Sapir encontrar valores universales entre culturas que puedan hacer traducible el lenguaje no existe, son tan generales para ser inoperantes y esto hace imposible la traducción como forma de comunicación entre culturas diferentes. Todo lo que se puede lograr a lo sumo es un conjunto de analogías alejadas de la realidad cuando se manejan lenguas y culturas muy distanciadas y con algunas similitudes si no más cercanas.

Esta imposibilidad de traducción entre culturas también es apoyada por el lingüista antropólogo Benjamin Whorf, ya que opina que cuando dos sistemas de lenguajes tienen gramáticas y vocabularios totalmente distintos, sus respectivos usuarios viven en mundos de pensamientos totalmente distintos:

Las formas de pensamiento de una persona están controladas por leyes inexorables, constituyendo modelos de los que es totalmente inconsciente. Estos modelos consisten en las no percibidas e intrincadas sistematizaciones de su propio lenguaje, lo cual se muestra claramente por la comparación y contraste con otras lenguas, especialmente aquellas que pertenecen a una familia lingüística diferente. Su forma de pensamiento está en una lengua —en inglés, en sánscrito, en chino— y cada lengua es un enorme sistema de modelos, diferentes de otros, en los que se encuentran culturalmente ordenadas las formas y categorías por las cuales la personalidad no sólo comunica, sino que también analiza la naturaleza, recoge o ignora tipos de relaciones y fenómenos, canaliza su razonamiento y construye el edificio de su conciencia.²⁶⁵

Es importante al respecto, señalar que creemos que la cuestión del lenguaje y su posibilidad de trasladar, de comunicar a su través, respetando la diversidad, es complejo. Como Señala Pedro Pitarch, esta es una cuestión crucial: las palabras, las expresiones, no son medios neutrales de comunicación, sino que adscriben significados culturales específicos a aquello que refieren. En el caso de la traducción entre lenguas europeas —que comparten, por ejemplo, la historia de las ideas políticas y morales del cristianismo o de la Ilustración— la diferencia apenas se deja sentir, por más que, en otro sentido, la exigencia de fidelidad al original complique el trabajo. En cambio, entre dos lenguas y dos culturas distantes, la traducción lingüística implica también una traducción

²⁶⁴ *Ibid.*, p.181

²⁶⁵ *Ibid.*, p. 252

cultural. Los referentes culturales deben ser necesariamente transformados y adaptados, y la fidelidad al original se vuelve algo imposible si es que se quiere mantener un cierto significado.²⁶⁶

En ese tenor, el autor Pitarch tiene un trabajo en el que aborda esta complejidad de la comunicación a partir de la traducción. En su texto “Los extravíos de la traducción: una versión tzeltal de la Declaración Universal de los Derechos Humanos”, hace un acercamiento a esta complejidad, subrayando que, con el lenguaje, ciertamente, comunicamos cultura. A través del análisis de la traducción que se hizo de la Declaración de los Derechos Humanos al tzeltal, en 1996 por Miguel Gómez Gómez y Juan Santiz Cruz, indígenas originarios del pueblo de Cancuc, se puede conseguir elementos para determinar el problema intercultural de la comunicación: ¿cómo traduce una cultura no occidental estos principios a sus conceptos y vocabulario?

Si bien es un caso relativamente excepcional, también lo consideramos particularmente valioso por la enorme ventaja de que en él los extremos culturales se muestran, por efecto del contraste, mucho más visibles. Se presenta una larga “conversación” entre los conceptos occidentales de derechos humanos y los conceptos indígenas de persona y sociedad, por ejemplo, y la distinción occidental convencional entre los ámbitos de la sociedad, la naturaleza y la sobre naturaleza resulta fuera de lugar para la realidad indígena, de modo que idealmente los derechos humanos debieran prescindir tanto la relación entre los seres humanos, como la de éstos con los animales o los espíritus.

En esta experiencia se denota la presencia de dos lógicas distintas, que operan en esferas relativamente distintas también. El concepto tzeltal de persona, por ejemplo, es significativamente diferente de aquél representado en las prácticas y textos —particularmente, textos legales— occidentales. Es conocido que la vida moral y jurídica indígena gira en torno a la reciprocidad y las obligaciones sociales. Si, pongamos por caso, una mujer maltratada por su marido le denuncia al Cabildo de autoridades, lo que éstas querrán saber es si ella cumple con sus obligaciones domésticas; si no es así, el maltrato parecerá justificado. Esta diferencia cuando menos, nos enfrenta dos filosofías morales distintas. Unos principios morales trascendentes frente a la moral tradicional indígena que se encuentra orientada a reconocer la especificidad y contingencia de las relaciones humanas. Si la ética occidental se basa en unos principios morales abstractos, la ética

²⁶⁶ Pitarch, P. (2013). *La cara oculta del pliegue, ensayos de antropología indígena*. Conaculta, Artes de México. México, p. 181.

indígena asume la situación de la persona. No se trata sólo de que esta diferencia implique que la traducción de conceptos trascendentes de nuestra filosofía moral —libertad, justicia, igualdad— resulte, como hemos podido comprobar, sumamente difícil; es que el resultado de esa traslación resulta insignificante desde un punto de vista ético. Así, continua el autor explicando a través de un ejemplo: Por mucho que estén escritos en un “libro” unos derechos de la mujer, la mayoría de las mujeres admitirá que las esposas que no cumplen con sus obligaciones merecen un castigo²⁶⁷.

Pese a las sustanciales diferencias que separan la ética indígena de la occidental, del trabajo del autor se demuestra que esta diversidad ética, cultural y social, los hace reaccionar entre sí, se interpelan, intercambian, se adaptan mutuamente, manteniendo un diálogo y siendo transformadas por él, a la vez. Así pues, mientras que las diferencias se presentan en la estructura lo que se trata es de dialogar, interpelar, intercambiar. La traducción entre culturas no solo es posible, sino que sin traducciones no habría cultura en realidad. Basta con observar que todas las culturas humanas mantienen algún tipo de contacto con el exterior, y a pesar de que frecuentemente hablan lenguas incomprensibles para los extranjeros, no permanecen aisladas, sino que se relacionan en un mismo ámbito regional o con otros ámbitos más alejados. Podemos conocer los acontecimientos acaecidos en países lejanos con idiomas que no conocemos y del mismo modo también es factible conocer con relativa facilidad, la cultura de otros pueblos por muy exóticos que sean.

Cómo dice Teresa San Román el mundo es ya uno, aunque sea diferenciado y enormemente desigual. La relación y comunicación se efectúan a través de las diferencias y de las desigualdades y en esa comunicación transversal se intenta desde algunos sectores que, por ejemplo y, por cierto, los derechos humanos tengan un papel relevante. La actual formulación de esos derechos más dirigidos a la humanidad que a los seres humanos, son una formulación y una imposición occidental. Imposición beneficiosa especialmente en la medida en que sean capaces de limitar el poder megalómano de las potencias occidentales²⁶⁸.

Si planteamos entonces la relación intercultural en este sentido, pareciera que tenemos ante nosotros dos vías, en palabras de San Román: tener como horizonte utópico una negociación entre iguales o tender a una imposición del más fuerte. La alternativa universalista de igualdad es tan real como la alternativa universalista de dominación, a pesar del éxito indiscutible de la segunda

²⁶⁷ *Ibid.*, p.182.

²⁶⁸ San Román, T., ob. cit. p. 107.

sobre la primera. Pero no se trata de contraponer dos grandes: dominación Vs. Desarrollo autóctono; horizonte dominador Vs. Horizonte igualitario. No. El desafío es validar el pluralismo jurídico y el camino desde acá, parece dibujado bajo una propuesta de negociación. Una negociación en los términos de la autora: “Es una propuesta desde lo particular a lo universal, en la cual el ser negociable es lo unió que evita el etnocentrismo y la renuncia al poder, es lo único que garantiza su negociabilidad”²⁶⁹.

Así visto, el propio horizonte utópico del consenso político o de derechos negociados, suscita de inmediato dudas: ¿es posible el dialogo, el entendimiento mutuo y la negociación? ¿es posible hallar una materia negociable de interés común? Cualquier examen de la posibilidad del diálogo requiere una fundamentación del interés común para la negociación; una estructura de la relación de ese diálogo la planteamos sobre la base de la revisión de los valores que lo hagan confluír. Es lo que intentaremos abordar de seguida, ¿cuáles son los valores que mediatizan esa comunicación entre culturas, si es que la hay?

2.1 Las máximas valorativas fundantes del Pluralismo Jurídico

A partir del proceso de enculturación y como resultado del desarrollo de la socialización, se configuran ciertas estructuras mentales que potencian unas capacidades sobre otras, creando hábitos duraderos y logrando la interiorización de modelos de relación entre las personas. Allí surgen, sin duda, los valores. Sobre la base de estos referentes, como lo llama San Román, la experiencia personal y colectiva se llena de sentido: “ese referente cultural es el que nos permite hablar y decir con sentido, relacionarnos, el que nos permite vivir”²⁷⁰. Sin embargo, ciertamente, esta suerte de referente no es ni estático, ni permanente, ni determinado. Muchas veces es, además, inconsciente.

Se entiende, de lo dicho, que partimos de la existencia de un sustrato de referentes culturales que se configura en valores. Ahora bien, dentro de la teoría de los valores jurídicos, se han planteado sucesivamente, varios problemas: cuál es la esencia de estos valores; cuál es el nivel de reconocimiento; ¿a qué estructura responden estos, dentro del orden del ser y esto, a su vez, en la naturaleza de lo que regule o no el Derecho? Mas profundamente, cómo se logra una integración de este referente valórico en la existencia humana y aquí: qué papel juegan estos valores para una

²⁶⁹ *Ibid.*, p. 106.

²⁷⁰ *Ibid.*, p. 108.

fundamentación del pluralismo jurídico. Es desde luego cierto que toda esta reflexión sobre el tema axiológico como fundamento jurídico de las relaciones entre las personas y sus sistemas jurídicos, puede plantear proyecciones muy importantes sobre la filosofía jurídica y, en lo referente a la fundamentación que se preste desde allí al PJ, pueden tender a diversos objetivos, algunos de los cuales han sido cubiertos extensamente por el pensamiento actual, pero sin duda, otros se han evitado, escondido, no nombrados.

En una propuesta por determinar los valores que fundamenten el PJ hay algunas directrices que se deben fijar para, más que criticar el simple etnocentrismo, se logre determinar los substratos referentes a la pluralidad. No obstante, partimos de la afirmación de que los juicios de superioridad, así como las proyecciones universalistas de la particularidad entendidas como el patrón de medida para el reconocimiento de los derechos de los pueblos indígenas, constituyen un valor relativo en tanto que aparecen limitados a las clases de sujetos a quienes está reconocida su titularidad. Esto es, partimos de la necesidad de desmontar, a través de la identificación de los valores axiológicos de la pluralidad, el poder simbólico del Derecho unitario y monista, que como hemos demostrado en los apartados precedentes, derechamente no permiten hablar de un pluralismo jurídico, ni reconocer la diversidad cultural, y con ello, niegan la posibilidad de la convivencia de los derechos.

Frente a las grandes ideas que justifican la racionalidad del hombre fundada en los derechos individuales inviolables, encriptados en una esfera privada de plena libertad, planteamos la necesidad de resaltar la igualdad a través del reconocimiento de la diferencia.

Las premisas a partir de las cuales un Estado y un gobierno, como autoridad política deben resultar del consentimiento de las personas libres, debiendo regular la vida pública sin interferir en la esfera privada de los ciudadanos, niegan evidentemente el sustrato mínimo de derechos iguales en el que se pueden sentar las bases de una vida común a partir de la cual tienen participación todos los miembros de una sociedad cada vez más plural. Según esta visión, al no partir de cero, al existir un grupo cultural dominante, que cuenta además con los mecanismos políticos y jurídicos necesarios para mantener dicha posición, el debate se hallaría viciado desde sus inicios²⁷¹.

El reconocimiento de los sistemas jurídicos de los pueblos indígenas en las constituciones latinoamericanas, según esto, está sustentado en el reconocimiento axiológico de la alteridad, en

²⁷¹ Aparicio W., M. (2010). "Diversidad cultural, convivencia y derechos. Un análisis en el marco de la constitución española". *Revista catalana de dret públic*, núm. 40, (12), 1-19.

la supremacía del valor de esa anhelada igualdad. El reconocimiento de la diferencia supone en un plano de cooperación, el reconocimiento del otro que, basado en el concepto de la alteridad, implica una serie de ajustes institucionales y una interiorización de estos principios y valores de cara a convertir en eficaz los planteamientos constitucionales de ese pluralismo jurídico.

Y finalmente, se desprende de lo dicho, la concepción de un Estado que obliga a gobernantes y gobernados a respetar las reglas, con la sustentación de que solo así se impide el ejercicio arbitrario del poder, limitaría la carga axiológica a los ámbitos individualista que ampara la dignidad, por ejemplo, que evidencia la competitividad y justifica la supremacía de un poder homogéneo. En ese sentido apuesto por delimitar un eje de reflexión basado definitivamente en el principio de igualdad, que conjugue unidad y diversidad, la inclusión igualitaria de todos los actores jurídicos que representan la existencia de un PJ y que, con atención a las diferencias, puedan dar cabida a la justicia social.

2.2. La igualdad como base para la aceptación de la diferencia

¿Cómo es ese pluralismo que en favor de lo diferente reclama igualdad? Y lo que es más importante aún ¿Cómo hacemos para defender la pluralidad de nuestros pueblos indígenas, sus formas de vida, sus culturas y principalmente, sus diversos sistemas jurídicos como regulaciones jurídicas válidas y al mismo tiempo dar argumentos a favor de la igualdad? Una reflexión que dé respuesta a estas interrogantes merece una deliberación sobre el concepto de igualdad en los términos en que la filosofía jurídica lo dibuja, partiendo de la distinción tradicional del principio de «igualdad formal» o «igualdad ante la ley», frente al principio de «igualdad material» o «igualdad real»; para luego, dentro del contexto, relacionarlo como concepto referencial de la categoría epistemológica del pluralismo jurídico.

No en vano es sabida la imposibilidad –e inutilidad– de elegir entre la definición de igualdad y la contrapuesta idea de la diferencia, en términos de un discurso dicotómico. Suele entenderse, en esos procesos de comprensión, el concepto de diferencia como antítesis a la noción de igualdad. Y, si al revés, partimos por la noción de la diferencia es común entender a la igualdad como utópica e inalcanzable. Así pues, como desafío a esta inútil dicotomía, se plantea la necesidad de subrayar el pluralismo jurídico como categoría epistémica del Derecho en tanto que, sostenido en la diversidad, supone condiciones igualitarias. Se plantea que sólo a través de la comprensión de la igualdad, en estos términos, como presupuesto básico para el pluralismo jurídico, se puede lograr

el reconocimiento de los derechos de los pueblos indígenas. No hay otra forma de aceptar la coexistencia de los diversos sistemas jurídicos de los pueblos indígenas, en coordinación con el sistema jurídico estatal/nacional característico de la concepción unitaria del Estado-nación.

Para abordar el primer interrogante relativa al pluralismo que en favor de lo diferente reclama la igualdad, se ha de partir de la distinción entre *diferencia* e *igualdad*, sin poder evadir el hecho discutible y paradójico de que la igualdad supone el derecho a la diferencia. Sin duda, esta es una reflexión con las limitaciones de los terrenos discursivos que se enmarca en la teoría postestructuralista a través del método hermenéutico/dialéctico. Indudablemente este debate permitiría cuestionar las categorías unitarias y universales de tal suerte que los conceptos que suelen tratarse como naturales o absolutos (como por ejemplo los de igualdad y justicia) pero que en realidad no han de ser aceptado como tales.

Aunque con orientaciones y posturas diversas entre sí, la Filosofía del Derecho y la Sociología Jurídica se ocupan en la definición de nuevos constructos teóricos requeridos para abordar la esencia del pluralismo jurídico en el contexto actual, reevaluándolos y brindándoles nuevas vertientes de análisis²⁷². En la construcción de los presupuestos de igualdad, para generar diálogos interculturales, se han de evaluar todos los supuestos que en definitiva signan la comunicación entre las diversas culturas, incluso aquellos que actúan al interior de cada una de estas, en el escenario donde se desarrollan.

Claro que esta perspectiva fácilmente puede verse sesgada en el análisis de las construcciones de significado, mediatizada por el señalamiento de las relaciones de poder, pero en ese caso habría de aceptarse el desafío de objetivar la reflexión propuesta, en tanto que el cuerpo teórico al que se denomina posestructuralista es el que mejor enfrenta estos requerimientos. De ninguna manera es la única teoría, ni sus posiciones y formulaciones son las únicas.²⁷³ Es tan sólo un lente, justo por el cual se ha optado para examinar el valor de la igualdad.

El postestructuralismo, como movimiento del pensamiento de fines del siglo XX, propone una visión crítica autoconsciente de las tradiciones políticas y filosóficas establecidas a través del

²⁷² Al respecto, véase, Almache Soto, E. J. (2019). "El pensamiento constitucionalista en el pluralismo jurídico. Un paradigma del siglo XXI en construcción y desarrollo en el Estado de Derecho ecuatoriano". *Revista de la facultad de derecho de México*, Vol. 69, No 275-1, p. 471.

²⁷³ Scott, J. W. (1992). "Igualdad versus diferencia: Los usos de la teoría postestructuralista", *Debate Feminista*, año 3, núm. 5, p .87.

cuestionamiento de las oposiciones binarias que constituyeron las estructuras hasta entonces entendidas²⁷⁴: Monismo/pluralismo; iuspositivismo/iusnaturalismo; etc. Esto no pasó inadvertido para la epistemología del Derecho, al proponer el pluralismo jurídico como categoría cognitiva del Derecho de forma intrasistemática, que va más allá del puro estudio del origen de la norma. El desafío de esta dificultad profunda para la comprensión del Derecho aparece mediatizado por la comprensión del debate sobre la igualdad, y con ella, la pregunta por la diferencia.

América Latina es el subcontinente más desigual del mundo. Y esto es paradójico toda vez que para muchos autores la insuficiencia de estudios sobre igualdad en el contexto latinoamericano refiere una ceguera que no permite advertir que unos cuantos de los planteamientos en torno de la igualdad responden a una desigualdad representada en dominación o sometimiento; a una desigualdad que combina dificultades de redistribución y reconocimiento. Este es el caso de los estudios relativos a los pueblos originarios y al reconocimiento de sus derechos. Así pues, ser reconocido como un igual no sólo amplía nuestra mirada sobre los derechos, sino que devela la íntima relación entre derecho, democracia deliberativa y, sobre todo, su fundamentación en el valor de la igualdad, entendidos como actores en lucha por la paridad de los grupos desaventajados o menos favorecidos. En este sentido se entiende que, sin duda, es la plataforma posestructuralista la necesaria para la revisión del concepto de igualdad.

Asumiendo el peligro de que este análisis quede atrapado en la etiqueta de “excesos objetables al posestructuralismo” y ante esto, es importante señalar lo que pretendemos: Una reflexión que vaya más allá del simple *versus* colonialismo, racismo y otras parecidas. En palabras de Jacques Derrida, y más allá de las connotaciones lingüísticas y de los juegos de palabras, se plantea la igualdad en revisión del construccionismo social, considerada en tanto que una especie de propuesta teórica estratégica.

Con nuestra adhesión al discurso deconstructivista, más que salvar la dificultad de una concepción única y estable del concepto de igualdad, se aspira reivindicar la necesidad de una disertación analítica del mismo, poniendo al descubierto las palancas del cambio histórico en términos de

²⁷⁴ Se suele ver el nacimiento de este cuestionamiento en la famosa conferencia de Derrida: *Structure, Sign and Play in the Human Sciences* (Estructura, signo y juego en las ciencias humanas) dictada en 1966 en la Universidad Johns Hopkins, Estados Unidos, en la cual se suele situar una especie de manifiesto contra el estructuralismo de entonces. Cfr/ Derrida Jacques (1989). *La desconstrucción en las fronteras de la filosofía. La retirada de la metáfora*, Ed. Paidós. Barcelona.

Michel Foucault²⁷⁵, que nos permita revisar también cómo el papel de los mecanismos del poder en la ostentación de la igualdad como bandera, supone una concepción teórica de la misma que hay que concretar, cuando menos hermenéuticamente, para no tergiversarla y ser tomada en cuenta en su verdadera naturaleza óptica.

Se propone en ese sentido, más que una iconoclasia conceptual de la igualdad frente a la diferencia, -en los términos de Derrida - una traducción hermenéutica de este término de cara a la sustentación que el mismo proporciona al pluralismo jurídico.

2.2.1. Acerca de la igualdad

Cuando hablamos de igualdad nos referimos mucho más que a un principio del Derecho. Ahora bien, si los principios jurídicos tienen el carácter de ideas jurídicas directivas, de las que no pueden obtenerse inmediatamente resoluciones para un caso particular sino sólo en virtud de su concretización en la ley o por la jurisprudencia de los tribunales, habría que cuestionar ¿cómo es entonces que existen también principios que, condensados en una regla inmediatamente aplicable, no sólo son *ratio Legis*, sino que ellos mismos son *lex*? Aquí nos referimos, sin duda, a los llamados "principios en forma de norma jurídica" y, a diferencia de éstos, aquellos principios que no tienen "el carácter de norma" se han venido conociendo en la doctrina jurídica como "principios abiertos".

Esta distinción no debe, sin embargo, entenderse en el sentido de una separación tajante y definitiva, sino que los límites entre los "principios abiertos" y los "en forma de norma jurídica" son más bien flexibles y, en última instancia, ambos surgen de la concepción valórica que se haga de la igualdad. Esta referencia obligatoria de la igualdad a los principios del Derecho alude a dos perspectivas de dicha categoría conceptual:

- i. Los principios que están regulados y comprendidos por el Derecho positivo.

²⁷⁵ Se alude al planteamiento conocido de Michael Foucault de la formación discursiva, aplicado al concepto de igualdad. Si se entiende que dicha elaboración del discurso el autor lo consideró como: "un conjunto de reglas anónimas, históricas, siempre determinadas en el tiempo y en el espacio, que han definido en una época dada, y para un área social, económica, geográfica o lingüística dada, las condiciones de ejercicio de la función enunciativa", describir una formación discursiva (en este caso, el concepto de igualdad), entonces, será afrontar un dominio de análisis constituido por todos los enunciados efectivamente dichos o escritos, en su dispersión de acontecimientos y en su singularidad. Castro-Gómez, Santiago (2007). "Michel Foucault y la colonialidad del poder". *Tabula Rasa*, (6), 153-172. Disponible en: <https://www.redalyc.org/articulo.oa?id=396/39600607>

- ii. Aquellos otros principios que, según la filosofía iusnaturalista, si bien tienen su origen en el ordenamiento jurídico, descansan y se sustentan en una inspiración misma del Derecho.²⁷⁶

Así vistos, el principio de igualdad también oscila entre esas dos orillas: Puede aludir, en un primer momento, a un contenido empírico que aparece como un enunciado que posee condiciones de verdad y, en virtud de ello, puede ser declarado verdadero o falso. Pero también puede ser usado, en un segundo momento, sin alterar su formulación, con fines más bien normativos, donde desde luego la finalidad y sus efectos no tienen nada que ver con lo verdadero o falso de las condiciones empíricas de la primera igualdad.²⁷⁷ En el primer caso estamos refiriéndonos a la igualdad como un axioma valorativo, en términos filosóficos y, en el segundo, dicho valor es fundante del Derecho en *strictu sensus*.

El artículo primero de la Declaración Universal de los Derechos Humanos reza: “Todos los seres humanos son iguales en dignidad y derechos”. Es obvio que tomado descriptivamente semejante afirmación es falsa. Ahora bien, siguiendo a Rabossi: ¿qué es lo que se quiere expresar? Puede responderse que dicha afirmación acuerda una pauta que debe regular toda aseveración concreta acerca de seres humanos en lo que hace a patrones relevantes. Pero también puede responder que establece o apunta al establecimiento de políticas tendentes a garantizar o a poner en vigencia la idea de que todos los seres humanos sean iguales en dignidad y derechos. Es decir, puede interpretarse que exhibe o expresa un ideal a tomar en cuenta. Este es el punto de partida que se quiere señalar²⁷⁸.

Llama la atención, según el mismo Rabossi, la postura del filósofo nihilista Federico Nietzsche, confundiendo los usos descriptivo y normativo de la afirmación: “Todos los seres humanos son creados iguales”. Obviamente, se trata de un enunciado normativo y no descriptivo. Pero también se equivocaron -sigue el autor²⁷⁹- los padres fundadores que firmaron en la Declaración de la Independencia de los Estados Unidos cuando dijeron que se trataba de una “verdad evidente”. No

²⁷⁶ El Fakih, R., F. (2017). “Principios generales del derecho y derechos fundamentales: Ampliando las fuentes del derecho sobre la base del Pluralismo Jurídico”, *Revista Institucional de Investigación Metanoia*, Universidad regional autónoma de los Andes, Tulcán, Ecuador. Vol. 4, N.º 3, p. 98.

²⁷⁷ Rabossi, E. (1990). “Derechos humanos: el principio de igualdad y la discriminación”, *Revista del Centro de Estudios Constitucionales*, ISSN 0214-6185, N.º 7, p. 176.

²⁷⁸ *Ibid.*, p. 178.

²⁷⁹ *Ibid.*

hay tal verdad, en tanto se considere que los enunciados normativos no tienen la posibilidad de exhibir una dimensión verdad/falsedad.

Por lo tanto, la igualdad es mucho más que una propiedad atribuible a las cosas o a las personas, más bien supone una noción relacional entre las personas. En este sentido dicha noción de igualdad se ha de analizar no sólo desde el punto de vista descriptivo, sino, además, desde su concepción dinámica, actuando frente a otro. Para ser igual es necesario determinar con relación a “qué o quién” se es igual. Más que una simple descripción de la condición humana, la igualdad supone un “cómo” deben ser tratados los seres humanos, es decir, “un modo de” y en ese sentido, se puede afirmar que ella misma es en sí “un principio”.

De esta forma, entendida la igualdad como un principio, tradicionalmente se ha venido pensando en dos modalidades: Igualdad formal o igualdad ante la ley e igualdad material o real. En el primer sentido, el principio de igualdad constituye un postulado fundamental del Estado liberal de Derecho y fue enunciado por Leibholz como el reconocimiento de la identidad de todos los ciudadanos en el estatuto jurídico. Esto implica la garantía de la paridad de trato en la legislación y en la aplicación del Derecho. Por otro lado, el principio de igualdad material viene siendo entendido como una reinterpretación de esa igualdad formal en el Estado social de Derecho que, teniendo en cuenta la posición social real en la que se encuentran los ciudadanos, tiende a una equiparación existente y efectiva de los mismos²⁸⁰.

Desde las ideas propuestas por Aristóteles se pueden encontrar luces para la distinción de la compleja igualdad. A partir de sus ideas expuestas en la obra “la Política”, se suele entender la formulación clásica de igualdad, entendida como “tratar de la misma manera a lo igual y de diversa manera a lo desigual”: "Parece que la justicia consiste en igualdad, y así es, pero no para todos, sino para los iguales: y la desigualdad parece ser justa, y lo es en efecto, pero no para todos, sino para los desiguales"²⁸¹. Esta igualdad, en un primer momento, denota una igualdad normativa y no una igualdad en sentido fáctico²⁸². Por un lado, la igualdad trata de exigencias, constituye una

²⁸⁰ Leibholz (1959). “Die gleichheit vor dem gesetz. CH Beck’sche Verlagsbuchhandlung”, p. 16. En: Jiménez Campos, J. (1983). “La igualdad jurídica como límite frente al legislador”, *Revista española de derecho constitucional*, No. 9 (septiembre-diciembre), p. 92.

²⁸¹ Cfr./Aristóteles, en su obra: *Política*. Libro III.1280 a. Consultada en la Traducción de Manuela García Valdés, Editorial Gredos, Madrid, 1988.

²⁸² Como también se ve en Atienza, cuando frente a la igualdad de características, contrapone la igualdad de trato (igualdad en el plano jurídico frente a la igualdad fáctica). Ver en: Atienza, M. (2003), *Introducción al Derecho*, Fontamara, México, p. 94.

prescripción, una afirmación que se mueve en el plano del deber ser; por el otro, describe un estado de cosas, alude a la realidad, a cómo se presentan los hechos en el mundo.

Luego, la noción de igualdad es un concepto relacional y vincula necesariamente dos personas, objetos o situaciones, es decir, se es *igual a* con *respecto a* ($a=b$) En este sentido, y volviendo al plano jurídico, la igualdad se cumple cuando se trata de la misma manera a dos elementos que se considera iguales entre sí y cuando se trata de diversa manera a dos elementos que se considera desiguales entre sí ($a\neq b$). A la inversa, la igualdad se vulnera cuando se trata de diversa manera a dos elementos iguales y cuando se trata de la misma manera a dos elementos desiguales. En consecuencia, si en un determinado caso no existen elementos en comparación, entonces en el mismo no se encuentra involucrada la igualdad²⁸³.

De acuerdo con el principio de la igualdad, en tanto que principio axiológico que fundamenta la norma jurídica, se puede aceptar sin problemas que todos los seres humanos deben ser tratados como iguales. Ahora bien, la realidad en la que se presenta dicho principio presenta una enorme multiplicidad de rasgos, caracteres y circunstancias de los seres humanos. El principio de igualdad trata de establecer cuándo está justificado establecer diferencias en las consecuencias normativas y cuándo no es posible. La norma del derecho está llamada a regular cuando no hay diferencias relevantes, que el tratamiento sea igual, pero cuando aquellas diferencias existen, debe ser diferenciado. Como refiere Vázquez²⁸⁴, entre ambos tipos de tratamiento igual hay un orden lexicográfico, es decir, la diferenciación basada en rasgos distintivos relevantes procede sólo cuando la no discriminación por rasgos irrelevantes está satisfecha. Entonces vemos que ya no es tan unidireccionalidad la significación de la igualdad.

El principio de igualdad supone, entonces, que cuando hay diferencias irrelevantes, el tratamiento debe ser igual y cuando hay diferencias relevantes, el tratamiento debe ser diferenciado. De allí que es oportuno señalar con Laporta que una institución satisface el principio de igualdad, si y sólo si, su funcionamiento está abierto a todos en virtud de principios de no discriminación y, una vez satisfecha esa prioridad, adjudica a los individuos beneficios o cargas diferenciadamente en virtud

²⁸³Díaz García, I. (2012). "Igualdad en la aplicación de la ley: concepto, ius fundamentalidad y consecuencias". *Ius et Praxis*, 18(2), pp. 33-76. Disponible en : <https://dx.doi.org/10.4067/S0718-00122012000200003>

²⁸⁴ Vázquez, R. (1993). Bioética y derecho. Retos para una agenda de discusión en México". *Medicine Issue*, p. 14.

de rasgos distintivos relevantes.²⁸⁵ Y este es el sentido que quiero tomar en cuenta para definir este valor axiológico para fundamentación del pluralismo jurídico.

La clave de toda la maquinaria del principio de igualdad que distingue entre “formal” o “material”, va más allá de su contemplación dentro del ordenamiento jurídico y concierne, además, a la determinación de la preeminencia de los rasgos. Aristóteles en ese sentido destaca que las propiedades no deben ser consideradas como relevantes en sí mismas, sino por referencia a un determinado ámbito de tratamiento y al respecto explica:

Es evidente que también en los asuntos de la política no se discute razonablemente por los cargos basándose en cualquier desigualdad (pues si unos son lentos y otros rápidos, no por eso deben unos tener más y otros menos, sino que en las competiciones atléticas recibe esa diferencia su recompensa²⁸⁶).

En cualquier caso, la respuesta a la cuestión de qué rasgos son relevantes y qué rasgos no lo son, no es siempre una respuesta unívoca. Ejemplos de rasgos no relevantes que no justifican un trato discriminatorio son la raza, el sexo, las preferencias sexuales o las convicciones religiosas. Como puede advertirse, el principio de igualdad no se reduce exclusivamente al problema de la no discriminación sino al tratamiento diferenciado cuando existen diferencias relevantes. No se trata, entonces, de mantener una pretendida neutralidad del Estado cuando existen razones para la diferenciación sino, por el contrario, de imparcialidad, con el fin de no convalidar situaciones injustas.²⁸⁷

En la terminología de Robert Alexy, esta dicotomía se plantearía entre los conceptos de igualdad de *iure* (que sería la formal) e igualdad de hecho²⁸⁸ y, en ese sentido, el cambio de significado del principio de igualdad tiene también una condicionante histórica que vale la pena tomar en cuenta.

Propone Herman Heller que la mera igualdad formal o igualdad ante la ley, sea corregida en el Estado social mediante la consideración de la posición social real en la que se encuentran los individuos a los que se les va a aplicar esa ley. Así, afirma: “La igualdad formal de la democracia

²⁸⁵ Laporta, F., “El principio de igualdad”. *Sistema*, Issue 67, p. 27. En: Vázquez (1993), ob. cit., p. 13.

²⁸⁶ Cfr./Aristóteles. *Política*. Libro III.1283 a. Consultada en la Traducción de Manuela García Valdés, Editorial Gredos, Madrid, 1988.

²⁸⁷ *Ibid.*

²⁸⁸ Alexy, R. (1993) *Teoría de los derechos fundamentales*. Madrid. Centro de estudios Constitucionales, p. 402.

política, aplicada a situaciones jurídicas desiguales, produce un Derecho material desigual, contra el cual declara su hostilidad la democracia social”²⁸⁹.

Dado que es obvia la presencia de desigualdades sociales y económicas entre los individuos de toda sociedad, afirma Carmona: “una interpretación material del principio de igualdad supone la exigencia de que sea el Estado el encargado de hacer realidad este principio. En ese sentido, no basta con que el Estado dicte normas no discriminatorias, sino que ha de adoptar medidas para conseguir la igualdad efectiva de todos los ciudadanos”²⁹⁰. Así es posible que, entre estas medidas, en ocasiones se dicten normas aparentemente desiguales, de modo tal que se favorezcan a ciertos sectores de la población en situación de inferioridad económica o social (principio de redistribución).

Esta necesidad de que el legislador no trate a todos los individuos de la misma manera, sino que sea capaz de tratar de forma diferente aquellas situaciones que son distintas en la vida real, esto tiene como finalidad proteger a ciertos sectores sociales discriminados o vulnerables. Y esta es la postura que quiero defender y dejar en claro como basamento axiológico para el pluralismo jurídico.

Según esto, un fundamento axiológico para el PJ cuestiona toda interpretación que jerarquiza los derechos en función de una discutible mayor o menor cercanía con la dignidad de la persona. La razón de esto, según lo argumentado, está en que el debate, no solo político sino también jurídico, debería trasladarse definitivamente del ámbito marcado por el principio de dignidad, hacia el principio de igualdad, en los términos de la igualdad material tal y como la hemos entendido en los párrafos anteriores.

La centralidad del criterio de la igualdad aferrándose al debatido sustento de la libertad y de la dignidad, en los términos del liberal multiculturalismo, consigue modular en términos excesivamente abiertos el margen de la desigualdad que queda en manos del legislador²⁹¹.

Tras las revisiones hechas al concepto de igualdad, se puede afirmar que éste necesariamente se ha de anidar en la concepción de la no discriminación, de tal suerte que esta le sirva para poder

²⁸⁹ Heller, H. En: Cuenca, E. C. (1994). El principio de igualdad material en la jurisprudencia del Tribunal Constitucional. *Revista de estudios políticos*, (84), p. 272.

²⁹⁰ *Ibid.*, p. 271.

²⁹¹ Aparicio W., M. (2010), ob. cit., p. 10.

sostener su comprensión valórica y desde allí, lograr su reglamentación jurídica, en los términos en que se revisará más adelante, se ha fundamentado el proceso de reconocimiento constitucional de los Estados latinoamericanos de los últimos 30 años con relación al reconocimiento de los derechos de los pueblos indígenas. Solamente entendiendo la igualdad en términos de no discriminación se puede comprender el clamor de los grupos humanos implicados en el proceso del reconocimiento de los derechos de los pueblos indígenas en condiciones de igualdad, pero una igualdad material que contemple la diversidad cultural y su consecuencia, la pluralidad jurídica.

2.2.2. Acerca de la diferencia

Muchos filósofos han asumido la igualdad como una ideología y como un movimiento político para constituir una sociedad justa basada en el “igualitarismo”. Pero el *igualitarismo* no consiste en eliminar las diferencias sino en construir una sociedad libre de dominación²⁹². Para construir sociedades igualitarias, según Michael Walzer²⁹³, lo importante no es el monopolio de bienes sino la necesidad de evitar que estos se conviertan en dominantes, es decir, que rebasen los límites de las esferas distributivas. Cuando esto ocurre es necesario afirmar sin duda alguna que dicha sociedad es desigual o ilegítimamente injusta.

En palabras de Walzer: “La justicia es el arte de la diferenciación y la igualdad su resultado. Toda idea de justicia se asienta en una concepción de igualdad”²⁹⁴. Así entendida, la igualdad está vinculada al pluralismo de bienes y de criterios de distribución. Y en lo relativo al derecho, dicha igualdad formal descrita en la norma, necesariamente nos apertura la justificación del pluralismo jurídico, sustentada precisamente en la diferencia.

La igualdad entendida a partir de la diferencia supone la premisa de ese axioma valorativo. Sobre esto, la inclusión de la perspectiva de igualdad como “no dominación” o “no sometimiento” genera una plataforma causal suficiente para cuestionarse acerca de los orígenes que generan esa desigualdad. Michael Walzer, lo expresa de la siguiente manera: “El significado de raíz de la

²⁹² Walzer, M. (2001). *Las esferas de la justicia: una defensa al pluralismo y la igualdad*, Fondo de Cultura Económica. México, 2001, 2da. Edición, p. 21.

²⁹³ Michael Walzer, uno de los principales exponentes de la filosofía política contemporánea y doctor en Gobierno por la Universidad de Harvard, junto a Alasdair MacIntyre y Michael Sandel, se ubica como un exponente del comunitarismo, en el debate frente a los filósofos liberales. Walzer desarrolla su planteamiento sobre la justicia distributiva confrontando la tesis de John Rawls según la cual existiría un criterio distributivo universal para todo tipo de bienes. El planteamiento de Walzer, en contraposición, es radicalmente particularista, aunque comparte con Rawls la necesidad de construir un igualitarismo congruente con la libertad.

²⁹⁴ Walzer, M. (2001). “Las esferas de la justicia...”, ob. Cit., p. 26.

igualdad es negativo; en su origen, el igualitarismo es una política abolicionista. Se dirige a eliminar no todas las diferencias, sino un conjunto particular de diferencias.”²⁹⁵ Eso supone, explica Scott, un acuerdo social para considerar a las personas obviamente diferentes, como equivalentes - no idénticas- para un propósito dado. Lo opuesto a la igualdad es la desigualdad o la in-equivalencia, la no commensurabilidad de individuos o grupos en ciertas circunstancias para ciertos propósitos, pero no la diferencia. Por el contrario, la idea de igualdad incluye y de hecho depende de un reconocimiento de la existencia de la diferencia.

Walzer explica las desigualdades a través de las nociones de monopolio y dominio de los bienes sociales. Un bien, según el autor, es monopolizado cuando es acaparado por una persona o un grupo de personas, mientras que, por otra parte, es dominante cuando su posesión permite la posesión de otros bienes pertenecientes a otras esferas de distribución. Para explicarlo, cita el ejemplo de las sociedades capitalistas donde el bien dominante es el capital y su control monopólico da origen a una clase dominante, que ejerce su dominio mediante la posesión de este bien, irrumpiendo así los principios distributivos de otras esferas de la justicia. Es así como, para construir sociedades igualitarias, según Walzer, lo significativo no es el monopolio de los bienes, sino la necesidad de evitar que estos se conviertan en dominantes, es decir, que rebosen los límites de las esferas distributivas. Cuando esto ocurre, concluye, una sociedad es desigual, o ilegítimamente injusta²⁹⁶.

El igualitarismo, sin embargo, para Walzer, no consiste en eliminar las diferencias, sino en construir una sociedad libre de dominación. La justicia según este autor es el arte de la diferenciación y la igualdad su resultado. Toda idea de justicia se asienta en una concepción de igualdad. Para Walzer, la igualdad está emparentada al pluralismo de bienes y de criterios de distribución. La desigualdad es ilegítima cuando es déspota o tirana. La distribución desigual de un bien es legítima dentro de su propia esfera de influencia. Pero un tipo de bien no debería influir sobre otras esferas²⁹⁷.

Walzer distingue entre igualdad simple e igualdad compleja. La igualdad simple se basa en un principio único y universal de distribución al combatir el monopolio de los bienes, mediante el

²⁹⁵ *Ibid.*, p. 95.

²⁹⁶ Walzer, M. (2001), *ob. cit.*, p. 30.

²⁹⁷ Larrea Maldonado, A. M. (2015). Reseña III. En: *mundos plurales* Volumen 2. No. 2, noviembre, p.114.

reparto igualitario de los bienes sociales. Para el autor, según Larrea Maldonado, no hay razón para que todos tengamos lo mismo. La igualdad simple es falsa porque para que exista es necesario que alguien vigile la distribución y esto da lugar a la dominación y a la tiranía²⁹⁸. La igualdad compleja es lo opuesto a la tiranía, pues establece tal conjunto de relaciones que hace imposible la dominación. “La igualdad compleja significa que ningún ciudadano ubicado en una esfera o en relación con un bien social determinado puede ser coartado por ubicarse en otra esfera, con respecto a un bien distinto” (...) “Ningún bien social X ha de ser distribuido entre hombres y mujeres que posean algún otro bien Y simplemente porque poseen Y sin tomar en cuenta el significado de X”²⁹⁹.

Larrea explica que según Walzer, hay tres principios de distribución: el intercambio libre, las necesidades y el mérito. Cada principio tiene su propia lógica y esfera de influencia. Así es como examina los diferentes bienes y sus esferas de distribución: la pertenencia; la seguridad y el bienestar; el dinero y la mercancía; el cargo; el trabajo duro; el tiempo libre; la educación; el parentesco y el amor; la gracia divina; el reconocimiento; y el poder político.

El relativismo extremo de Walzer, sin embargo, podemos entenderlo que supone, a la postre, un planteamiento moderado y al mismo tiempo utópico de igualdad, lo que tampoco es suficiente para sustentar valóricamente nuestro presupuesto del pluralismo jurídico. Larrea explica el carácter moderado porque llega a afirmar que cuando los significados son compartidos, la sociedad es justa, independientemente de si hay desigualdad en el reparto de los bienes sociales. Y si se exige una repartición en contra de las nociones compartidas sobre los bienes sociales, la justicia misma es tiránica, con lo cual, contravenir las nociones compartidas es siempre obrar injustamente. Lo que le lleva a afirmar que desde el punto de vista de la sociedad Brahmánica el desigual reparto de bienes es justo, mientras todos estén de acuerdo en que así sea³⁰⁰.

En cualquier caso, de manera general, las instancias alegadas en busca de la igualdad se han apoyado en argumentos implícitos que normalmente no son reconocidos en virtud de la diferencia. Es entendible, por tanto, que si los grupos o los individuos fueran idénticos o iguales no habría

²⁹⁸ *Ibid.*

²⁹⁹ Walzer, M. (2001), ob. cit., p. 33.

³⁰⁰ Larrea, A. (2015), ob. cit., p. 114.

necesidad de demandar igualdad. La igualdad podría definirse, según esto, como una indiferencia deliberada frente a diferencias específicas³⁰¹.

La diferencia -al decir de Joan W. Scott- determina el corazón de cualquier análisis posestructuralista. Entiende el autor que el contraste – sea implícito o explícito – es el camino a partir del cual se puede elaborar una noción con significado. El autor explica que, a partir de esta óptica posestructuralista, una definición positiva se apoya precisamente en la negación o represión de algo que se representa como antitético a ella. Así cualquier concepto unitario contiene de hecho, materialmente, reprimido o negado, otro término explícito,³⁰² establecido en oposición. Desde la reflexión de Scott, cualquier análisis de significado implica un desmenuzar las negaciones y oposiciones, de tal suerte que se logre con ello descubrir cómo operan en contextos específicos. Entonces, las oposiciones -concluye el autor- se apoyan en metáforas y referencias cruzadas. En el caso del concepto de igualdad, no es la diferencia el opuesto, sino la desigualdad. Y esta si que es una concepción teórica que colabora en la construcción de una cultura jurídica, como una opción para lograr una justicia cultural y con ella, el reconocimiento efectivo de los derechos de los pueblos indígenas en general, con su articulación al caso venezolano, en particular.

Podemos fundamentar más esta idea tomando en cuenta la explicación de Jacques Derrida, para quien la interdependencia de los opuestos en contraste es jerárquica. Se entiende que opone un término dominante o primero contra otro que aparece subordinado o secundario. Según este filósofo, la tradición occidental se apoya en oposiciones binarias: unidad/diversidad; identidad/diferencia; presencia/ausencia y universalidad especificidad. Es común que a los términos iniciales se les adjudique la primacía y en cambio a sus pares les sea adjudicada la representación como débiles o derivativos. Sin embargo, es paradójico que los primeros términos dependen de y derivan su significado de los segundos hasta tal punto que los segundos pueden verse como generadores de la definición de los primeros. En su explicación de la posición de J. Derrida, el autor citado antes - Scott - sostiene que si bien las oposiciones binarias ofrecen una comprensión de la manera en que se construye el significado, entonces los análisis de significado

³⁰¹ Scott, J. W. (1992). “Igualdad versus diferencia: Los usos de la teoría postestructuralista”, *Debate Feminista*, año 3, núm. 5, p. 97.

³⁰² *Ibid.*, p. 91

no pueden tomar a las oposiciones binarias por lo que aparentan, en cambio, habría de “deconstruirlas” de los mismos procesos que encarnan.³⁰³

Ahora bien, toda esta reflexión valórica nos lleva a la pregunta fundamental de ¿Cómo hacemos para defender la pluralidad de nuestros pueblos indígenas, sus formas de vida, sus culturas y principalmente sus diversos sistemas jurídicos como regulaciones jurídicas válidas y al mismo tiempo dar argumentos a favor de la igualdad?

La respuesta a esa pregunta es indudablemente dupla. Hay que comprender que no se trata de una pura antítesis, hay que desenmascarar la correspondencia de poder que se sustenta en una igualdad como la oposición de la diferencia. Esto supone un comprender que las oposiciones fijas ocultan el grado en el cual los asuntos presentados como opuestos son realmente interdependientes y derivan su significado de un contraste previo establecido y no es, como se pudiera creer, algo inherente. Por otro lado, ello supone un necesario rechazo a las consiguientes reconstrucciones dicotómicas también con relación a las decisiones políticas y a las estructuras jurídicas que de este valor se derivan.

La oposición de los conceptos igualdad/diferencia no alcanza luego regulación del Derecho, como se verá. El emparejamiento opositivo de la igualdad formal representó de manera engañosa la relación de los Pueblos Indígenas con las figuras de Estado-nación en los países de América Latina, cubriendo su neo-colonización a partir de la invisibilidad.

2.3. La alteridad como concepto desarrollador del reconocimiento del otro

El segundo fundamento axiológico que se plantea para ayudar a fundamentar la concepción teórica del pluralismo jurídico se centra en la importancia del reconocimiento del otro a partir del concepto de la alteridad. Axel Honneth en su libro “La lucha por el reconocimiento”, publicado en 1992, explica que “la vida social se cumple bajo el imperativo de un reconocimiento recíproco, ya que los sujetos sólo pueden acceder a una autorrealización práctica si aprenden a concebirse a partir de la perspectiva normativa de sus compañeros de interacción, en tanto que son sus destinatarios

³⁰³ La filósofa australiana Elizabeth Gross lo formula de esta manera: “Lo que Derrida intenta mostrar es que, dentro de estas parejas binarias, el término primario o dominante deriva su privilegio de una supresión o limitación de su opuesto. La igualdad o identidad, la presencia, el lenguaje, el origen, la mente, etc. son privilegiados en relación con sus opuestos, que son vistos como variantes bajas, impuras, del término primario. Por ejemplo, la diferencia es la falta de identidad o semejanza; la ausencia, es la falta de presencia; la escritura, es supletoria del lenguaje, y así sigue”. Cfr./ Gross, 1986, en: Scott, op. Cit., p. 9.2

sociales”.³⁰⁴ El Estado realmente reconoce al otro de manera limitada, solo en la medida que ese otro no imponga su propia racionalidad y que esta sea contraria a la normativa unívoca; para el caso de las sociedades pluriculturales, , por su parte, un verdadero reconocimiento recíproco implica comprender que el Estado es un sujeto más que debe reconocer a los otros y no un sujeto neutro ideológica o moralmente, con una hegemonía de poder y un monismo jurídico limitante.

El reconocimiento del otro, en este sentido, como fuente primera del pluralismo jurídico va más allá de conocer y declarar la existencia del otro, porque involucra un sistema de acciones que procuran dicha existencia, su comprensión e interpretación amplia y horizontal —nunca jerárquica— de las distintas culturas que coexisten en el espacio territorial del Estado. El reconocimiento del otro tampoco es la simple tolerancia en la que un grupo permite a otro el desarrollo de sus propias “costumbres en tanto que comunidades diversas, en cualquier caso, solamente “peculiares”. En realidad, amerita de un conjunto de medidas políticas y jurídicas que permitan el sistema de normas esencialistas para la existencia de las distintas culturas.

Estamos de acuerdo con el planteamiento de Honneth para quien se pueden mostrar tres formas de reconocimiento del otro, como tres niveles concéntricos, esferas o dimensiones coexistentes, que han de desarrollarse de cara al reconocimiento:

- i. El amor, como la base de todas las relaciones intersubjetivas;
- ii. La solidaridad, como presupuesto de “relaciones sociales de valoración simétrica;
- iii. El derecho, que corresponde al reconocimiento como relación jurídica”.³⁰⁵

El “reconocimiento por el amor” representa el primer estadio de reconocimiento recíproco, ya que en su culminación los sujetos recíprocamente se confirman en su naturaleza necesitada y se reconocen como entes de necesidad. En la experiencia recíproca de atención amorosa, los dos sujetos se saben unificados porque, en su necesidad, son dependientes del otro ocasional. Más adelante -continúa Honneth- el reconocimiento debe tener el carácter de aquiescencia y aliento afectivo. En esa medida, esta relación de reconocimiento está ligada a la existencia corporal del otro concreto, y los sentimientos de uno por el otro, proporcionan una valoración específica³⁰⁶.

³⁰⁴ Honneth, A. (1997). *La lucha por el reconocimiento*. Ed. Crítica. Barcelona, p. 114.

³⁰⁵ *Ibid.*

³⁰⁶ *Ibid.*

Así, plantea Honneth que el amor debe comprenderse como “un ser-sí-mismo en el otro” que se sostiene en una tensión entre “la entrega simbólica y la autoafirmación individual”. En el reconocimiento por el amor, los sujetos se interrelacionan como entes necesitados en que la autonomía de cada sujeto se ve limitada por una comunicación de alianza afectiva. Como especifica el autor, este reconocimiento se encuentra en “todas las relaciones primarias, en la medida en que, a ejemplo de las relaciones eróticas entre dos, las amistades o las relaciones padres-hijos, estriban en fuertes lazos afectivos”³⁰⁷.

El reconocimiento que se hace desde el amor es gratuito, natural y tiene que ver con las condiciones de la existencia de la especie humana. Ese reconocimiento es para ayudar, aceptar, permitir el desarrollo del otro. En resumen, como primera relación de interacción, el amor será la base de “un modelo específico de reconocimiento recíproco”. El ser humano puede establecer relaciones de reconocimiento más allá de afinidades biológicas y genéticas, por lazos irracionales de amistad. Se reconoce para proteger y permitir el desarrollo. Esta debería ser la relación primaria que medie el proceso del reconocimiento del Estado hacia los pueblos indígenas. Entonces, a partir de estos presupuestos, el amor significará la base ontológica de la “autonomía individual”, el “poder ser solo”, en tensión, con un recíproco “estar-junto-a-sí en el otro”. Esto es la primera dimensión de reconocimiento recíproco y en sí misma, constituye la fusión y tensión de la propia realización y la delimitación con el otro, con el que se convive en la interacción (amor). Así, el reconocimiento pasa a ser un elemento constitutivo del amor, del ser persona, no como un “respeto cognitivo”, sino como un “acompañado de dedicación, una afirmación sostenida por la autonomía”, del yo enlazado al otro.

La segunda forma de reconocimiento es la que proviene de “la solidaridad”. Es decir, es un reconocimiento por la contribución que el sujeto puede realizar a la vida social a partir de sus cualidades personales. La sociedad resalta el aporte que realiza un sujeto conforme al sistema de valores, ideales y metas colectivas. Se trata de *Una valoración social que permite referirse positivamente a sus cualidades y facultades concretas*³⁰⁸ Dicho sistema de valores u horizonte debe ser interpretado ampliamente para lograr la integración de las diferentes aptitudes de cada uno de los miembros de la vida social.

³⁰⁷ *Ibid.*, p. 118.

³⁰⁸ *Ibid.*, p. 147.

Sin embargo, haciendo el tránsito hacia la siguiente dimensión del reconocimiento jurídico, sostiene Honneth que estas relaciones intersubjetivas de reconocimiento, situadas en el estadio del amor de las que hablábamos, no pueden plantearse más allá de las relaciones sociales primarias (padres, hijos, amistad, relaciones íntimas), ni transferirse arbitrariamente a un gran número de compañeros de interacción, porque estos sentimientos positivos son movimientos involuntarios.

Al mismo tiempo, -concluye desde Hegel- que el amor es el núcleo estructural de toda eticidad porque “solo aquella conexión simbiótica que surge de la recíproca y querida delimitación crea la medida de la autoconfianza individual que es la base imprescindible para la participación autónoma en la vida pública”³⁰⁹, con lo que introduce el nivel de las relaciones jurídicas y el “derecho” como reconocimiento recíproco expresado en la deliberación democrática.

Y, por último, Honneth habla de la tercera forma del reconocimiento del otro que es el Derecho. Se reconoce al otro en la medida que se le hace titulares de derechos y deberes. El reconocimiento del otro a través del derecho tiene dos planos: Un reconocimiento lingüístico y un segundo reconocimiento institucional. El reconocimiento lingüístico se hace presente cuando se estipulan con palabras escritas los derechos de los individuos así sus deberes. El reconocimiento institucional implica que las autoridades hacen efectivas y reales el reconocimiento lingüístico.

Las corrientes iusfilosóficas feministas han luchado por años por la visualización de las mujeres en los textos legales, visto desde allí se puede comprender por qué va más allá de un asunto estrictamente de lenguaje, sino que tiene que ver con el verdadero reconocimiento. En ese sentido entendemos la fundamentación axiológica del PJ sustentada en la alteridad también, en la medida en que busca el reconocimiento de todas las personas y registra, con ellas, los sistemas de derecho que le dan viabilidad.

El sentido del PJ se encuentra en la necesidad de obtener una estructura epistemológica que sea suficiente para revelar la coexistencia de las relaciones entre distintas culturas, dentro del mismo territorio, que le permita encontrar un mecanismo de coordinación para el respeto de sus ordenamientos normativos como expresión de su propia naturaleza y, lo más importante, justificar la necesidad del reconocimiento de todos y cada uno de los que actúan como sujetos de dicha

³⁰⁹ *Ibid.*, p, 113.

pluralidad. En vista de ello se afirma que nada de esto es posible sin el paso previo de la aceptación de la alteridad.

Imponer un sólo sistema de normas jurídicas aplicable a todas las culturas y naciones que existen en un mismo territorio, transfigura al derecho en un espíritu absoluto libertario, como lo concebía Hegel, que bien se convierte en un muro, una condena o una imposición. Finalmente, sin PJ no habría justicia, sino la ausencia del otro, su exterminio y su negación y, con ello, la privación de la verdadera democracia.

El reconocimiento de los valores de la igualdad y el reconocimiento del otro, señalan las pautas de lo que se ha venido conociendo como la posmodernidad, según comenta De Trazegnies, en tanto que constatan el desencanto exasperado frente a esta modernidad, es decir, frente al carácter universalizante del pensamiento moderno³¹⁰, tal y como lo explica Cabedo Mallo³¹¹. Además, esos valores como fundantes axiológicos del PJ suponen la evidencia de la reacción frente a la homogeneización y universalización que ha venido desenvolviéndose de manera arrolladora a través de la imposición de una cultura pretendidamente superior.³¹² La posmodernidad aparece como resultado de la necesidad de una nueva racionalidad ante el agotamiento y crisis de los paradigmas de la modernidad (el idealismo individual, el racionalismo liberal y el formalismo positivista). Esta nueva racionalidad es descrita por Jürgen Habermas, en su Teoría de la acción comunicativa³¹³ como práctico-comunicativa (diálogo-consensual, reflexiva-trascendental). La expresión ‘acción comunicativa’ —dirá Habermas— designa aquellas interacciones sociales para las cuales el uso del lenguaje orientado al entendimiento asume un papel de coordinación de la acción³¹⁴. La racionalidad para Habermas —explica Barbara Freitag y lo cita Cabedo Mallo— “ya no es una facultad abstracta, inherente al individuo aislado, sino un procedimiento argumentativo por el cual dos o más sujetos se ponen de acuerdo sobre las cuestiones relacionadas

³¹⁰ De Trazegnies, Posmodernidad y pluralismo jurídico, ob. cit., p. 202. Citado por: Cabedo M., Vicente (2004). “De la intolerancia al reconocimiento del derecho indígena”, En: *Política y Cultura*, primavera, núm. 21, p. 81.

³¹¹ Cabedo Mallo, V., ob. cit., p. 82.

³¹² *Ibid.*

³¹³ Habermas, J., & Redondo, M. J. (1987). *Teoría de la acción comunicativa*. (Vol. 2.). Madrid: Taurus, p. 469.

³¹⁴ Habermas, J. (1990). *Acciones, actos del habla, interacciones lingüísticamente mediadas y mundo de la vida, El pensamiento postmetafísico*, Madrid, Editorial Taurus, p. 70.

con la verdad, la justicia y la autenticidad. El concepto de razón únicamente tiene sentido en cuanto razón dialogada³¹⁵.

Cabedo Mallol explica que la posmodernidad acepta la diversidad y a reconocer el pluralismo jurídico que la misma conlleva fundándolo en una suerte de racionalidad emancipatoria. Pero el pluralismo jurídico no puede conllevar una desorganización axiológica, ni social y, mucho menos, jurídica, como se explicará en los dos subsiguientes capítulos. En cuanto a la determinación axiomática de sus valores fundantes, el PJ no puede aparecer como el resultado de una mera yuxtaposición de lo diferente. Precisamente, explica el autor, esa razón dialogada, tal y como la alude Habermas, permitirá articular las diferencias sin perder la heterogeneidad, logrando una unidad, una integración no homogeneizadora de lo diferente. Se trata entonces de superar el falso dilema del universalismo versus el particularismo cultural. En función de ello es que se hace perentoria la determinación de una igualdad sustentada en la diferencia, por un lado, y el reconocimiento del otro sustentado en la alteridad, por el otro.

El respeto al otro como consecuencia de la admisión del valor de la alteridad y la igualdad y la reciprocidad como consecuencia de estos, serán valores universales necesarios de y en todo diálogo; constituyen, *per se*, el suelo legitimador de cualquier diálogo intercultural. Para Karl-Otto Apel³¹⁶, comenta Wolkmer³¹⁷ y cita Cabedo Mallol: la nueva ética universalista debe basarse en una ética de la responsabilidad que aparece construida sobre la base del consenso y la solidaridad de voluntades reafirmadas en lo que el autor llama “comunidad real”. Una ética dialogada que se articula a través de la interacción social. En este sentido, el nuevo derecho debe rescatar la diversidad cultural y normativa, debe abandonar sus urgencias universalistas y establecer un orden dentro de lo variado, una unidad que no sacrifique lo múltiple³¹⁸. El diálogo entre los sistemas jurídicos alternativos y el sistema jurídico estatal no debe suponer la subordinación de los primeros, pero tampoco la mera yuxtaposición de todos.

De la confluencia pues de los valores de la igualdad y la alteridad, se puede derivar una verdadera materialización del pluralismo jurídico. Y esa es la apuesta de esta primera parte de la

³¹⁵ Barbara Freitag. Teoría crítica. *Ontem e Hoje*, Sao Paulo, Brasil, Brasiliense, p. 59. Cita extraída de Antonio Carlos Wolkmer (1991). “Pluralismo jurídico, movimientos sociales y prácticas alternativas”, en *El otro derecho*, núm. 7, Bogotá, Instituto Latinoamericano de Servicios Legales Alternativos, 1987, p. 35. En Cabedo M., ob. cit., p. 81.

³¹⁶ Apel, K.-O. (1986). *Estudios éticos*. Barcelona, Alfa. En Cabedo, M., op. Cit., p. 89.

³¹⁷ Cfr. Wolkmer, op. cit., pp. 35-37. En Cabedo M., *idem*.

³¹⁸ De Trazegnies, “Posmodernidad y derecho...”, op. cit., p. 81

investigación. Concluimos, de lo expuesto, que una fundamentación conceptual del PJ nos lleva a los elementos materializados de una igualdad compleja, en los términos que señala Zapata-Barrero: “actualmente, el multiculturalismo obliga a las democracias a replantear sus propios fundamentos”, puesto que la igualdad de derechos y la igualdad de oportunidades, de representación y de participación política, “cuando se aplican a una realidad multicultural se comprueba que grupos cada vez mayores de población están lejos de ser tratados, a partir de su especificidad cultural, en términos “igualitarios”³¹⁹.

El carácter complejo de la igualdad, así entendido, nos permite fundar un piso valórico para el pluralismo jurídico al abordar el tratamiento de la diversidad cultural en los términos de una igualdad que se mueve hacia el plano de la comparación entre colectivos, en la situación de que sus miembros son parte de tales grupos. Como bien refiere Aparicio, en el marco de lo jurídico, ello nos conduce al concepto de minorías, es decir, refiere el concepto que alude a las personas o grupos que, por su raza, sexo, religión, condición física o cualquier otra circunstancia, soportan de hecho una cierta discriminación social o padecen una situación de desventaja; lo que refiere como esencial que el grupo se halle en una posición no dominante. Y en el ámbito cultural, las minorías culturales, el autor se refiere a que sus miembros compartan una serie de características étnicas, religiosas o lingüísticas que difieren de los del resto de la población y que, aunque sólo sea implícitamente, mantienen un sentido de solidaridad dirigido a preservar su cultura, tradiciones, religión o lenguaje.³²⁰

Esta complejidad es la que entiende Aparicio como social y se puede resumir de una manera suficientemente conocida: allí donde existen grupos socioculturales en posición desigual, como sucede en el contexto que analizamos, una concepción formal, estricta, del principio de igualdad está destinada a perpetuar la jerarquía entre los grupos y, por tanto, la desigualdad entre sus integrantes. El autor la comprende ligada a una segunda materialización del principio de igualdad, esta vez atendiendo a las diferencias materiales de partida derivadas de las diferencias culturales, no meramente sociales, en virtud de un estado de necesidad, tomando en cuenta que, frente a las reivindicaciones legitimadas por la evidencia de la asimetría cultural, el Estado de raíz liberal no ha logrado el desafío de un Estado social.

³¹⁹ Zapata-Barrero, R. (2003). “La ciudadanía en contextos de multiculturalidad: procesos de cambios de paradigmas”. *Anales de la Cátedra Francisco Suárez*, 37, pp. 192-193. Citado por: Aparicio W., M. (2010), ob. cit., p.10.

³²⁰ Aparicio W., M., (2010), ob. cit., p. 12.

Esta materialización segunda, unida a la social, han de comprenderse actuando en conjunto en tanto que la primera: “lejos de haber llegado a su realización, está en franca recesión y sigue siendo la principal promesa incumplida del constitucionalismo contemporáneo. En segundo lugar, porque sería un error, en el que a menudo se incurre, tratar de desvincular los ejes que dan forma a las distintas dinámicas de desigualdad y exclusión que definen a nuestras sociedades. Por el contrario, la mayor parte de los obstáculos a la inclusión son el producto del entrecruzamiento del racismo, el clasismo y la discriminación cultural”³²¹.

Se apuesta entonces a una materialización de la igualdad, basada en ese reconocimiento de alteridad, en una concepción compleja, sin duda, en la que no podemos quedarnos, como explica Aparicio, en el terreno de las diferencias sociales o de clase, sino que debemos incorporar también, y de manera entrelazada, las diferencias culturales, que, al igual que las primeras, son elementos que impiden la participación igual de todos los integrantes de la sociedad. Estas diferencias sociales y diferencias culturales son, en palabras de Boaventura de Sousa Santos, dinámicas de desigualdad y exclusión como sistemas de pertenencia jerárquica. La desigualdad como fenómeno socioeconómico y la exclusión como fenómeno cultural y social, principalmente.³²²

La respuesta a la pregunta por la efectividad de estas dinámicas queda abierta, en este sentido, esperando poder ser respondida a lo largo del Capítulo quinto de esta investigación, cuando se aportan los elementos para el desafío liminal del pluralismo jurídico.

3. Repercusiones del pluralismo jurídico en el conocimiento del Derecho

Los cambios actuales que atraviesa el Derecho aparecen como consecuencia de las importantes transformaciones sociales, económicas y políticas experimentadas recientemente, en el sentido clásico de que el cambio social modifica y origina al Derecho y este, a su vez, modifica y genera el cambio social. En esa simbiosis causa-efecto, se plantea, para ir finalizando esta I Parte de la investigación, los efectos que la fundamentación del PJ trae consigo para las Ciencias Jurídicas.

³²¹ *Ibid.*

³²² “La desigualdad implica un sistema jerárquico de integración social. Quien se encuentra abajo está adentro, y su presencia es indispensable». Por el contrario, la exclusión presupone un sistema igualmente jerárquico al que «se pertenece por la forma como se es excluido. Quien está abajo, está afuera». «Mientras que –prosigue el mismo autor– el sistema de desigualdad reposa paradójicamente en el esencialismo de la igualdad, ya que el contrato de trabajo es un contrato entre partes libres e iguales, el sistema de la exclusión reside en el esencialismo de la diferencia”. De Sousa Santos, B, (2003). *La caída del Angelus Novus: ensayos para una nueva teoría social y una nueva práctica política*, Bogotá: ILSA, p. 127. Citado por: Aparicio W., M. (2010), ob. cit., p. 13.

Hasta hace poco, sin embargo, costaba encontrar autores que tomaran en cuenta aspectos doctrinales del Derecho que por mucho tiempo se obviaron, donde el Derecho tuviera esa tercera dimensión sociológica inherente a su concepción misma, además de lo normativo y de lo valórico que lo conforman.

Revisar el Derecho frente a la noción del pluralismo supone, por una parte, repensar los sistemas jurídicos desde una perspectiva llamada: *nuestramericana*, como la llaman Mauro Benente y Marco Navas Alvear, que desafíe los parámetros del sistema jurídico moderno en el cual el Estado es la única institución que crea y aplica normas, pero, además, por otro lado, sobre todo en su sentido “crítico”, sin que esta reconfiguración pierda el horizonte emancipatorio propio de las teorías críticas. Y se habla en este contexto de pluralismos, tan diversos y variados como los actores y las actoras que los producen, acumulando demandas y desafiando la hegemonía del monismo jurídico³²³.

En un plano más amplio, la historia de Occidente demuestra que no siempre la forma política predominante fue la estatal. Aparte de la hegemonía greco-romana, se encuentran otras formas de organizaciones políticas como el germánico y, por tanto, la coexistencia de varios tipos o tradiciones del Derecho. La paradoja era que a pesar de que el Derecho dominante fuera el de la potencia conquistadora, en la vida cotidiana en muchos aspectos siguió operando el Derecho de los vencidos. Se observa, entonces, cómo junto al Derecho romano seguía aplicándose el Derecho germánico. Lo más llamativo es el modo como ambos labraron la historia jurídica de Occidente. El filósofo francés Michel Foucault hace un análisis concienzudo al respecto³²⁴.

En esta tónica de justificar un fundamento plural para el Derecho, Cabedo Mallol nos refiere que en un primer nivel hay que referir que la noción más simple de un derecho (pluricultural) en cuanto a sus orígenes más remotos, se puede encontrar en el derecho común o el derecho comunitario, con la suposición de algunos principios³²⁵:

- i. El principio del derecho a la igualdad jurídica.
- ii. El principio de derecho a la diferencia cultural.
- iii. El principio de la tolerancia.

³²³ Benente, M. y Navas Alvear, M. (comp.) (2019). *Derecho, conflicto social y emancipación. Entre la depresión y la esperanza*. CLACSO. Buenos Aires, pp. 9 y 10.

³²⁴ *Ibid.* 84

³²⁵ Cabedo Mallol, V., ob. cit. p. 86.

- iv. El principio de solidaridad.

Al decir de Cabedo Mallol, estos principios sin embargo deberían redefinirse paralelamente en función de algunas necesidades que los justifican:

- i. Corregir la tendencia de las diferencias culturales a discriminar a algunos
- ii. Corregir la tendencia de aplicar el principio de igualdad ignorando las diferencias
- iii. Corregir la tendencia a imponer el criterio del más fuerte
- iv. Corregir la tendencia a olvidar la corresponsabilidad

Un derecho pluricultural examinado de acuerdo con esas premisas del derecho común, comunitario, nos recuerda, salvadas las distancias, al *ius gentium* romano entendido como derecho intercultural. Otfried Höffe describe al Imperio romano como “un Estado multiétnico, cuya población integra una sociedad que, según la terminología de hoy, calificaríamos de alta complejidad multicultural”³²⁶.

Desde la filosofía del derecho, por otra parte, suelen agruparse en cuatro las perspectivas epistemológicas para el conocimiento del derecho y estas suelen abordarse desde las teorías más importantes que en el seno de cada una de ellas se han desarrollado. Es así como encontramos:

- i. Las teorías metafísicas-ontológicas
- ii. Las teorías metafísicas-rationales
- iii. Las teorías empiristas
- iv. Las teorías lingüísticas

Las primeras, las metafísicas- ontológicas; suponen que todo conocimiento está contenido en una naturaleza óptica exterior al hombre y que es descubierta por la razón. Entre los autores clásicos de esta perspectiva, encontramos Aristóteles, Santo Tomás de Aquino, Francois Geny, Jean Dabin, Jacques de Maritain.

³²⁶ Cfr. Ibid., p. 87.

Las teorías metafísicas-rationales localizan la esencia del conocimiento en el pensamiento, se relacionan a la filosofía de la Ilustración y a la de Kant, hallando allí autores como Hans Kelsen, Rudolf Stammler y John Rawls.

Las teorías empiristas sostienen que la fuente del conocimiento radica en la experiencia antes que en la razón. En esta perspectiva se encuentran autores que parten de la filosofía empirista de David Hume hasta una gran variedad de tendencias entre las que cabe mencionar las teorías normativas de Austin; las históricas de Friedrich Karl von Savigny y Karl Marx; las sociológicas de Rudolf von Ihering, León Duguit, Roscoe Pound, Carl Schmitt, Teodoro Geiger, Nicolás Luhman, entre otros. Entre los realistas americanos John Dewey, Oliver Holmes; entre los escandinavos, Alf Ross.

Finalmente, entre las teorías epistemológicas del derecho, las teorías lingüísticas que parten del hecho de que los fenómenos sociales se encuentran lingüísticamente mediados, recuperan los conceptos centrales de la filosofía del círculo de Viena de la hermenéutica y de la acción comunicativa³²⁷. Aquí encontramos autores como Jürgen Habermas, Karl Otto Apel, Theodoro Adorno, Adela Cortina, entre otros.

Según esta división de los paradigmas de la epistemología jurídica, sin duda, cuando buscamos la fundamentación del pluralismo jurídico para el conocimiento del Derecho, nos tenemos que detener en las teorías empiristas, que como expresa el autor, son a su vez históricas y sociológicas, y realistas y también normativistas. Pero sin dejar de lado tampoco a las teorías lingüísticas, en tanto que mediadas por la hermenéutica jurídica y las teorías argumentativas.

Desde la pluralidad epistemológica, la idea del PJ supone un cambio paradigmático para el estudio del Derecho, a partir de la validación de los presupuestos de las teorías empiristas y a través de un proceso de interpretación hermenéutica, que apunte hacia la comprensión de un Derecho regulador de la auténtica multiculturalidad. Se pone de manifiesto un modelo epistemológico basado en una nueva forma de entender los fenómenos jurídicos a partir del PJ y dentro de una propuesta necesariamente hermenéutica.

³²⁷ Rojas Amandi, V. M. (2006). “Cuatro paradigmas de la epistemología jurídica”, en *Jurídica: Anuario del Departamento de Derecho de la Universidad Iberoamericana* (36), p. 420. Consultado en: <https://www.usbcali.edu.co/sites/default/files/cuatroparadigmas.pdf>

Las repercusiones del PJ en la fundamentación del Derecho, inevitablemente, parte de un cuestionamiento a la pretendida neutralidad del derecho, puesto que lo muestra en su dimensión ideológica y también performativa, en palabras de Benavente y Alvear. Es decir, al enfatizar la manera en que el discurso jurídico ordena determinadas visiones de la realidad de acuerdo con las relaciones de poder imperantes en un tiempo y espacio específicos, pero también desde su mera comprensión epistémica, entendidos todos sus diversos escenarios, el derecho es visto en acción³²⁸.

Así, los subcapítulos que siguen buscan revisar las maneras en que el derecho juega un rol fundamental en la consolidación de órdenes asimétricos y verticales, pero también cómo, bajo determinadas condiciones, los usos del derecho pueden ayudar para que determinados actores sociales desafíen tal orden. Esto, según lo explican Benavente y Navas, puede entenderse a partir de las dos dimensiones de actuación del derecho que Fitzpatrick, señala: Una dimensión “relacional” de lo jurídico, en la que el derecho puede actuar como instrumento de lucha por el cambio, en contraste con otra dimensión “extraordinaria,” que sería aquella a través de la cual el derecho instituye un orden.³²⁹

Aportar un enfoque sobre las repercusiones del PJ en la fundamentación del Derecho si bien marcaría un trasegar esencial en la recomposición de las relaciones sociales y en apoyo a las luchas emergentes, constituye en sí mismo, y se pretende demostrar en este apartado, la necesidad de una observación situada de aquellos escenarios de conflicto en los cuales el uso del derecho, empleando métodos y formas que vayan más allá del formalismo jurídico, es trascendental. En este plano se precisa partir de la diferenciación que tienen las corrientes críticas del pensamiento jurídico, respecto de las tradiciones más propias del positivismo metodológico³³⁰.

Así, los enfoques conceptuales siguientes nos darán fundamentos para pensar las repercusiones del PJ en la concepción del Derecho, quizá necesariamente, como diría Fitzpatrick, demostrando que el derecho es la forma más poderosa que tenemos, cuando menos los juristas, de resistir el derecho³³¹.

³²⁸ Benavente, M. y Navas Alvear, M. (comp.), ob. cit., p. 15.

³²⁹ Fitzpatrick, P. (2010). *El derecho como resistencia: modernismo, imperialismo, legalismo*. Bogotá: Siglo del Hombre / Universidad Libre, pp.27-35.

³³⁰ Cfr./Mauro Benavente y Marco Navas Alvear presentan, en la recopilación citada sobre esta idea desplegada en unos quince trabajos, la representación de aquella ambivalencia entre “depresión y esperanza” en la que el discurso jurídico pretende ordenar determinadas visiones de la realidad.

³³¹ Fitzpatrick, P. (2010), ob. cit. p. 34.

La propuesta del PJ hace preciso, pues, revisar los modelos teóricos explicativos que logran establecer la naturaleza del Derecho, ya no a partir de una explicación finalista (que busca en todo tiempo una causa primera de la realidad) sino desde la causalidad, buscando el nexo de los fenómenos con la causa inmediata, esto es, la realidad. Si hay posibilidad de establecer una ontología para el Derecho, eso sólo será posible a partir de las concreciones que este ha tenido a través de la historia, pero apreciando los diversos sujetos jurídicos y las múltiples concreciones con las que se manifiesta el Derecho³³².

3.1. El Pluralismo Jurídico y la ampliación de las fuentes del Derecho

Al momento del estudio del Derecho a través del paradigma del PJ, uno de los conceptos que se presenta totalmente modificado es el de fuente del Derecho. Desde el pluralismo jurídico se diferencian los sujetos que pueden emanar deberes y derechos jurídicos, así como la valoración y ponderación de las distintas fuentes en los distintos sistemas jurídicos. Como se sabe para el monismo jurídico, el Estado es la gran fuente del derecho, porque del Estado emanan la gran mayoría de las normas jurídicas que se reconocen como tales. Por el contrario, para el pluralismo jurídico, la gran fuente del derecho es *la cultura*. El PJ implica un giro, una vuelta en la línea del tiempo de la historia de las fuentes del derecho, desde el Estado, hacia los orígenes más humanos y sociales del mismo, ubicándolo, precisamente, en la cultura y el reconocimiento del derecho consuetudinario, hasta ahora, tomado a menos o subsidiariamente al derecho estatal.

La cultura como fuente del derecho se refiere a la perspectiva antropológica que implica el arte, las relaciones económicas, las visiones espirituales y mágicas, así como las costumbres de un grupo. Las fórmulas de solidaridad, de amistad, de guerra y de familia. Los sentimientos de cohesión y separación. Las posturas y creencias sobre la vida, la muerte y la libertad. Los contratos voluntarios, las costumbres obligatorias y las leyes para los propios y los foráneos. Los miedos, el coraje y la naturaleza. En fin, todo lo que una sociedad es y persigue ser, es fuente indiscutible de su sistema normativo. Para el pluralismo la cultura se hace Derecho y puede o no estar relacionado con el Estado.

En segundo término, el estudio de las fuentes del Derecho nos sitúa frente al problema de la manera cómo se produce ese conjunto de normas que integran las normas de derecho de una nación. Es el

³³² Molina-Ricaurte, C. J..2016, ob. cit., p. 81.

determinar dónde y cómo las autoridades, caciques, árbitros, sabios, magos, padres, hermanos mayores, ancianos, letrados, funcionarios, operadores de justicias, jueces y procesados pueden encontrar el conocimiento del Derecho para resolver los casos concretos que se presentan en el medio de la comunidad. Preguntarse sobre la fuente de una norma de Derecho es buscar también su procedencia y nacimiento. Desde el pluralismo se comprende que las fuentes del conocimiento del derecho no sólo son escritas, sino que también pueden ser orales y tradicionales.

En este sentido, la costumbre jurídica es clave para comprender cómo se produce el derecho desde el PJ. Frente al excesivo legalismo y estatismo del monismo jurídico, sobre todo después de la revolución francesa, el cual según algunos filósofos del Derecho limitaban al derecho al derecho escrito por las autoridades del Estado, ha nacido las corrientes históricas y las sociológicas que reivindican “la costumbre” como fuente del derecho, como decía Puchta: la costumbre es la manifestación directa del espíritu del pueblo, el espejo donde el pueblo se reconoce³³³. Esto inauguró el camino pluralista de la concepción de las fuentes, que obtiene una buena culminación teórica con Gurvitch, quien construyó una teoría realmente pluralista que se fundamenta en la idea de que cualquier órgano social sería capaz de producir derecho. Gurvitch niega la identidad del Derecho del Derecho y del Estado y señala que la norma jurídica no sólo procede del Estado, sino que puede haber otras normas fuera del Estado que conforman órdenes normativos jurídicos independientes que, junto al orden jurídico estatal, colabora bajo el mismo plano de igualdad, se limita recíprocamente y regula las relaciones jurídicas³³⁴.

La ampliación de las fuentes del Derecho debido al PJ es un tema relevante para la teoría del derecho actual. Boaventura de Sousa Santos (1991)³³⁵ considera que puede haber muchas fuentes del pluralismo legal: Una situación colonial; la presencia de pueblos indígenas; un período revolucionario o de modernización; poblaciones marginales en zonas urbanas de países independientes; así como también, situaciones de desregulación al interior del propio Estado y un pluralismo transnacional (*lex mercatoria*) que imponen las transnacionales por encima de las

³³³ Puchta, citado por Savigny en: “Los Fundamentos de la ciencia del Jurídica”. Savigny, Kirchaman, Z., Kantorowicz (1949). *La ciencia del Derecho*, Buenos Aires, Editorial Lozada, p.52.

³³⁴ Gurvitch citado por Rodríguez, L. (1961). *Ciencia y Filosofía del Derecho*. Buenos Aires. Ediciones Jurídicas, Europa- América, p.89.

³³⁵ De Sousa Santos, B. (1991). *Estado, Derecho y Luchas Sociales*. Bogotá: ILSA, pp. 63 y sig.

regulaciones locales³³⁶. Pero, además, como se revisará, el PJ aparece como nuevo paradigma, ampliando el espectro de las Fuentes del Derecho y asimismo está llamado a concretarse en una mayor justiciabilidad de los Derechos económicos, sociales y culturales (DESC)³³⁷.

A comienzos del siglo pasado fue cotidiano estudiar el derecho originario de los pueblos llamados tribales en las colonias de África, Asia y el Pacífico. Los científicos sociales del momento estaban curiosos de saber cómo dichos pueblos mantenían el orden social sin el conocido derecho europeo que ellos conocían. Allí podríamos decir, sin duda alguna, que con la introducción de ese derecho europeo en las colonias se estaba creando una situación de pluralismo jurídico. Es paradójico que los colonizadores del siglo XIX seguían creyendo que dicha imposición del derecho europeo era un gran regalo para los pueblos colonizados, en cuanto reemplazaba la anarquía y el temor en el que vivían por el derecho civilizado; liberándolos así de la guerra, la hechicería y la tiranía en la que vivían. El derecho propio de las colonias sólo se aceptaba cuando no fuera “repugnante” para el derecho europeo. Sin embargo, la complejidad y pluralidad de los derechos propios de las colonias no se estudió. Actualmente, además, el Pluralismo Jurídico se ha venido ampliando y se refiere incluso a él, en cuanto a las características plurales del derecho en los países industrializados.

Hoy día el PJ es una cuestión céntrica en la reconceptualización de las relaciones entre el derecho y la sociedad. Para las ciencias sociales, por una parte, es fundamental el estudio de la coexistencia de órdenes jurídicos que no pertenecen a un mismo sistema. Y para las ciencias jurídicas, por su parte, el interés va más allá de esos sistemas legales duales creados cuando los países europeos impusieron su derecho sobre los sistemas jurídicos preexistentes en las colonias³³⁸. En cualquier caso, para el interés de las ciencias jurídicas el PJ lleva implícito la idea de que todos los sistemas dependen del control del Estado³³⁹. Hay una apertura a las fuentes e Yrigoyen adhiere al empuje de esta apertura, algunos elementos constitutivos de este cambio paradigmático como son:

³³⁶ Sobre la misma idea podemos encontrar afirmaciones muy diversas de Autores como Pospisil, Griffiths, Moore, para quienes, por ejemplo, cada subgrupo dentro de una sociedad tiene su propio sistema jurídico que es diferente de los otros subgrupos. Así pues, toda sociedad es jurídicamente plural, dependiendo de cómo definamos lo jurídico.

³³⁷ El Fakih, R. Fátima (2017). “Principios generales del derecho y derechos fundamentales: Ampliando las fuentes del derecho sobre la base del Pluralismo Jurídico”. *Metanoia, Revista de Divulgación Científica y Cultural*. Volumen 3 / Número 4 -Extensión Tulcán, Ecuador, p.104.

³³⁸ *Ibid.*, p.105.

³³⁹ Para Griffiths, el Pluralismo Jurídico aparece como de un tipo débil en tanto que el estado controla todos los sistemas y delega algunas competencias a órdenes no estatales. En cambio, el PJ tipo fuerte, o verdadero pluralismo, es aquel en el que existen órdenes normativos independientes del control estatal.

- i. El reconocimiento del carácter pluricultural del Estado/Nación/República, y el derecho a la identidad cultural, individual y colectiva. Ello permite superar la idea del Estado-nación monocultural y monolingüe.
- ii. El reconocimiento de la igual dignidad de las culturas, que rompe la supremacía institucional de la cultura occidental sobre las demás.
- iii. El carácter de sujetos políticos de los pueblos y comunidades indígenas y campesinas. Los pueblos indígenas tienen
- iv. derecho al control de sus instituciones políticas, culturales y sociales y su desarrollo económico. Ello permite superar el tratamiento tutelar de dichos pueblos, como objeto de políticas que dictan terceros.
- v. El reconocimiento de diversas formas de participación consulta y representación directa de pueblos indígenas, campesinos y afrodescendientes. Ello supera la idea que sólo los funcionarios públicos representan y pueden formar la voluntad popular.
- vi. El reconocimiento del derecho (consuetudinario) indígena y la jurisdicción especial. Ello supone una forma de pluralismo jurídico interno. A modo de ejemplo nos plantea el mismo texto del Convenio 169 de la OIT y su adherencia en la Constitución peruana de 1993.³⁴⁰

El estudio de las fuentes es complejo, debido a que no se puede hacer en forma aislada de las difíciles cuestiones referentes a la noción del Derecho, de su naturaleza, funciones y fines, conceptos que entran en el campo de la filosofía, la sociología y la ciencia política. Pero más complejo lo es si la vemos desde el pluralismo jurídico, debido a que las fuentes se hacen diversas, ricas en posibilidades y no deben estar relacionadas con una aprobación estatal, sino que los sujetos para aprobar, medir, evaluar o mediar las normas en algunas comunidades tienen el carácter de sagrados y deben ser respetados como tales, sobre todo en varios tipos de comunidades indígenas.

Reconocer la coexistencia de dos o más sistemas jurídicos dentro de un mismo espacio geográfico y a un mismo tiempo, como fuente del Derecho, supone ver en el Pluralismo Jurídico una obligación progresiva, precisamente del tipo de obligaciones progresivas que logran desarrollar el reconocimiento del otro y sus derechos. Y es que el salto paradigmático que desde las fuentes del

³⁴⁰ Irigoyen, R. (2004). "Legal pluralism, indigenous law, and the Special Jurisdiction in the Andean Countries". *Beyond law*, pp. 27, 32-49.

Derecho se hace hoy día, dejando atrás el monismo jurídico y desarrollando el PJ, inevitablemente nos ponen de relieve un abanico de Derechos que ya van más allá del respeto al otro e incluyen los derechos más esenciales de las culturas.

3.2. Los Principios Generales del Derecho y el Pluralismo Jurídico

Junto a la expresión Principios Generales del Derecho, se usan sin distinción varios términos como: principios, principios de derecho, ideas jurídicas básicas, etc. Sin embargo, estos términos a menudo son tomados en diversos sentidos y con contenidos muy variados. Al respecto, Bengoetxea³⁴¹ colecciona algunos presupuestos hipotéticos en los que se puede utilizar la expresión Principios del Derecho para señalar algunos rasgos o características importantes de un sistema legal; o también para expresar conceptos generales obtenidos a partir de las normas concretas de un sistema legal; o para designar las normas que dentro de un ordenamiento jurídico revisten dentro de él un carácter fundamental.

Los principios generales del derecho, sin embargo, no establecen criterios concretos de conducta. Entonces es fácil aceptar esa ambigüedad en la que la especificidad de la regla se opone a la amplitud del principio general del derecho. Los principios generales del Derecho fundamentan y orientan la comprensión de una regla, pero difícilmente podrían ser objeto de aplicación meramente subjuntiva.³⁴² Los principios generales del derecho se ven, por un lado, como principios positivos del derecho y, por otro lado, como principios tácitos o implícitos en el derecho. Así, según sea, estarán contenidos en enunciados normativos o son la premisa o consecuencia de enunciados explícitos. Si bien los principios jurídicos, por regla general, tienen el carácter de ideas jurídicas directivas, de las que no pueden obtenerse inmediatamente resoluciones para un caso particular sino sólo en virtud de su concretización en la ley o por la jurisprudencia de los tribunales, existen también principios que, condensados en una regla inmediatamente aplicable, no sólo son *ratio legis* sino que ellos mismos son *lex*; son los llamados “principios en forma de norma jurídica”.

No puede señalarse con exactitud el punto a partir del cual un principio está ya tan ampliamente concretizado que puede ser considerado un principio "con forma de norma jurídica”.

³⁴¹ Bengoetxea, Joxerramón (1993). *The legal reasoning of the European Court of Justice: towards a European jurisprudence*. Oxford. Clarendon Press, p 72.

³⁴² Barros Bourie E. y Rojas Covarrubias, N. (2007). “Introducción al Derecho Privado”. En: *Curso de derecho civil*. Universidad de Chile, Facultad de Derecho, p.172.

Tradicionalmente, entonces, se pueden observar dos perspectivas de dicha categoría conceptual, como son:

- i. Según la historia positivista del Derecho, son los principios que están regulados en el derecho positivo; esto supone una visión monista de las fuentes del Derecho.
- ii. Según la filosofía iusnaturalista, son los principios en los cuales tiene su origen el ordenamiento jurídico, lo cual supone una percepción pluralista de las fuentes del Derecho.

Por encima de esta falsa dicotomía se evidencia la relatividad de ambas perspectivas con respecto a los principios generales del Derecho. Y en esa hendidura de relatividad nos proponemos fijar la atención. Los principios en forma de norma jurídica ocupan, en cierto modo, una posición intermedia entre los principios abiertos, que son concretizados por ellos en una determinada dirección, y las normas jurídicas con supuestos de hecho muy ampliamente concebidos. Podríamos entender en ese contexto la propuesta de Betti acerca del “exceso de contenido valorativo de sentido” que caracteriza los principios jurídicos en comparación con las normas jurídicas particulares. Emilio Betti explica el proceso interpretativo proponiendo que existe una necesidad de interpretación anterior a toda aplicación de la norma - incluso lo que se tiende a llamar una ley clara- estando por ello en contra del aforismo *in claris non fit interpretatio*, pues esta claridad puede ser engañosa o falsa en la medida en que se limita a la pura aplicación del silogismo³⁴³. Ante todo, el autor busca sostener que, aparte de la comprensión lógica, hay que considerar la comprensión teleológica de la norma que es immanente a ella, para lo cual hay que conocer la *ratio iuris*, sólo que considerándola igualmente desde la luz de una interpretación sociológica. Cabe preguntarse aquí por el papel que juegan en este sentido los principios generales del Derecho.

Lo trascendente de todo lo anterior con relación al PJ pareciera radicar en el hecho de que el ordenamiento jurídico está llamado a asegurar los derechos sociales de todos los grupos y culturas y a sus instituciones garantizadoras administrativas y jurisdiccionales como normas jurídicas vinculantes y de efecto directo al menos en su contenido esencial; a desarrollar acciones jurisdiccionales idóneas para la protección de tales derechos; a establecer límites a la autonomía de la voluntad y a la autonomía contractual en base al respeto de los derechos fundamentales. Sin

³⁴³ Betti, E. (1975). “La interpretación de la ley y de los actos jurídicos. En: *Revista de Derecho Privado*: Editorial del Derecho Financiero, Madrid, p. 25.

embargo, la necesidad de institucionalizar la función del Estado como promotor de tales derechos no nos permite, a los efectos de esta investigación, apostar por estos Principios Generales como aliados al momento de fundamentar el pluralismo jurídico.

Así visto, los Principios Generales del Derecho aparecen como una suerte de espacio resbaloso donde muy fácilmente se permiten elementos y concepciones teóricas que tienden a perpetuar la hegemonía de patrón monocultural, donde difícilmente podemos sustentar el PJ. Como no sea el rol o el papel de puente o facilitador del diálogo intercultural, no habría cabida para ellos en los cimientos epistemológicos del PJ. Los elementos como la evidencia, la racionalidad y la lógica con la que se presentan los Principios Generales del Derecho podrían asentar la comunicación multicultural e incluso llegar a ser la fuente de la coordinación entre sistemas jurídicos, a través del papel de facilitador de ese diálogo multicultural. Solo en ese sentido nos permitimos tomarlos en cuenta al momento de fundamentar epistémicamente el pluralismo jurídico.

Como vemos, la senda recorrida nos ha llevado a aceptar la perspectiva que desarrollan Alejandra Zúñiga y también por su parte Nash, conforme a la cual las políticas públicas han impulsado un cambio en la hermenéutica constitucional (y no al revés, dejando la responsabilidad al derecho) con lo cual dan un giro importante en la comprensión de algunos Principios Generales del Derecho como el concepto de Bien Común, por ejemplo, hacia un Estado social de derecho, un estado asegurador de las condiciones. En ese sentido en los principios generales del Derecho cabrían los principios culturales y sociales. Los principios del reconocimiento del otro, de la multiculturalidad, de no inherencia y de diálogo, siendo entonces, cónsonos con el proceder desde el pluralismo jurídico.

3.3. Implicaciones del Pluralismo Jurídico en la Teoría del Derecho

La doctrina del pluralismo jurídico representa una revisión y ampliación a los conceptos fundamentales de la jurisprudencia o ciencia del derecho tradicional. En ese sentido, la ciencia del derecho está llamada a ser una construcción que urge más allá de la realidad normativa, a necesidades culturales. La noción del Derecho, su interpretación, los mecanismos de aplicación y su ponderación valorativa, en cualquier caso, responden indudablemente a una visión del derecho mucho más amplia que la simple normatividad. Lo que se presume como hipótesis es el hecho de que, para el estudio de la ciencia del Derecho, la inclusión del pluralismo jurídico signifique la

necesidad de un desarrollo conceptual de mayor extensión y, con ello, una amplitud en todas las formas de investigación de lo jurídico.

Como uno de los debates más significativos de la ciencia jurídica de hoy, encontramos, por un lado, el derivado de la dualidad de la propuesta de un derecho estatal único como expresión de la actividad regulativa de la modernidad que si bien está representado en la teoría positivista tradicional que considera a las leyes como la principal fuente de derecho, también nos permite, como dejamos visto en el Capítulo primero, los casos en los cuales ese monismo valida pluralismos no propiamente democráticos; pluralismos del tipo más bien genérico, donde no se respeta el reconocimiento de los derechos de los pueblos indígenas.

Por otro lado, encontramos el debate de los que consideran al derecho estatal como una fuente más de regulación sobre los conflictos sociales: el derecho local de las comunidades indígenas, los fenómenos urbanos, los llamados nuevos pluralismos, el derecho transnacional e internacional, todos ellos casos de pluralismos asimétricos y antidemocráticos, en el sentido en el que los definimos en el Capítulo primero. Según esto, el reconocimiento del origen social del derecho no basta ni se cumplimenta con el puro hecho de no volver al monismo, sino que amerita la fundamentación de un PJ que combata las asimetrías de poder.

La concepción del pluralismo jurídico en ese sentido viene a representar un giro paradigmático con las directrices que venía desarrollando la teoría del positivismo jurídico³⁴⁴, pero no sólo del positivismo, sino también de las posiciones teóricas que se han configurado desde el iusnaturalismo, quien, por su parte, se queda en la propuesta de los derechos inalienables e imprescriptibles: El derecho natural es influyente en el constitucionalismo moderno, pero sus efectos son negativos para la teoría del derecho y la teoría constitucional³⁴⁵. Y ello, lo sustenta el autor, en el hecho de que, por un lado, el iusnaturalismo sigue estando presente en el texto, la interpretación y aplicación constitucional, pero, por el otro, su teoría epistemológica no logra suministrar una base convincente para la teoría y la práctica constitucional³⁴⁶.

³⁴⁴ Crf/ Llano, ob. cit., p.194. Al respecto el autor profundiza: “Aún durante el siglo XIX, se desarrollaron teorías positivistas del derecho: el positivismo lógico de Rudolf Stammler; la teoría general del derecho, que se ocupa todavía solo con las estructuras y conceptos formales del derecho; y el modelo más consecuente y científicamente fundado de estas teorías jurídicas puramente formales que fue, sin duda, la teoría pura del derecho fundada por Hans Kelsen.

³⁴⁵ *Ibid.*

³⁴⁶ Las doctrinas constitucionales que abarcan el “núcleo esencial de los derechos fundamentales”, o la “naturaleza de la cosa”, o los derechos inalienables, si bien ocupan un lugar importante en la jurisprudencia actual, revisten inevitablemente una resonancia metafísica que no se concilia con los desarrollos de la teoría jurídica moderna. En

Como señala acertadamente Llano, “lo interesante es percibir cómo paulatinamente se avanza en los estudios desde esta perspectiva, al aportar en las transformaciones del derecho y del Estado con la pretensión del reconocimiento teórico- práctico del pluralismo, la inclusión de los diversos y de los excluidos socioeconómicamente”.³⁴⁷

En ese sentido el elemento constitutivo del derecho pasa a ser también reflejo de las estructuras de poder dominante –estatal y trans o multinacional– y desde luego también, aun con menor capacidad política, los movimientos, organizaciones, personas, etc., pues todos, como actores del derecho, forman parte del proceso – en disputa – de creación de las normas y del llenado de significado.

Yacotzin Bravo nos indica al respecto, que, en esta disputa, no hay una sola legalidad, sino una pluralidad de ellas que se Inter legalizan. Lo que supone, además, que tampoco la aplicación del derecho y sus diferentes usos son apropiados solo por los actores dominantes, sino que también se disputan por las colectividades locales, movimientos y personas³⁴⁸. Y citando a Carlos Antonio Wolkmer, reafirma la falsa idea de que el derecho emana solo de la norma estatal y de que está fundado en la idea consensual y contractual, pues, por el contrario, este es producto de necesidades, confrontaciones y reivindicaciones de las fuerzas sociales en la arena política.³⁴⁹

La relación entre la producción del derecho y las sociedades es intrínseca, pero, sobre todo, dialéctica, afirma Bravo.

Entonces, el derecho es producto y productor social pero, más allá de que esta relación sea inmediata o producto de un simple acuerdo donde se exprese la voluntad general; en realidad, es una relación dialéctica que no solo se da en un plano material o práctico –en la creación o aplicación de normas– sino que hay racionalidades, imaginarios y prácticas regulatorias que se disputan desde diferentes capacidades de comunicación, interlocución y negociación inmersas en posiciones de poder desigual que median de forma contradictoria. Debido a ello, el derecho no es esencialmente transformador ni dominante. Las disputas enmarcadas en relaciones de poder desigual abren las

Arango, Rodolfo (2004). *Derechos, constitucionalismo y democracia*. Bogotá: Universidad Externado de Colombia, p. 95.

³⁴⁷ Llano, J., ob. cit., p. 204.

³⁴⁸ Bravo, Y., ob. cit., p. 73.

³⁴⁹ Wolkmer, C. A. (2003), p. 257. Citado por Bravo. Y., op. cit., p.72.

posibilidades del derecho tanto para la transformación, la creatividad y la resistencia como para la dominación y la imposición³⁵⁰.

A esto Milton Santos lo describe como una cristalización histórica y actual: el derecho, ya sea en su contenido o su aplicación, no es solo una manifestación o resultado de las sociedades, sino que a su vez produce y transforma. El derecho en este sentido da continuidad a acciones, prácticas y representaciones de este que se materializan en la vida cotidiana y en la política institucional, lo que lo configuran en un “productor social”³⁵¹.

El Derecho, finalmente, dentro de su estudio en la Ciencia del Derecho y en la Introducción al Derecho en específico, se puede reconocer desde tres perspectivas científicas fundamentales a saber: la dogmática jurídica, la sociología jurídica y la filosofía del derecho³⁵². Así pues, recordando que la dogmática jurídica se encarga de estudiar el Derecho positivo vigente en un tiempo y lugar determinado³⁵³, al introducirse el pluralismo jurídico como visión epistémica del derecho, se debe incluir en su estudio la posibilidad de la existencia de diversos sistemas jurídicos vigentes en el mismo tiempo y en el mismo territorio. Es por esta razón entonces que una Teoría del Derecho “contemporánea” tendría que contener también el estudio de las pautas jurídicas de coordinación entre los diversos sistemas jurídicos e implicar en ellos a los distintos sujetos del pluralismo. La jurisdicción, la competencia y las normas técnicas que regulan las relaciones entre los sistemas jurídicos han de pasar a ser, entonces, también tema de análisis y estudio en cualquier aproximación que se aspire dentro de ella.

Con el reconocimiento de los sujetos del pluralismo jurídico y los derechos de los pueblos indígenas se extiende dilatadamente el objeto de la sistemática jurídica³⁵⁴, con lo cual se está

³⁵⁰ Bravo, Y., ob. cit., p. 73.

³⁵¹ *Ibid.*

³⁵² En la mayoría de los textos y manuales introductorios y de nociones fundamentales del derecho se habla de dos disciplinas fundamentales: la Filosofía y la Dogmática Jurídicas. Pero aquí se comprende que el Derecho es un fenómeno complejo que tiene tres dimensiones: La valorativa (que se estudia en la primera disciplina mencionada), la dimensión normativa (que es objeto de estudio de la segunda) y la perspectiva social (que se revisa en la sociología jurídica), esta última no la tomamos como una disciplina auxiliar sino como ha de ser, una disciplina fundante del Derecho.

³⁵³ Alejandro Vergara explica que la dogmática jurídica estudia el derecho nacional de un país y está entonces ligada al territorio y a la actualidad. Es el Derecho que soluciona en un tiempo y en un espacio determinado los problemas jurídicos que se presentan en la sociedad. Cfr. Vergara, A. (2003). “Medición de la calidad de las publicaciones jurídicas chilenas”, en *Revista Chilena de Derecho*, p. 427

³⁵⁴ Tradicionalmente se ha expuesto que la jurisprudencia técnica o dogmática jurídica tiene por objeto de estudio la exposición ordenada y coherente de los preceptos jurídicos que se hallan en vigor en una época y un lugar determinado, así como el estudio de los problemas relativos a su integración jurídica, interpretación y aplicación. En ese sentido se comprenden dos ramas fundamentales: la primera es la llamada sistemática jurídica que tiene por objeto la agrupación

llamado a redefinir, exponer y reorganizar en forma lógica dichos *sistemas jurídicos plurales* aplicables en un mismo espacio geopolítico y en un determinado tiempo, según un orden metodológico, lo que también cambia su formas, instituciones, categorías y conceptos. Por su parte, la aplicación práctica debe desarrollar la técnica para la determinación de la jurisdicción y la coordinación de jurisdicciones y precisar cuáles son las autoridades y normas aplicables en un caso determinado y las fórmulas de coexistencia entre dichos sistemas jurídicos.

La idea de que la única esencia del Derecho nos la proporcione una única Teoría o Filosofía del Derecho no es realista. Por más sólida, bien definida y espléndida que nos pudiera parecer alguna versión especial de la Teoría del Derecho, la misma no será capaz de evitar que la realidad humana precise de esquemas más completos y adecuados para dar respuesta a los problemas que vayan adquiriendo relevancia para la reflexión y práctica jurídicas.

En un ensayo sobre el tema del problema de la definición del Derecho, Enmanuel Melissaris³⁵⁵ señala el carácter intrigante y dual del pluralismo jurídico, en la medida en que se supone que un discurso sobre el derecho puede plantear una nueva teoría jurídica, como de hecho se da por sentado en esta investigación. Pero, al mismo tiempo, pretende estudiar otros sistemas o teorías jurídicas por lo que se convierte en una metateoría, en un discurso sobre otros discursos sobre el derecho. Sin embargo, consideramos que esto último no es así, porque el pluralismo no pretende la creación y el estudio de tantos sistemas jurídicos como teorías del derecho sean posibles. Lo que se busca es el reconocimiento de la existencia de estos sistemas normativos y que ellos coexistan en el respeto de la diversidad de cada cultura, nación, grupo o sujetos del pluralismo jurídico. Queda claro entonces que el pluralismo jurídico no pretende crear muchas teorías del derecho, sino que el estudio de la Teoría del Derecho comprenda al derecho en tanto que un fenómeno diverso.

El modelo del pluralismo jurídico evidentemente nace de la aceptación de la perspectiva sociológica como hipótesis científica basada en la observación de los diversos fenómenos jurídicos de la realidad social, advirtiendo con ello la necesidad de respetar al otro y su cultura. La mirada

ordenada y coherente de las normas, las instituciones, las categorías y los conceptos jurídicos y, la segunda conocida, como es sabido, por técnica jurídica, que se define tradicionalmente como el arte de la interpretación y aplicación de los preceptos de derecho vigente.

³⁵⁵ Melissaris, E. (2013). "Ubiquitous law: legal theory and the space for legal pluralism. Law, justice, and power", Aldershot: Ashgate. En: «From Legal Pluralism to Public Justification», *Erasmus Law Review* 3/4, pp. 173-180. «A sense of law: on shared normative experiences», en Donlan, Seán Patrick and Heckendorn Urscheler (editors). (2014). "Concepts of Law: Comparative, Jurisprudential, and Social Science Perspectives". *Juris Diversitas*. Farnham, Ashgate, pp. 109-122.

pluralista redescubre y devuelve al Derecho como fenómeno social, a su misma “esencia pre-jurídica”, en términos de Pompeyo Ramis, influyendo y siendo a su vez influido fuertemente en la determinación del mundo cultural, los hábitos del hombre en sociedad y en la economía³⁵⁶. La concepción de una relación causa/efecto entre lo jurídico y lo social es el marco idóneo para un cambio paradigmático en el conocimiento y estudio del Derecho.

Visto desde la sociología jurídica, la definición del derecho y de sus sistemas jurídicos, va de la mano de la idea del campo social. Algunas nociones propuestas por de Sousa Santos respecto a las escalas de análisis y a los componentes estructurales de los campos sociales son imprescindibles. En estos términos, el campo del derecho no es homogéneo. No hay forma, pues, de concebir un sólo sistema jurídico. Tal como se ha visto, si el derecho supone la existencia de regulaciones más allá de la norma, la realidad social y el contexto valórico que lo transforma, lo pulveriza y lo dinamiza, convirtiendo al derecho en un campo social de acción. Un análisis a diferentes escalas del campo del derecho nos permite percibir su heterogeneidad intrínseca según Francisco Guízar Vázquez³⁵⁷. De esta manera, el campo del derecho se presenta como un espacio compuesto por múltiples subcampos jurídicos semiautónomos. De acuerdo con de Sousa Santos un subcampo semiautónomo coincide, según la escala analítica empleada, con un conjunto de dimensiones espaciales específicas donde se manifiestan diferentes tipos o formas de leyes (o como las llama este autor, “constelaciones de leyes” o “constelaciones jurídicas”) que confluyen en un mismo campo o subcampo³⁵⁸. Las pretendidas autonomías jurídicas indígenas pueden concebirse como tales, al igual que el subcampo compuesto por las relaciones normativas que rigen el comportamiento de las empresas capitalistas transnacionales, que en sí siguen una lógica específica fundada en la conformación continua de monopolios que ejercen cierto poder para la imposición de normas que los benefician³⁵⁹.

³⁵⁶ Cfr./ Ramis, P. (2002). *Esencia pre-jurídica del derecho*. Universidad Los Andes. Mérida, Venezuela.

³⁵⁷ Guízar Vázquez, F. (2005). Derecho, identidad, territorio y conflicto: propuesta metodológica para un estudio de caso. *Desacatos* no.17 México ene. /abr.

³⁵⁸ De Sousa Santos, B. (1995). *Toward a New Common Sense: Law, Science and Politics in the Paradigmatic Transition*, Routledge, Londres.

³⁵⁹ De Sousa Santos, B. (1991). *Estado, derecho y luchas sociales*, Bogotá, Instituto Latinoamericano de Servicios Legales Alternativos.

Con relación a esto es que Boaventura de Sousa Santos asegura que la evolución de los potenciales regulatorios, represivos y emancipatorios del derecho, no dependen de la autonomía o autorreflexividad del derecho, sino de la movilidad política y de las fuerzas sociales en competencia.³⁶⁰

Willem Assies desarrolla ampliamente las nociones de Boaventura de Sousa Santos sobre los componentes estructurales o dispositivos operacionales del campo jurídico y sus subcampos³⁶¹. Los divide en tres: retórica, burocracia y violencia.

Los tres términos aluden a estrategias de toma de decisiones y a formas de comunicación específicas:

- i. La retórica es la estrategia que se basa en la persuasión y la capacidad argumentativa de los implicados.
- ii. La burocracia, propia de órdenes autoritarios, implica la sujeción a estándares normativos y a procedimientos regulados que incorporan un efecto demostrativo de los hechos a juzgar.
- iii. La violencia, por su parte, se basa en la amenaza del uso de la fuerza.

La articulación de estos distintos componentes estructurales del derecho configura un mapa de la estructura de relaciones que componen al subcampo en cuestión. Entendiendo esto podemos ver al derecho indígena como un subcampo del derecho estatal. Pareciera entonces que enfrentamos la coexistencia de cuando menos dos sistemas jurídicos, dos subcampos con dinámicas relativamente autónomas, con relaciones de fronteras porosas, para usar el término de Boaventura de Sousa Santos, según la conjugación de esos tres dispositivos: retórica, burocracia y violencia. Por su parte, el derecho positivo o estatal se caracteriza por ser más estático y codificado, donde predominan los dispositivos burocracia y violencia. Mientras, tal vez, con mayor probabilidad encontramos en los métodos jurídicos tradicionales y/o comunitarios de resolución de conflictos, propios de los pueblos indígenas, una preeminencia de la retórica³⁶².

³⁶⁰ De Sousa Santos, B. (2002). *La globalización del derecho: los nuevos caminos de la regulación y la emancipación*. Universidad de Colombia-ILSA, Facultad de Derecho, Ciencias Políticas y Sociales, pp.19-21.

³⁶¹ Assies, W. (2001). "La oficialización de lo no oficial: ¿(re)encuentro de dos mundos". *Alteridades*, 11 (21), pp. 83-96

³⁶² Lillo, R. (2002). "Pluralismo jurídico en Chile. Un desafío pendiente". III Encuentro y Simposio Internacional de la Red Latinoamericana de Antropología Jurídica. Pluralismo jurídico: Presente y futuro. Quetzaltenango, Guatemala, p. 3.

Pero es verdad que este tipo de estudios puede encasillarnos en el estereotipo de un derecho ideal que no existe, ni siquiera para los más teóricos. Es así como ni el derecho indígena contiene sólo el dispositivo de la retórica, ni el derecho estatal está constituido sólo en base a la burocracia y la violencia. En definitiva, no es prudente aplicar una mirada maniqueísta ni siquiera en el estudio teórico del Derecho, antes bien hemos de entenderlo como un *continuum*. Esta es la idea de la coexistencia de sistemas jurídicos que está en el origen del pluralismo jurídico. En efecto, si en cuanto a su generación y a sus características, ambos derechos se oponen, aquello no significa que no exista entre ambos subcampos una relación permanente y compleja.

El hecho de que la teoría general del Derecho haya elaborado el concepto de sistema jurídico sobre la base de los sistemas europeos, nos llevan a la necesidad de reelaborar un concepto de derecho y de sistema jurídico que realmente sean “universales”, vocación que, por cierto, es la que persigue la propia teoría general del Derecho. La teoría general del Derecho se centró en la dogmática jurídica, cuando aquella debería proporcionar elementos a otras ciencias jurídicas, como es el caso de la sociología jurídica³⁶³.

Se puede considerar entonces, que estamos frente a una nueva interpretación de la naturaleza del pluralismo, es decir, más allá de creer que su especificidad está en negar o mermar el Derecho estatal, el PJ está llamado a convencer, desde el planteamiento epistémico del Derecho, que el derecho emanado del Estado es tan solo una de las muchas formas jurídicas que pueden existir en una sociedad. De este modo, de acuerdo con Cabedo, afirmamos que el pluralismo legal cubre no sólo prácticas independientes y semiautónomas con relación al poder actual, sino también prácticas normativas oficiales/formales y prácticas no oficiales/informales. Esto es, la pluralidad envuelve la coexistencia de órdenes jurídicos distintos, que definen o no, las relaciones entre sí. El pluralismo puede tener como meta práctica, las normativas autónomas y auténticas creadas a partir de diversas fuerzas sociales o manifestaciones legales plurales y complementarias reconocidas, incorporadas o controladas por el Estado.³⁶⁴

³⁶³ Cabedo Malloí Vicente (2004). “De la intolerancia al reconocimiento del derecho indígena”, En: *Política y Cultura*, primavera núm. 2, p.78.

³⁶⁴ Cfr. / Belley, Jean-Guy (1986). “L’État et la régulation juridique des sociétés globales. Pour une problématique des pluralismes juridiques”. En : *Sociologie et sociétés*. c. XVIII. n. 1, abril, pp.1-32.

Reflexiones finales de la PARTE I

El pluralismo jurídico, según lo desarrollado en esta I Parte de la investigación, se entiende en una primera premisa, como una suerte de modelo epistemológico para la comprensión y estudio del Derecho, basado en una nueva forma de entender los fenómenos jurídicos, diversa, plural y respetuosa de la otredad. Hemos podido comprender, a partir de lo examinado hasta ahora, sin embargo, que este viraje en la concepción del Derecho desmonta definitivamente la tradicional y sobrepasada categoría gnoseológica monista del Derecho. A partir de allí el pluralismo jurídico fundamenta y amplía la consideración acerca de las fuentes del derecho, dando, además, argumentos a la defensa de una Teoría del Derecho obligadamente pluralistas, y un replanteamiento también necesario de los principios generales del Derecho.

Lo anterior, sin embargo, queda solo como referencia o marco validador, frente a lo que indiscutiblemente es el principal hallazgo acerca del Pluralismo Jurídico en esta I parte: considerarlo como condición obligatoria en la tarea reguladora del orden social. El hecho del reconocimiento de la existencia de una diversidad de sistemas de normas en un mismo y determinado espacio geopolítico que amerita políticas de reconocimiento a dichos sistemas normativos en el sentido, especialmente, en que estos son expresión de la multiculturalidad presente en los Estados, obviada a lo largo de tantos años, a través de la invisibilización de nuestros pueblos originarios.

Los sistemas de regulación pertenecientes a pueblos o colectivos, diferentes al Estado, comprendidos con sus propias fuentes de producción de reglas, valores, instituciones y procedimientos, a partir del reconocimiento del otro, permiten que la estructura de poder del Estado homogeneizador y unitario, sea permeada, forzando a cambiar inevitablemente la concepción del Estado único y desarticulando la comprensión de las organizaciones político-territoriales tal y como se ha venido haciendo desde los tiempos de la conquista. El pluralismo jurídico en este sentido, como se ha estudiado en esta I parte, permite la posibilidad de que a los pueblos originarios les sea reconocido en igualdad de condiciones, sus propios sistemas jurídicos y que puedan acceder al aparato estatal de modo tal de incluir en los procesos de validación de nuestros Estados – sobre todo latinoamericanos - sus demandas y reivindicaciones.

Los pueblos indígenas, los mestizos, los negros han sido los grandes excluidos desde la independencia de nuestros pueblos latinoamericanos y de la conformación del Estado. El aparato

estatal que ha emergido desde la conquista, legitima el poder de unos pocos y mantiene la política del expolio de los territorios de estas poblaciones como elemento fundamental del modelo económico y social. En aras de comprender esto, a través de esta parte de la investigación desarrollada, queda sentado que viene a ser el Pluralismo Jurídico la herramienta que el Derecho mismo otorga para moldearse a sí mismo, a la realidad de sociedad no homogénea sino multicultural, donde los valores y contextos humanos, culturales, ambientales han de enlazarse, respetarse y validarse.

Los pueblos indígenas han sido uno de los actores sociales que más ha padecido en la construcción de nuestros países latinoamericanos, a través de luchas incansables han buscado siempre mantener sus modos de vida *sui generis* frente a un modelo estatal que busca estandarizarlos. La reivindicación de sus derechos y de su cultura, gira en torno al reconocimiento del PJ tal y como lo hemos estudiado en esta I parte, con las características y los elementos que lo conforman.

En el próximo capítulo se detallará el establecimiento de este pluralismo jurídico en los términos en que lo hemos comprendido, dentro de la realidad jurídica venezolana, haciendo enlace comparativo con el ordenamiento jurídico internacional, con el objetivo de determinar si sobre las bases en que se ha establecido este pluralismo jurídico en la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela de 1999, se ha venido ciertamente desarrollando una práctica de políticas públicas que permita que los pueblos indígenas venezolanos sean incluidos en condiciones de igualdad en el desarrollo del país, conciliando en un solo Estado a partir de sistemas jurídicos distintos, un pluralismo jurídico posible para el caso de Venezuela, articulado como se pretende finalmente, en un horizonte democrático, pluralista e intercultural, sobre el reconocimiento de una justicia cultural, en afirmación y respeto a los derechos de los pueblos indígenas.

PARTE II

DETERMINACIÓN DEL PLURALISMO JURÍDICO EN

VENEZUELA: PASOS ENTRE HORIZONTES FRACTURADOS

Introducción

Una vez desarrollado el enfoque epistemológico y establecidos los constructos teóricos sobre los que se funda el pluralismo jurídico, en esta II parte de la investigación se pretende integrar la representación de dicho concepto como fenómeno o realidad jurídica y su ubicación para el caso de Venezuela, con referencia comparativa al contexto latinoamericano y el ordenamiento jurídico internacional.

El pluralismo jurídico entendido como ha sido hasta este momento permite comprender que, desde ese paradigma, todo derecho sirve para garantizar la subjetividad colectiva, la propiedad y supervivencia y el desarrollo de la identidad de los pueblos indígenas. En ese mismo sentido también se ha definido el pluralismo jurídico, muy claramente, como una dimensión de garantía de las condiciones materiales de subsistencia o de desarrollo de los pueblos originarios; con ello también, evidentemente del acceso a los recursos y por tanto, a sus territorios.

Para el examen específico de esta tesis es menester analizar y revisar desde el punto de vista normativo, cuales son aquellos derechos que dan forma al PJ. Es importante en este apartado, determinar la autodeterminación como derecho y marco general para el reconocimiento de los pueblos indígenas y luego, específicamente el derecho a su propio derecho, al desarrollo y a la creación y reconocimiento de la capacidad normativa de los pueblos.

A partir de lo revisado en la parte precedente, el PJ aparece determinado mucho más que el mero reconocimiento del derecho consuetudinario. Se identifica el PJ no solo como consecuencia de la afirmación de usos o y costumbres, sino como la capacidad de resolución de conflicto que tienen estos pueblos indígenas en tanto que sujetos jurídicos, sujetos de derechos y también sujetos políticos y, sobre todo, la capacidad de innovación jurídica, no solamente la reproducción consuetudinaria. Es así como al contemplar el PJ, se está reconociendo el derecho al propio derecho, esto es, el derecho a la jurisdicción propia, a ese espacio propio de resolución de conflicto.

En este sentido se propone esta II parte de la investigación, focalizada en la revisión de dos aspectos concretos: por una parte, la revisión de los derechos políticos que de una manera u otra, determinan el tipo de PJ y las diversas formas que prevé el estado para la participación de los pueblos indígenas en la toma de decisiones. Esto es, el derecho a la participación política reconocida para los pueblos indígenas.

Por otra parte, un elemento que resulta especialmente interesante y que se revisó en sus planteamientos generales dentro de los medios de coordinación, como lo es el derecho a la consulta previa. El estado reconoce, al aceptar la consulta previa, que los pueblos indígenas ocupan una posición de supra representación, una evidentemente menor capacidad de incidencia en las decisiones políticas del estado. La consulta previa, en este sentido, más que una injerencia, aparece como ese segundo elemento fundamental a través del cual se fortalece la forma de organización propia de los pueblos indígenas.

En la primera parte del capítulo 3 se revisan estos dos aspectos desde su regulación en el contexto internacional, a partir del reconocimiento de los derechos de los pueblos indígenas del mundo, desde las Declaraciones Universales de Naciones Unidas y su lucha por la salvaguarda de los Derechos Humanos de estos, hasta la constitución de los Convenios núms. 107 y 169 de la OIT. Para ello será necesario reconocer en estos dispositivos, las áreas estratégicas (idioma, educación, trabajo, salud, territorio, recursos naturales, cultura, participación, jurisdicción especial, etc.) de las comunidades indígenas a ser rescatadas y defendidas, en tanto que patrimonio ancestral de estos pueblos.

Haciendo uso del método comparado, en la última parte del capítulo 3, se intentará un reconocimiento de los llamados “ciclos constitucionales” en cuanto a la incorporación y reconocimiento de los derechos de los pueblos indígenas América Latina, resaltando, como apunta García Villegas, el hecho de que entre los años 1978 y 2008, se da un importante acontecimiento: se promulgaron quince textos constitucionales con reconocimiento a los derechos de los pueblos indígenas y con ello, al reconocimiento de las diferencias, a la apertura hacia la participación democrática y el carácter pluralista de la sociedad,³⁶⁵ registrando que entre las más sobresalientes encontramos las constituciones de Brasil en 1988, la de Colombia en 1991, la de Paraguay en 1992, la de Ecuador en 1998 y luego en 2008, la de Perú en 1993, la de Venezuela en 1999 y la de Bolivia en 2009.

³⁶⁵ García Villegas, Mauricio (2012). “Constitucionalismo aspiracional: Derecho, democracia y cambio social en América Latina”. *Revista Análisis Político*. Núm. 75. Bogotá. Pp. 89-110.

Se hace preciso describir este proceso al que Yrigoyen Fajardo ha denominado “etapa del constitucionalismo pluralista”, como el período en el cual se institucionaliza en Latinoamérica, el nuevo modelo de gestión de la “multiculturalidad”³⁶⁶.

Especial énfasis se pone en el análisis comparativo de las regulaciones relativas al PJ en Colombia, Ecuador y Bolivia, tomando en cuenta que estos tres Estados andinos han desarrollado ampliamente su disposición normativa en esta materia, siguiendo los lineamientos del Convenio núm. 169 de la OIT y los de Naciones Unidas, destacando la influencia más directa que los mismos han tenido en la formación del constitucionalismo venezolano, a la hora de incorporar los derechos indígenas en la Carta Magna de 1999 y conformar la existencia de un verdadero pluralismo jurídico

Corresponde al capítulo 4 una revisión del sistema normativo desde los comienzos del Estado venezolano, hasta la promulgación de la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela de 1999; delimitando el marco jurídico orgánico subsiguiente a esta última acta constitucional, se busca contrastar las condiciones y las características de la regulación jurídica venezolana a sus pueblos indígenas en términos de actores sociales, oportunidades políticas, y titularidad de derechos, revisando los tratamientos distintos que permite identificar al país, como constitucionalmente pluralista.

En consecuencia, se investigan los derechos reconocidos en Venezuela a los pueblos indígenas desde la llegada de los colonizadores a América; se busca explicar las causas del tratamiento que estos pueblos originarios han tenido desde la época de la independencia, hasta la justificación de su -no-inclusión en el novísimo proyecto de la república independiente. El siglo XIX será determinante en la precisión de la historia de las poblaciones originarias en el país, destacando que su tratamiento y la regulación de los derechos de los pueblos indígenas, han venido variando en matices hasta la actualidad.

³⁶⁶ Yrigoyen Fajardo, Raquel (2004). “Pluralismo jurídico, derecho indígena y jurisdicción especial en los países andinos”. *El Otro Derecho*, número 30. Junio de. ILSA, Bogotá. p. 172.

Capítulo 3. Contexto jurídico internacional del Pluralismo Jurídico

Diversos instrumentos jurídicos, nacionales e internacionales, han procurado la protección de los derechos de los pueblos indígenas, tomando en consideración su “especificidad cultural” y sus “peculiares condiciones de fragilidad y amenazas en las que se encuentran”. Según Luis Bello, a partir de dicha especificidad se justifica la necesidad de una “protección especial para garantizar su vida”³⁶⁷.

Algunos autores señalan la existencia de tres ciclos de reformas jurídico-políticas introducidas en Latinoamérica en relación con los pueblos indígenas, y que se hacen básicas al momento de determinar la existencia del Pluralismo Jurídico en América Latina. De manera general se puede afirmar que estas reformas vienen marcadas por un antes y un después del año 1989, con la aparición del Convenio sobre pueblos indígenas y tribales en países independientes (Convenio núm. 169 de la OIT)³⁶⁸. Si bien se debe reconocer que, en un primer ciclo, previo al convenio de la OIT, se reconoció y protegió la diversidad cultural indígena en las Constituciones de Guatemala en 1985, y Brasil en 1988 y en la de Nicaragua en 1987, en las que se aprobaron “formas de autonomía político territorial de carácter multiétnico”³⁶⁹. En un segundo ciclo, posterior al Convenio 169 de la OIT se dieron reformas en las Constituciones de países como Colombia en 1991; México en 1992 y 2001; Perú en 1993; Bolivia en 1994; Ecuador en 1998, así como la nueva Constitución en Venezuela de 1999 donde se estatuyeron los derechos indígenas de diversa naturaleza basados en el respeto de sus propias especificidades. Un tercer ciclo de reformas vendría dado por las Constituciones de Ecuador y de nuevo en Bolivia, en las que tiene lugar lo que se ha denominado “constitucionalismo plurinacional” o “constitucionalismo intercultural”³⁷⁰ en las que se cuestiona el concepto de Estado-nación.

³⁶⁷ Bello, Luis Jesús (1999). *Los derechos de los pueblos indígenas en Venezuela*. IWGIA (Grupo Internacional de Trabajo sobre Asuntos Indígenas) y FPP (El Programa para los Pueblos de los Bosques), Copenhague. p. 26.

³⁶⁸ Cfr. Aylwin, José (2014). “Los derechos de los pueblos indígenas: avances jurídicos y brechas de implementación, Derechos Humanos de los grupos vulnerables”, p. 276 y ss. Asimismo, Yrigoyen, R., “El horizonte del constitucionalismo pluralista: del multiculturalismo a la descolonización”, en Rodríguez, C. (Coord.) (2011). *El derecho en América Latina. Un mapa para el pensamiento jurídico del Siglo XXI*. Buenos Aires: Siglo XXI Editores. Pp. 139-59.

³⁶⁹ Aylwin, J. (2014). “Los derechos de los pueblos indígenas...”, obp. cit. p. 276.

³⁷⁰ Ídem, p. 278. Cfr/ a Yrigoyen, R., (2003), ob. cit., Pp. 139-59; Aparicio W., M. (2011). *Los derechos de los pueblos indígenas a los recursos naturales y al territorio. Conflictos y desafíos en América Latina*, Icaria, Barcelona. Pp. 7-30.

Magdalena Gómez se ha referido a la “juridización de lo indígena” para referirse al fenómeno según el cual los grupos indígenas centraron sus reivindicaciones en nuevos sistemas normativos como una de las respuestas del Estado a sus demandas, en presencia, además, de una presión externa para que los países asumieran las reformas, se plegaran a los instrumentos normativos internacionales y se cumplieran reglas y principios de países donantes³⁷¹. Efectivamente, se trata de la “irrupción de los pueblos indígenas como un nuevo sujeto social y de sus organizaciones como un actor político”, con “varios tipos de dinámicas interconectadas, una de las cuales es la construcción de una plataforma de lucha que se expresa finalmente como una reivindicación de derechos, incluyendo desde la demanda de modificación de la constitucionalidad del Estado, hasta el reconocimiento de un sistema legal y jurisdiccional propio de cada pueblo indígena”³⁷².

Uno de los rasgos fundamentales de los diversos instrumentos jurídicos es el reconocimiento de la cultura indígena, lo cual es reiterado al largo de la abrumadora mayoría de los textos normativos latinoamericanos. Raquel Yrigoyen Fajardo ha apuntado bien cuando señala que uno de los rasgos más importantes de este constitucionalismo indigenista ha sido asumir las reivindicaciones jurídicas de estos pueblos como “reconocimiento” en la medida que el texto constitucional no está “creando” la situación de diversidad cultural sino reconociendo la misma. Esto se sigue del Convenio núm. 169 de la OIT que en su quinto considerando dice expresamente: “Reconociendo las aspiraciones de esos pueblos a asumir el control de sus propias instituciones y formas de vida y de su desarrollo económico y a mantener y fortalecer sus identidades, lenguas, religiones, dentro del marco de los Estados en que viven”.³⁷³

Como se afirma en Naciones Unidas, “frente al mundo exterior, y a menudo también dentro de las comunidades indígenas, la singularidad cultural de los pueblos indígenas se considera uno de los rasgos que los definen”³⁷⁴. Así se puede hablar de unos derechos culturales particulares de los

³⁷¹ Se puede encontrar la expresión en Gómez, Magdalena. “La juridización de los indígenas ante la nación mexicana”, en Iturralde, Diego (compilador) (1994). *Orden jurídico y control social*, Instituto Nacional Indigenista, México. Op. cit. p. 230.

³⁷² Cfr. Iturralde G. Diego (2004). “Pueblos indígenas, derechos económicos, sociales y culturales, y discriminación”, *Revista Instituto Interamericano de Derechos Humanos*, v. 38. Texto preparado para el Seminario de expertos sobre racismo, discriminación, xenofobia y otras formas de inequidad, Santiago de Chile. p. 234.

³⁷³ Yrigoyen Fajardo, Raquel (2004). Pluralismo jurídico, derecho indígena y jurisdicción especial en los países andinos. *El Otro Derecho*, número 30. Junio de. ILSA, Bogotá. Pp. 173-174

³⁷⁴ Naciones Unidas (2013). Oficina del Alto Comisionado para los Derechos Humanos. “Los pueblos indígenas y el sistema de derechos humanos de las Naciones Unidas”. Folleto Informativo N° 9. Rev. 2. Nueva York y Ginebra. p. 7.

pueblos indígenas que a su vez dan base para que otros derechos también sean protegidos y brinda otras perspectivas acerca de cómo deben ser interpretados diversas garantías en los ordenamientos jurídicos. Esto puede ser visto como el derecho a la propia cultura o los derechos culturales, revelando así un carácter ciertamente complejo, así, por ejemplo, Luis Bello señala que los mismos:

comprenden los derechos de los pueblos indígenas a conservar sus propias culturas y formas de vida, de acuerdo con sus propias formas de interpretación tradicional de la realidad y de su relación con el mundo (cosmovisión). Los derechos culturales incluyen el respeto y reconocimiento de la diversidad y a la identidad étnica y cultural, expresadas en sus formas propias de organización social y cultural que tienen los pueblos indígenas y que son diferentes a las del resto de las sociedades nacionales. En efecto, la diversidad cultural se refiere a formas de vida que no coinciden con las costumbres de la mayoría de la población, en aspectos de raza, religión, lengua, economía y organización política; por tal motivo los pueblos indígenas tienen derecho al reconocimiento de sus diferencias, con fundamento en los principios de pluralismo y protección de las minorías³⁷⁵

La Oficina del Alto Comisionado de los Derechos Humanos ha afirmado que el derecho a la cultura debe leerse a la luz del derecho a la libre determinación de los pueblos indígenas³⁷⁶, este último concepto será revisado desde la perspectiva del Derecho positivo.

1. Marco jurídico internacional para el reconocimiento de los Derechos de los Pueblos indígenas

Cualquier manifestación contemporánea que se pretenda a favor de los derechos de los pueblos indígenas, necesariamente nos refiere a su regulación conforme al derecho internacional, incluidos los tratados de los derechos humanos, en función de las circunstancias en las que se encontraban estos pueblos desde el mismo momento de la conquista y sus modos de regulación de vida, su relación con la tierra, sus territorios y el uso de los recursos, sus interrelaciones y el modo de regularlas: esto es, comenzar por establecer el derecho a la autodeterminación de los pueblos indígenas, como el derecho que estos tienen para decidir libremente su condición política, sus

³⁷⁵ Bello, L. (1999). *Los derechos de los pueblos indígenas ...*, op. cit. p. 30.

³⁷⁶ Naciones Unidas (2013). Oficina del Alto Comisionado para los Derechos Humanos. “Los pueblos indígenas y el sistema ...”, op. cit. p. 5.

propias formas de gobierno, determinar el desarrollo económico, social y cultural, al igual que estructurar libremente sus instituciones.

Se pueden encontrar, sin embargo, indicios de discusiones sobre los derechos de los pueblos indígenas en las diversas fuentes del pensamiento jurídico: tal vez una mirada desde el *Ius Gentium*, pasando por los iusnaturalistas, los iuspositivistas, el realismo jurídico, llevan, como hemos visto, necesariamente al planteamiento del pluralismo jurídico. Paralelamente a la situación real de la diversidad social, una regulación en favor de los derechos de los pueblos indígenas va a invocar la necesidad de precisar un marco legal y también uno institucional, acorde con esta complejidad. Es así como en las últimas tres décadas se han destacado elementos del derecho y política internacional gracias a los movimientos impulsados no solamente a nivel nacional y regional sino también internacional, resultado de las incansables luchas de los pueblos indígenas, y también en algunos casos, respaldados por la sociedad civil, a través de mecanismos internacionales y convenios entre los mismos estados. En este sentido, sin duda alguna, el sistema internacional que alega los derechos humanos y sus políticas, ha ocupado un lugar central en este proceso a partir de los diversos grupos de trabajo sobre los pueblos indígenas; hay instrumentos jurídicos de carácter internacional que promueven y protegen los derechos humanos y que incluyen de una u otra forma, también el reconocimiento de los nuevos actores, tanto individuales como sociales, organizaciones internacionales, multinacionales, líderes indígenas, etc.

Cualquier búsqueda acerca de las normas que regulen el orden jurídico internacional supone en un primer momento acciones que permite la entrada en vigor de modo internacional y acciones que se dan de modo interno. De modo internacional destacará la adopción y la firma de la ratificación de tratados y nivel interno, las acciones de cara a obligar a cada uno de los estados no solamente a facilitar la implementación de estos convenios, sino a hacer primar el derecho internacional a partir de instituciones de acciones que promuevan y protejan estos derechos.

Algunas de las mayores dificultades a las que hacen frente los pueblos indígenas en el ámbito de la regulación de sus derechos a nivel internacional, como se verá, derivan de la presión de que son objeto sus tierras, territorios y recursos como consecuencia de actividades relacionadas con el desarrollo y la extracción de recursos. Sus culturas siguen amenazadas y la protección y la promoción de sus derechos se ven coartadas. A los pueblos indígenas se les ha debido la atención y el acceso oportuno a procesos jurídicos y normativos relativos a sus derechos y han participado,

como se verá, plenamente en la conquista de ellos, vislumbrando un cierto grado de influencia en las decisiones internacionales que les afectan. A continuación, se analiza esta dinámica con mayor detenimiento.

A nivel del Derecho Internacional, la Declaración Universal de los Derechos Humanos de 1948 se puede señalar como el instrumento jurídico que protege los derechos de los pueblos indígenas desde una perspectiva más general. No obstante, este tipo de instrumentos no reconocen la especificidad de los pueblos indígenas y su comprensión se ciñe a elementos tales como, por ejemplo, la perspectiva histórica con la cual se registra y se busca evitar atrocidades tales como las de la Segunda Guerra Mundial, cometidas por los nazis contra los judíos en Alemania.

El Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos fue adoptado y abierto a la firma, ratificación y adhesión por la Asamblea General de la Organización de las Naciones Unidas en su resolución 2200 A (XXI), de 16 de diciembre de 1966 y entró en vigor el 23 de marzo de 1976, de conformidad con el artículo 49. En lo que pudiera ser una aproximación a los pueblos indígenas el artículo 27 establece el derecho de las minorías, en los siguientes términos:

En los Estados en que existan minorías étnicas, religiosas o lingüísticas, no se negará a las personas que pertenezcan a dichas minorías el derecho que les corresponde, en común con los demás miembros de su grupo, a tener su propia vida cultural, a profesar y practicar su propia religión y a emplear su propio idioma.

Sin embargo, se encuentra un obstáculo a considerar toda vez que los pueblos indígenas pueden ser minorías en unos países mientras que en otros no, por ende, no queda implícita la protección de sus derechos a partir de sus especificidades culturales. En este sentido, el Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Derechos Humanos ha resaltado que, si bien “el estatuto jurídico de los pueblos indígenas no equivale al de las minorías, con frecuencia, aunque no siempre, son minoría en los Estados en que residen”. Ha acotado que “las minorías y los pueblos indígenas comparten una serie de derechos semejantes conforme al derecho internacional, aunque cabe apuntar que la Declaración de las Naciones Unidas sobre los Derechos de los Pueblos Indígenas tiene un carácter más amplio que los instrumentos legales internacionales relativos a las minorías”³⁷⁷.

³⁷⁷ *Ibid.*, p.3.

Tanto la Declaración Universal de los Derechos Humanos de 1948 como el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, no tratan los derechos de los pueblos indígenas de forma específica y su incidencia se concibe exclusivamente en el ámbito de los derechos individuales. Tampoco el Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales posee una mención particular a los pueblos indígenas. Se ha afirmado con toda razón que este último pacto, al igual que el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, incluye en su artículo 1 “el derecho a la libre determinación”, que el Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales ha aplicado análogamente en el contexto de los pueblos indígenas. Gran parte de los derechos del Pacto relativos al empleo, la familia, la salud, la alimentación, la educación y, especialmente, la cultura tiene que ver con situaciones a las que hacen frente los pueblos indígenas, algo que el Comité ha entendido pidiendo, en el marco de su proceso de examen de los Estados, que se reconozcan los derechos de estos pueblos a sus tierras de propiedad comunal”³⁷⁸.

No obstante, el Derecho a la Libre Determinación contenida en estos pactos parece constituir el punto de partida en “el desarrollo e internalización de la doctrina de los derechos humanos, en los numerosos espacios internacionales y nacionales que se establecen para promoverlos” respecto a los pueblos indígenas con una “normatividad internacional que incorpora progresivamente sujetos y derechos colectivos”. La apropiación de estos pactos, según lo señalado por Diego Iturralde, “incluye de manera implícita los dos conjuntos de derechos –civiles y políticos (DCP), y económicos, sociales y culturales (DESC)–, pero desvanece sus diferencias y el carácter eminentemente individual de su expresión formal; [y es] a partir de esta apropiación, [que] los movimientos indígenas desarrollan un “catálogo propio” de derechos de los pueblos indígenas, progresivamente distinto del proclamado y protegido por los Pactos”³⁷⁹.

La “Convención Internacional sobre la Eliminación de todas las Formas de Discriminación Racial” se ha vinculado con los pueblos indígenas en la medida que han sido discriminados y así fue reflejado en la Recomendación General N.º XXIII (1997), relativa a los Derechos de los Pueblos Indígenas y en la que se hacen una serie de exhortaciones a los Estados en pro de una igualdad de derechos respecto a la participación efectiva en la vida pública y que no se toman decisiones sin su consentimiento informado, asimismo, la protección de los Derechos de los pueblos indígenas

³⁷⁸ *Ibid.* p. 23.

³⁷⁹ Iturralde, D., ob. cit. p. 238.

sobre sus territorios y recursos³⁸⁰. La Convención sobre los Derechos del Niño aparece como el instrumento jurídico internacional en el que sí se mencionaron los niños indígenas, tal como sucede con los artículos 29.1 y 30.

No se puede negar que todos estos instrumentos jurídicos internacionales han contribuido a dar un mayor realce a los derechos humanos en el plano internacional llevando a la sociedad a entender la necesidad de la especial protección de la que son merecedores los pueblos indígenas. Desde una perspectiva general se ha de registrar que estos son elementos de reconocimiento de los pueblos indígenas en tanto que sujeto colectivo y con ello se dan sustento al pluralismo jurídico, es decir, al reconocimiento del derecho de autogobierno, al derecho al propio Derecho.

En ese sentido se identifican como instrumentos jurídicos internacionales específicos para el reconocimiento de los Derechos de los Pueblos Indígenas, entre otros, el Convenio núm. 169 de la OIT y la Declaración de las Naciones Unidas sobre los Derechos de los Pueblos Indígenas. En ellos la unidad colectiva de las comunidades indígenas son reconocidas como que tienen derechos, no solo los individuos. Tal como lo señala Rodolfo Stavenhagen: "...poco a poco empieza a darse ahora una interpretación de que hay ciertos derechos humanos individuales que sólo se pueden disfrutar "en comunión con otros", lo que significa que para efectos de derechos humanos el grupo involucrado se convierte en sujeto de estos por derecho propio"³⁸¹. Queda en evidencia que "...los derechos de los pueblos indígenas tienen, por definición, carácter colectivo. Dicho de otro modo, se confieren a individuos indígenas que se organizan en pueblos", tal como es ratificado en Naciones Unidas³⁸². Lo mismo sucede con el Convenio núm. 169 cuyo criterio interpretativo establece que privan los acuerdos y/o normas que otorguen más ventajas o derechos a los pueblos indígenas según lo expresado en el artículo 35.

³⁸⁰ En este último sentido, se exhorta a los Estados a que "Reconozcan y protejan los derechos de los pueblos indígenas a poseer, explotar, controlar y utilizar sus tierras, territorios y recursos comunales, y en los casos en que se les ha privado de sus tierras y territorios, de los que tradicionalmente eran dueños, o se han ocupado o utilizado esas tierras y territorios sin el consentimiento libre e informado de esos pueblos, que adopten medidas para que les sean devueltos. Únicamente cuando, por razones concretas, ello no sea posible, se sustituirá el derecho a la restitución por el derecho a una justa y pronta indemnización, la cual, en la medida de lo posible, deberá ser en forma de tierras y territorios".

³⁸¹ Stavenhagen, R. (2008). "Los derechos de los pueblos indígenas: desafíos y problemas". Ponencia presentada en el XXVI Curso Interdisciplinario en Derechos Humanos, Instituto Interamericano de Derechos Humanos, San José, Costa Rica, 18 al 29 de agosto. p. 263.

³⁸² Naciones Unidas. (2013). Oficina del Alto Comisionado para los Derechos Humanos. "Los pueblos indígenas y el sistema ...), op. cit. p. 8.

En este sentido se afirma que el Convenio sobre Pueblos Indígenas y Tribales en Países Independientes, ha tenido un impacto significativo en la revolución constitucional indigenista de los últimos 30 años en América Latina, sin embargo, Raquel Yrigoyen Fajardo considera que los textos constitucionales y este convenio “deben interpretarse sistemáticamente, bajo el principio de rescatar lo más favorable a los pueblos indígenas”³⁸³.

Cuando se aprobó el Convenio núm. 169, en 1989, se manifiesta el mayor grado de atención internacional en la solicitud de los pueblos indígenas a tener un mayor control sobre su manera de vivir y sus instituciones³⁸⁴. Se reconoció a estos pueblos “...un conjunto de derechos colectivos de carácter político, incluyendo derechos de participación en el Estado a través de consulta de medidas legislativas o administrativas (artículo 6.1 a); participación en la adopción de decisiones en instituciones electivas (artículo 6.1 b), entre otros y de autonomía; reconocimiento de derecho consuetudinario e instituciones propias (artículo 8 1 y 2) y del derecho a definir prioridades de desarrollo (artículo 71.1). Asimismo, les reconoció derechos sobre sus tierras, territorios y recursos naturales (artículos 13 a 16). Ello además de un conjunto de derechos económicos, sociales y culturales, incluyendo entre ellos derechos laborales vinculados al empleo, la seguridad social, salud, la educación y acceso a medios de comunicación (artículos 20 a 31)”³⁸⁵.

Ese precepto ha sido destacado por cuanto contribuyó con la identificación de “lo indígena y del sujeto indígena”. La caracterización de un pueblo con el adjetivo “indígena” es de por sí un elemento controvertido en el asunto del reconocimiento de sus derechos y ello por la propia carga política que lleva implícita. No obstante, así se ve reconocido en el artículo 1, a) del referido Convenio núm. 169. La importancia del concepto de “pueblo” es resaltada por Andrés García, pues atribuye “un estatus colectivo al definir a los pueblos como sujetos de derecho. En efecto, al

³⁸³ En este sentido, aclara la autora que: “Para los efectos de la definición de “pueblo indígena” ha de considerarse el derecho de autodefinición que consagra el Convenio 169 (art. 1, inc. 2). Si bien el término “pueblo” es más amplio que el de “comunidad”, ello no significa que no deban reconocerse estos derechos cuando sólo hay comunidades y no pueblos indígenas con todos sus componentes. Cabe recordar que justamente la historia colonial y republicana ha impactado negativamente en muchos pueblos pulverizándolos en comunidades, y diluyendo y transformando sus elementos identitarios. En algunos casos tal impacto incluye la pérdida de los idiomas indígenas, la propiedad común de la tierra (por la expansión de las haciendas durante la república), las estructuras de poder supra comunal, y el hecho mismo de autodenominarse indígenas, por la connotación negativa que le fue asignada”. En Yrigoyen Fajardo, R. (2004). “Pluralismo jurídico, derecho indígena y jurisdicción especial en los países andinos”. *El otro derecho*, número 30. Junio. ILSA, Bogotá. pp. 177-178.

³⁸⁴ Naciones Unidas. Nueva York y Ginebra (2013). “Los pueblos indígenas y el sistema de derechos...”, op. cit. p. 10.

³⁸⁵ Aylwin, J. (2014). “Los derechos de los pueblos indígenas...”, op. cit. p. 280.

ser reconocido como sujeto de derechos, la noción de pueblo adquiere una fuerte connotación política, social y jurídica”³⁸⁶.

El derecho a la consulta previa, libre e informada, como se señaló, también constituye uno de los aspectos más resaltados de este convenio, estableciéndose en el artículo 6. Igualmente, con base en el Convenio núm. 169, los pueblos indígenas tienen titularidad para aplicar su derecho consuetudinario y ejercer funciones jurisdiccionales, toda vez que el mismo otorga a los pueblos indígenas el derecho a conservar sus costumbres e instituciones propias bajo la condición de que no sean incompatibles ni con el sistema jurídico nacional, ni con los derechos humanos reconocidos internacionalmente (artículo 8, numeral 2). Es decir, los pueblos indígenas no pueden aplicar pena de muerte para un delito de adulterio, por ejemplo, cometido en su propio territorio a pesar de que sus propias tradiciones y costumbres así lo señalen, ya que eso violaría los derechos humanos reconocidos internacionalmente. Tampoco podrían discriminar a otros grupos indígenas considerados minorías dentro de su territorio, porque de la misma forma violaría el derecho internacional. Y es por ello por lo que el artículo 9, numeral 1, señala que: “...en la medida que ello sea compatible con el sistema jurídico nacional y con los derechos humanos internacionalmente reconocidos, deberán respetarse los métodos a los que los pueblos interesados recurren tradicionalmente para la represión de los delitos cometidos por sus miembros. Sólo se pueden aplicar las leyes tradicionales indígenas cuando haya esa “compatibilidad” con la normativa nacional e internacional, la cual, de ser positiva, debe ser respetada por el Estado nacional.

Esto abre el camino para que se comience a reconocer las existencias “jurisdicciones especiales indígenas” cuyo contenido es aplicar justicia en base al derecho consuetudinario paralelas a las jurisdicciones nacionales emanadas del poder legal-racional nacional judicial y legislativo.

La segunda parte del Convenio se dedica a las tierras y comprende desde el artículo 13 al 19. El Convenio núm. 169 hace especial referencia a los territorios indígenas en tanto que los concibe como “espacios de gestión colectiva”, resaltando así que el valor que el mismo posee en el mantenimiento material y cultural indígenas. Este convenio define el territorio indígena como: “la totalidad del hábitat de las regiones que los pueblos ocupan o utilizan de alguna manera” (artículo

³⁸⁶ García, Andrés Román (2014). “Hacia el reconocimiento constitucional de los pueblos indígenas en Chile”, *Revista de Derechos Fundamentales*, N° 11, Universidad de Viña del Mar. p. 134.

13, numeral 2), e incluye dentro de los derechos territoriales inclusive “las tierras que no estén exclusivamente ocupadas por ellos, pero a las que hayan tenido tradicionalmente acceso para sus actividades tradicionales y de subsistencia” (artículo 14, 1). Más propiamente dicho, el artículo 13 dispone que “Al aplicar las disposiciones de esta parte del Convenio, los gobiernos deberán respetar la importancia especial que para las culturas y valores espirituales de los pueblos interesados reviste su relación con las tierras o territorios, o con ambos, según los casos, que ocupan o utilizan de alguna otra manera, y en particular los aspectos colectivos de esa relación”. Asimismo, aclara que “la utilización del término “tierras” en los artículos 15 y 16 deberá incluir el concepto de territorios, lo que cubre la totalidad del hábitat de las regiones que los pueblos interesados ocupan o utilizan de alguna otra manera”, y esto implica que el ámbito territorial no equivale entonces a tierras de propiedad del pueblo indígena, comunidad o ronda, sino al espacio geofísico que utilizan de alguna manera.

Todos estos, se puede deducir, son elementos que nos hablan del reconocimiento del sujeto colectivo y de los elementos básicos que dan sustento al pluralismo jurídico y que vienen a completarse con la declaración de los derechos de los pueblos indígenas de Naciones Unidas aprobada el 13 de septiembre de 2007. Este documento enmienda la exclusión histórica del sistema jurídico internacional de los pueblos indígenas. La misma se considera “el instrumento más amplio relativo a los derechos de los pueblos indígenas existente en el ámbito del derecho y las políticas internacionales” y en el mismo, “figuran normas mínimas en materia de reconocimiento, protección y promoción de estos derechos”. No obstante, se reconoce que, si bien “no se aplica de forma uniforme o coherente, la Declaración orienta normalmente a los Estados y los pueblos indígenas en la elaboración de las leyes y políticas que repercuten en estos pueblos, en concreto, en el establecimiento de medios para atender mejor las reclamaciones que presentan”.³⁸⁷

Rodolfo Stavenhagen reconoce que, si bien esta Declaración no contiene “derechos nuevos” que no hayan sido previamente declarados en otros instrumentos de Derechos Humanos de la Organización de la Naciones Unidas, tiene la virtud de señalar la forma en que los mismos se deben relacionar con las particulares de los pueblos indígenas. Stavenhagen entiende esta Declaración como una “esperada acta de resarcimiento para los pueblos indígenas (...) [la cual]

³⁸⁷ Naciones Unidas. Nueva York y Ginebra (2013). “Los pueblos indígenas y el sistema de derechos humanos de las Naciones Unidas”. Folleto informativo. N.º 9/Rev.2

debe ser considerada como un mapa de acción para las políticas en Derechos Humanos que deben ser adoptadas por los gobiernos, la sociedad civil y los propios pueblos indígenas si en verdad quieren que sus derechos sean garantizados, protegidos o promovidos”³⁸⁸.

Esta Declaración, en materia de derechos políticos, reconoce a estos Pueblos el derecho a la libre determinación (artículo 3), así como su derecho a la autonomía o al autogobierno, en cuestiones relacionadas con sus asuntos internos y locales (artículo 4). Como consecuencia de su libre determinación, ella reconoce el derecho de los pueblos indígenas a que se obtenga su consentimiento libre, previo e informado (CLPI) antes de que los Estados adopten decisiones que les afectan”. La misma Declaración reconoce a estos pueblos el derecho que tienen “a poseer, utilizar, desarrollar y controlar las tierras, territorios y recursos que poseen» en razón de la propiedad tradicional o que hayan adquirido de otra forma (artículo 26.2); así como a la reparación, incluyendo en ella la restitución, y cuando ello no sea posible, la compensación, por las tierras, territorios y recursos que les hayan sido “confiscados, tomados, ocupados, utilizados o dañados sin su consentimiento libre, previo, e informado” (artículo 28).

Se reconoce la urgente necesidad de respetar y promover los derechos intrínsecos de los pueblos indígenas, que derivan de sus estructuras políticas, económicas y sociales y de sus culturas, de sus tradiciones espirituales, de su historia y de su filosofía, especialmente los derechos a sus tierras, territorios y recursos. También se reconoce la urgente necesidad de respetar y promover los derechos de los pueblos indígenas afirmados en tratados, acuerdos y otros arreglos constructivos con los Estados. En la declaración se reconoce además la organización de los pueblos indígenas para promover su desarrollo político, económico, social y cultural y para poner fin a todas las formas de discriminación y opresión dondequiera que ocurran.

La Declaración recoge un abanico amplio de derechos con miras a garantizar no solamente derechos de contenido político sino las condiciones materiales, la subsistencia misma, de los pueblos, como presupuesto para la protección de su pervivencia cultural.

En el Preámbulo de la Declaración se reconoce que el respeto de los conocimientos, las culturas y las prácticas tradicionales indígenas contribuye al desarrollo sostenible y equitativo y a la ordenación adecuada del medio ambiente” y destaca “la contribución de la desmilitarización de

³⁸⁸ Stavenhagen, R. (2008). “Los derechos de los pueblos indígenas...”, op. cit. p. 257.

las tierras y territorios de los pueblos indígenas a la paz, el progreso y el desarrollo económicos y sociales, la comprensión y las relaciones de amistad entre las naciones y los pueblos del mundo. En particular, se reconoce el derecho de las familias y comunidades indígenas a seguir compartiendo la responsabilidad por la crianza, la formación, la educación y el bienestar de sus hijos, en consonancia con los derechos del niño. Considerando que los derechos afirmados en los tratados, acuerdos y otros arreglos constructivos entre los Estados y los pueblos indígenas son, en algunas situaciones, asuntos de preocupación, interés, responsabilidad y carácter internacional.

Sobre los tratados, acuerdos y demás arreglos constructivos, así como las relaciones que representan, señala que sirven de base para el fortalecimiento de la asociación entre los pueblos indígenas y los Estados.

Como señala Marco Aparicio Wilhelmi, este precepto constituye “una reiteración, con el mero añadido del adjetivo «indígenas» al sujeto del derecho, los «pueblos», del artículo primero de los pactos internacionales de Derechos Civiles y Políticos y de Derechos Económicos, Sociales y Culturales (1966)”. Este autor resalta la importancia del derecho a la libre determinación, ya que, con la aprobación de los pactos de 1966, “se quiso restringir el sujeto titular a aquellos pueblos aún sometidos a una relación de dominación colonial (a partir de una doctrina conocida por el nombre de ‘blue water’ o agua salada)”. En virtud de ellos se consideraba “que el reconocimiento de derechos humanos individuales debía fundamentarse en un requisito previo, la eliminación de la relación colonial, como forma de dominación colectiva. El presupuesto es claro: la efectividad de los derechos humanos sólo puede llegar a asentarse en sociedades no sometidas por relaciones coloniales”³⁸⁹. Si bien la doctrina del “agua salada” fue cuestionada, se mantuvo con “firmeza” en el ámbito internacional. De allí que este autor destaque que:

el hecho de que la declaración de 2007 opte por recoger el mismo derecho implica su actualización al contexto en que subsisten pueblos indígenas. Más allá de las precauciones que la misma declaración incorpora para limitar el alcance de la libre determinación indígena, no cabe duda de que tras ella queda reforzada la comprensión de los derechos humanos a partir de la relación entre lo colectivo y lo individual reafirmando que, mientras se den situaciones de dominación de unos

³⁸⁹ Aparicio W., M. (2011). “Los derechos de los pueblos indígenas...”, ob. cit. p. 132.

pueblos sobre otros, la vigencia de los derechos, tanto colectivos como individuales, se hallará en permanente cuestión³⁹⁰.

En documento emanado del Alto Comisionado para los Derechos Humanos se afirma que el derecho a libre determinación de los pueblos indígenas tiene como consecuencia el derecho “a establecer libremente su condición política y perseguir libremente su desarrollo económico, social y cultural”, entendiéndose también que este derecho complementa el ejercicio de otros derechos de los pueblos indígenas³⁹¹.

Es importante este señalamiento por cuanto, el derecho a participar en la adopción de decisiones en las cuestiones que afecten a sus derechos, consagrado en el artículo 18 de la Declaración, así como el derecho a mantener y desarrollar sus propias instituciones de adopción de decisiones y el derecho a las consultas, consagrado en el artículo 19 (‘consentimiento previo, libre e informado’), son derechos que deben necesariamente situarse en el escenario más general de los derechos políticos reconocidos por la declaración, según Aparicio, debido a que:

la idea de fondo es que la declaración situaría las bases de una cierta reformulación de las relaciones entre los estados, las sociedades dominantes, y los pueblos indígenas. Se parte del reconocimiento del derecho a la libre determinación, pero sin buscar el aislamiento de los pueblos sino un replanteamiento del patrón de las relaciones. Por esta razón, adquiere una importancia central el establecimiento de procedimientos llamados a encauzar el diálogo en los casos en que pueda darse una contradicción de intereses³⁹².

Con esto el autor sitúa la consulta y el consentimiento como mecanismos o dispositivos que tratan de evitar la imposición de una parte sobre la otra, en busca de espacios de entendimiento mutuo y el consenso en la toma de decisiones. Como se puede ver, desde el punto de vista normativo, estos derechos son los que dan forma al PJ. La autodeterminación como derecho y marco general y luego específicamente el derecho a su propio derecho, así como el desarrollo y la creación y capacidad normativa reconocida a los pueblos indígenas, supone la capacidad de resolución de conflicto que tienen estos pueblos como sujetos jurídicos, sujetos de derechos y también sujetos políticos y sobre todo la capacidad de innovación jurídica, no solo la reproducción consuetudinaria.

³⁹⁰ *Ibid.*

³⁹¹ Naciones Unidas. (2013). “Los pueblos indígenas...”, ob. cit. p. 5.

³⁹² *Ibid.*, p.136.

Rodolfo Stavenhagen ha resaltado como una victoria importante de los pueblos indígenas también los artículos de la Declaración relacionados con los derechos sobre la tierra, los territorios y los recursos. Entiende Stavenhagen que si tal vez no todo el mundo esté satisfecho con el texto final tal como fue aprobado por la Asamblea General (artículos 25, 26, 27, 28, 29), estos artículos representan un desafío importante tanto para los pueblos indígenas como para los Estados en términos de su interpretación adecuada, su aplicación práctica y su implementación efectiva.

En estos instrumentos internacionales, desde lo expuesto, se reconoce la diversidad cultural como un elemento fundamental del asunto indígena. La diversidad cultural como la multiplicidad de medios por los que se expresan las culturas de los grupos sociales y sociedades aparece como la base de cualquier aproximación a la regulación de estos. De las diversas formas revestidas por la cultura a lo largo del tiempo y del espacio, proceden la originalidad y la multiplicidad de las identidades y expresiones culturales de los pueblos y sociedades que forman la humanidad. Sin embargo, a partir de las regulaciones revisadas, podemos concluir que todo intento de ordenación internacional a los derechos de auto demarcación de los pueblos indígenas en los términos revisados, si bien se sitúan las bases para una reformulación de las relaciones entre los estados, las sociedades dominantes, y los pueblos indígenas que podría ser considerado una base para la implantación del Pluralismo Jurídico, parece que no son suficientes.

La necesidad del replanteamiento del patrón de las relaciones entre los sujetos de derecho y los pueblos indígenas reconocidos como uno de ellos, plantea de seguida la pregunta: ¿cómo esto se constituye en un verdadero pluralismo jurídico sobre la garantía de los derechos diferenciados de los pueblos indígenas?. Para ello se debería impulsar el desmontaje del aparato estatal, reestructurarlo desde la visión de la pluralidad de sujetos y consensuar agendas de desarrollo siendo ese el punto de quiebre en el proceso de armonizar lo plural con la estructura material del Estado. Lo anterior, sin embargo, como lo afirma Aparicio reiteradamente, es consecuencia de una paradoja mayor: cómo estructuras mononacionales crean Estados pluralistas y además, plurinacionales. A esto se dedica el apartado siguiente.

En la actualidad muchos de los países de la región cuentan con las condiciones jurídicas y políticas para avanzar en la reivindicación de los derechos de los pueblos indígenas hasta la conformación de una estructura estatal plurinacional que los garantice y los haga efectivos. Si bien no todos los países de la región están comprometidos en realizar estos cambios, quizás por temor a configurar

estructuras nuevas desde sus propias realidades dejando atrás las instituciones coloniales y sus intereses particulares, lo cierto es que se han atrevido a identificarse con constituciones más humanistas y democráticas que han incluido derechos indígenas, lo cual antes era impensable, pues se asumía que las políticas hacia la población debían ser igualitarias lo que supuestamente le garantizaba una mayor estabilidad al Estado³⁹³.

Para ello se debe confrontar al Estado con la finalidad de determinar en qué medida es respetuoso con el Derecho Internacional vigente, qué tan incluyente puede resultar una estructura con tendencia progresista y hasta qué punto están dispuestos a cambiar sus modelos hegemónicos y extractivista por uno más sustentable. Desde allí que se hace necesario revisar estos derechos en particular.

2. Brecha de implementación de los derechos indígenas

A pesar de los significativos avances en el reconocimiento de derechos de los pueblos indígenas en el derecho positivo latinoamericano, la efectividad de los instrumentos jurídicos ha sido seriamente cuestionada. Así quedó evidenciado desde las afirmaciones del entonces Relator Especial de Derechos Indígenas Rodolfo Stavenhagen, quien ha manifestado su preocupación por la no implementación de los derechos humanos a los pueblos indígenas. El mismo Stavenhagen ha demandado esfuerzos más enérgicos por parte de los Estados para la implementación real de todos los derechos humanos y se debe estar alerta para que asuman su responsabilidad en este sentido. Observa diferencias en el cumplimiento de los derechos humanos de los pueblos indígenas debido a una situación de inequidad frente a grupos más privilegiados de la sociedad. Esta preocupación mantiene su justificación hoy día en la medida en que países con grandes poblaciones indígenas como Brasil y México mantienen problemas de conflictividad que hacen poner en tela de juicio la efectividad del vasto reconocimiento de derechos en textos constitucionales. Se trata de una desigualdad que depende de circunstancias particulares, como lo observa Stavenhagen, y si bien:

los pueblos indígenas pueden disfrutar más de algunos derechos (por ejemplo, los políticos y civiles) que, de otros, como los económicos, sociales y culturales. Pero en términos generales, los pueblos indígenas reconocen que su inserción en la estructura y la práctica de los derechos humanos está basada en un acceso diferenciado y desigual a los mismos. Esto, a su vez, puede ser el resultado de

³⁹³ Bustillo, L. (2016). “Del Estado-Nación ...” op. cit. p. 226

distintos factores, tales como la ineficacia de los mecanismos de implementación de los derechos humanos, la insuficiencia de políticas en materia de derechos humanos, los obstáculos que enfrentan los pueblos indígenas cuando quieren ejercer sus derechos o las diferentes formas de discriminación que siguen sufriendo en todo el mundo³⁹⁴.

Se requieren acciones de diferente naturaleza para mejorar los mecanismos de protección de derechos humanos. Uno de los obstáculos a vencer es la inercia de los sistemas burocráticos y en especial del sistema jurídico. Advierte que los detalles prácticos se convierten en fundamentales para mejorar los mecanismos de protección de derechos humanos de los pueblos indígenas y que no sigan siendo “palabrería vacía”. Estos detalles prácticos se relacionan “con las estructuras institucionales existentes, los sistemas legales y las relaciones de poder, que a su vez se relacionan con un sistema social más complejo en el que las y los indígenas son, para empezar, las víctimas históricas de violaciones a los derechos humanos. Mejorar el acceso a los tribunales; establecer una oficina de Derechos Humanos con atención especial a los pueblos indígenas; instaurar agencias especiales de monitoreo; adoptar medidas reguladoras y nuevas leyes apunta todo ello en la dirección correcta; pero a menos que se aborden directamente las cuestiones centrales, el progreso será lento, en el mejor de los casos”.

Rodolfo Stavenhagen también contempla el racismo y la discriminación cultural como otros factores que impiden el funcionamiento de los mecanismos de protección de los derechos humanos. Pero peor aún es la discriminación institucional, que sucede “por ejemplo, cuando las instituciones de servicio social están diseñadas de modo que brindan servicios principalmente a ciertos sectores de la población y excluyen, total o parcialmente, o proveen servicios de menor calidad, a otros sectores que, por lo tanto, son discriminados”. Stavenhagen, que ha documentado ampliamente estas desigualdades en los informes de sus misiones en diferentes países, señala como la base de indicadores y estadísticas oficiales: “que los pueblos indígenas son víctimas de la discriminación en la distribución de bienes socialmente valiosos, por lo general los servicios sociales necesarios para mantener o mejorar los niveles de vida en cuestión de salud, educación, vivienda, ocio, medio ambiente, prestaciones, etc.”³⁹⁵

³⁹⁴ Stavenhagen, Rodolfo. (2008). “Los derechos de los pueblos indígenas...”, ob. cit, pp. 258-259.

³⁹⁵ *Ibid.*, p. 262.

De lo anterior se deduce que esta brecha de implementación hace surgir algunos campos liminales en el momento de reafirmar la tesis de la posibilidad del Pluralismo Jurídico. En este sentido se puede observar que los derechos de los pueblos indígenas no han transitado desde su reconocimiento formal hacia su ejecución material, manteniéndose en muchos casos, atados al paradigma monocultural contra el cual se ha constituido. A estos fines se hace necesario la identificación de los obstáculos que llevan a la falta de materialización de estos derechos, entendiéndolos como esos límites al pluralismo jurídico.

Reconociendo que el problema de la realización del pluralismo jurídico no constituye únicamente una dificultad de comprensión teórica, sino que responde a conflictos materiales de base, donde la lucha de intereses, principalmente socioeconómicos, culturales y políticos, impiden el desarrollo del reconocimiento de los derechos de los pueblos indígenas, se plantea una aproximación a ello en la III parte, sin embargo, es menester antes, hacer una referencia comparativa de la regulación legislativa en el orden jurídico internacional de este PJ, con el contexto jurídico constitucional de la región y su relación subsiguiente con el caso venezolano. Veamos.

3. Casos referenciales latinoamericanos

Generalmente se suele indicar que el debate constitucional en América Latina sobre el reconocimiento de los derechos de los pueblos indígenas se sitúa en la segunda mitad de la década de los años noventa del siglo pasado. Acontecimiento que está relacionado de alguna forma con el alzamiento del Ejército Zapatista de Liberación Nacional (EZLN) el 1 de enero de 1994 en Chiapas. Esto no significa que previamente no se hayan existido declaraciones «bastante abstractas» sobre el tema, sino que no llegaron a articular posiciones jurídicas concreta sobre el mismo³⁹⁶.

Desde ese momento, en el ámbito latinoamericano, se ha destacado el conjunto de reformas constitucionales sobre los derechos de los pueblos indígenas emprendidas por buena parte de estos países, como señala atinadamente Miguel Carbonell;

solamente en cinco de los veintidós textos constitucionales no aparece
mención alguna a los derechos de los pueblos indígenas. Es cierto que en

³⁹⁶ Carbonell, Miguel. (2003). “La Constitucionalización de los derechos indígenas en América Latina: una aproximación teórica”. En *Boletín Mexicano de derecho comparado*, vol. 36, N° 108, septiembre/diciembre, México. Op. cit., s/p.

algunos casos las previsiones se limitan a enunciados generales de tipo más bien simbólico o a lo sumo programático, pero en otros se reconocen auténticos derechos, de manera incluso pormenorizada, como en los casos de Colombia (1991), Venezuela (1999), Bolivia (reforma de 1994 y Constitución de 2009) y Ecuador (1998 y 2008)³⁹⁷.

Se revisará aquellos elementos que son relevantes al momento de determinar una existencia real del pluralismo jurídico en tres constituciones a saber: Colombia, Ecuador y Bolivia, buscando como núcleo de análisis la autonomía, el derecho a determinar su Derecho propio/jurisdicción propia y cómo se relacionan estos con el Derecho estatal.

3.1. El pluralismo jurídico en la Constitución de Colombia del 1991

La Constitución de Colombia de 1991 consagró diversos derechos de los pueblos indígenas. En su artículo 7 el Estado colombiano “reconoce y protege la diversidad étnica y cultural de la Nación colombiana”. De la misma forma en su artículo 10, si bien reconoce al castellano como idioma oficial del país, establece que “Las lenguas y dialectos de los grupos étnicos son también oficiales en sus territorios” y estatuye que “La enseñanza que se imparta en las comunidades con tradiciones lingüísticas propias será bilingüe”, y asimismo, el artículo 68 consagra a los integrantes de los grupos étnicos el “derecho a una formación que respete y desarrolle su identidad cultural”. El artículo 96, numeral 2 prevé la nacionalidad colombiana por adopción a “Los miembros de los pueblos indígenas que comparten territorios fronterizos, con aplicación del principio de reciprocidad según tratados públicos”. En tal caso, esta previsión normativa se refiere a pueblos indígenas que comparten territorios junto a un país vecino como Venezuela, Ecuador, Panamá y Brasil.

También en esta Constitución se extiende los derechos políticos a los pueblos indígenas. En cuando a los partidos políticos, el artículo 108 exime del mínimo del 3% de los votantes a nivel nacional para tener personería jurídica, en los regímenes excepcionales que se estatuyan en la ley para circunscripciones de minorías étnicas “en las cuales bastará haber obtenido representación en el Congreso”. Sobre el «Estatuto de la oposición», el artículo 112 dispone que “Los partidos y

³⁹⁷ Aparicio W., M. (2011). “Los derechos de los pueblos indígenas...”, Ob. cit., p. 128.

movimientos minoritarios con personería jurídica tendrán derecho a participar en las mesas directivas de los cuerpos colegiados, según su representación en ellos”.

La representación política a nivel nacional también se extiende a estos pueblos originarios. Sobre el Senado de la República, el artículo 171 crea una circunscripción nacional indígena conformada por dos senados y que se regirá por el sistema de cociente electoral. Señala que “Los representantes de las comunidades indígenas que aspiren a integrar el Senado de la República, deberán haber ejercido un cargo de autoridad tradicional en su respectiva comunidad o haber sido líder de una organización indígena, calidad que se acreditará mediante certificado de la respectiva organización, refrendado por el Ministro de Gobierno”. Sobre la Cámara de representantes, el artículo 176 establece que en las circunscripciones especiales se debe garantizar la participación de los grupos étnicos a través de un representante de las comunidades indígenas.

Los pueblos indígenas también son objeto de jurisdicciones especiales. En la regulación de las Jurisdicciones Especiales el artículo 246 de la Constitución de Colombia se establece que “Las autoridades de los pueblos indígenas podrán ejercer funciones jurisdiccionales dentro de su ámbito territorial, de conformidad con sus propias normas y procedimientos, siempre que no sean contrarios a la Constitución y leyes de la República”. Esta jurisdicción especial debe ser coordinada con la jurisdicción ordinaria conforme la ley. Esto sugiere que las jurisdicciones indígenas sólo podrían ser competentes para administrar casos jurídicos pequeños o de poca relevancia, lo cual remite la idea colonial de que “los indios” no tienen fuerza suficiente para aplicar leyes en casos relevantes o significativos.

En la Constitución de Colombia, la jurisdicción indígena se funda en la competencia territorial, lo cual implica que el derecho consuetudinario y la jurisdicción indígena son los que rigen dentro del espacio territorial del pueblo o la comunidad indígena o campesina. En estos países, la constitución y las leyes reconocen un espacio territorial/ tierras colectivas a los pueblos y/o las comunidades indígenas, campesinas o nativas³⁹⁸. El artículo 286 establece como una de las entidades territoriales a los territorios indígenas, si bien, su conformación está sometida a lo dispuesto en la Ley y su delimitación a cargo del Gobierno Nacional con la participación de representantes de las propias comunidades indígenas, «previo concepto de la Comisión de Ordenación Territorial», conforme el artículo 329. Estos resguardos son de propiedad colectiva y no son enajenables, correspondiente

³⁹⁸ *Cfr.* Yrigoyen Fajardo. R. (2004). “Pluralismo jurídico, derecho indígena...”, op. cit. p. 180.

a la ley definir “las relaciones y la coordinación de estas entidades con aquellas de las cuales formen parte”. Se prevé que un territorio indígena pueda estar comprendido entre dos o más departamentos, en cuyo caso “su administración se hará por los Consejos Indígenas en coordinación con los gobernadores de los respectivos departamentos”. Este tipo de territorios puede constituir como entidad territorial siempre que se determinados requisitos.

Los territorios indígenas estarán gobernados por Consejos cuya conformación y reglamentación se hará conforme sus usos y costumbres, según dispone el artículo 330; sus funciones comprenden el “Velar por la aplicación de las normas legales sobre usos del suelo y doblamiento de sus territorios», diseño de «las políticas y los planes y programas de desarrollo económico y social dentro de su territorio, en armonía con el Plan Nacional de Desarrollo”, asimismo, la promoción de “inversiones públicas en sus territorios y velar por su debida ejecución”. Están facultados para “percibir y distribuir sus recursos” y “velar por la preservación de los recursos naturales”. Asimismo, “coordinar los programas y proyectos promovidos por las diferentes comunidades en su territorio” y “colaborar con el mantenimiento del orden público”, deben representar tales territorios y cumplir las demás funciones establecidas en el ordenamiento jurídico.

Con respecto a los recursos naturales en territorios indígenas, se prevé la explotación de recursos naturales en estos territorios siempre que ello no vaya en desmedro de “la integridad cultural, social y económica de las comunidades indígenas”. En las decisiones, el Gobierno debe propiciar “la participación de los representantes de las respectivas comunidades”.

Las entidades territoriales indígenas son beneficiadas del Sistema General de Participaciones de los Departamentos, Distritos y Municipios, la cual ha de proveer recursos para aquellos servicios a su cargo, conforme el artículo 356 de la Constitución, y conforme el cual “la ley establecerá como beneficiarios a los resguardos indígenas, siempre y cuando estos no se hayan constituido en entidad territorial indígena”.

De acuerdo con esto, podemos afirmar al respecto que los cambios formales que la nueva Constitución trajo para Colombia en 1991, tal y como lo explica Sánchez Botero, implican ajustes institucionales y una interiorización de nuevos principios y valores en la sociedad colombiana. Al reconocerse y valorarse los derechos propios de los pueblos indígenas y al hacer parte a sus autoridades de la rama judicial, se puede constatar que hay actuaciones positivas que reafirman los mandatos constitucionales, no obstante, tampoco se puede obviar la presencia que aún subsiste de

un modelo colonial, monista y etnocéntrico que no acaba de irse y que mantiene un poder hegemónico no solamente de hecho, sino a través también de sus instituciones.

Así pues, en Colombia se rompe formalmente la tradición colonialista, particularmente extendida en los países andinos al tratar a los indígenas como menores, incapaces para conocer y actuar sobre todo tipo de delitos, a partir de este proceso constitucional. Esta argumentación es persistente incluso por parte de jueces, defensores e intelectuales estudiosos del derecho, quienes se preguntan si los indígenas pueden juzgar adecuadamente delitos graves, como señala la autora. Sin embargo, ella misma deja campo a la duda de si acaso puede afirmarse que, a pesar de estos prejuicios, pueda demostrarse que se ha venido configurando una tendencia hacia un pluralismo jurídico de tipo igualitario en este país, en los términos que vimos en la Parte I de esta investigación, cuando al decir de autores como Hoekema, el derecho oficial, en la perspectiva del pluralismo jurídico, reconoce validez de normas a los diversos sistemas de derecho, su fuente y su comunidad especial propiamente dicha que, en tanto que tal, conforman una parte diferenciada pero constitutiva de la sociedad entera y, por tanto con suficiente capacidad para que su derecho sea reconocido como parte integral del orden legal nacional³⁹⁹.

Se puede concluir, sin embargo, que, según lo revisado, Colombia ha incorporado una cierta interpretación constitucionalista al pluralismo jurídico con tintes interculturales, sobre todo por el compromiso de algunos de sus magistrados destacado en precedentes relativos a la materia y el empuje, como se vio, del movimiento indígena; sin embargo, de lo revisado no está claro, en el diseño institucional, caminar hacia instituciones plurinacionales.

3.2. El pluralismo jurídico en la Constitución de Ecuador del 2008

En el caso de Ecuador encontramos dos momentos importantes que sucesivamente han venido conformando un hito importante en este cambio constitucionalista de América Latina en favor del reconocimiento de los derechos de los pueblos indígenas. Así es como, al final de la última década del pasado siglo, Ecuador fue uno de los dos países de América Latina que pasaron por toda una serie de transformaciones constitucionales más profundas en el curso de movilizaciones políticas

³⁹⁹ Hoekema, A. (2002), "Hacia un pluralismo jurídico formal de tipo igualitario", *El Otro Derecho*, núm. 26-27, p. 70.

protagonizadas por los movimientos indígenas y por otros movimientos y organizaciones sociales y populares de conjunto con la nación de Bolivia.

Suele afirmarse que la Constitución del Ecuador contiene en sí embriones de una transformación paradigmática del Derecho y del Estado moderno, hasta el punto de resultar legítimo hablar de un proceso de refundación política, social, económica y cultural⁴⁰⁰. Estos son acontecimientos particularmente visibles y graves en el caso de la justicia indígena, como se verá, en virtud de la cual la justicia indígena se puede considerar uno de los temas más reveladores de las contradicciones de la transición política en Ecuador. Así pues, por un lado, se regula la justicia indígena, al contrario de la plurinacionalidad, no como un proyecto, sino como algo por construir, una situación que se constituye en sí misma en una novedad.

En este sentido, la justicia indígena aceptada por el canon constitucional moderno ecuatoriano como algo inofensivo, se convierte así, en la cara más visible y, por tanto, más amenazadora del proyecto plurinacional, en palabras de Díaz Ocampo. El autor explica esta vulnerabilidad de la cara más visible y amenazante, en virtud de que su práctica sobre el terreno, la expone a interpretaciones hostiles y no carentes de prejuicios por parte de los mismos adversarios de la plurinacionalidad. Es así como en la justicia indígena, respetando circunstancias de tiempo y lugar se aplican los principios criminológicos, y en especial los victimológicos, donde las sanciones van orientadas a la reparación de las víctimas, es decir, el ofendido con heridas en su cuerpo tiene derecho a que el responsable pague las curaciones y si por motivo de las mismas heridas no puede trabajar el infractor debe cubrir la manutención de la familia de la víctima. Esto nos lleva a afirmar que el pluralismo jurídico en Ecuador, a partir de estas regulaciones constitucionales, encuentra su raíz no en distinciones teóricas sino, por el contrario, en la imperiosa necesidad de dar respuestas a la concepción monista del Estado, en donde se identifica a éste con la nación, para admitir que puede existir un Estado con multiplicidad de naciones.

Así pues, al producirse una ruptura con la concepción clásica de que sólo el Poder Legislativo está legitimado para la producción de normas, se considera como legítima la producción normativa de los pueblos indígenas, lo que produce un cambio radical en la conformación de los Estados modernos y podría afirmarse que para el caso de Ecuador si existe un pluralismo jurídico en

⁴⁰⁰ Díaz Ocampo (2016). “La justicia indígena y el pluralismo jurídico en Ecuador. El constitucionalismo en América Latina”. *Derecho y cambio social*. p. 3.

términos igualitarios. Es así como en Ecuador se presencia un orden jurídico nacional en el que no sólo regulan las normas (generales o concretas) emitidas por las instancias estatales, sino también por las comunales. Desde aquí que se afirma con el autor, que es la propia realidad la que impulsa la necesidad de regulación de una convivencia que en muchos aspectos es forzada y no exenta de tensiones.

En este nivel normativo es en donde se recepta la pluralidad para el caso ecuatoriano, con lo cual hace falta afirmar que no se crea nada nuevo, sólo se reconoce lo ya existente y en la búsqueda del respeto a la diversidad, es que se integra el Estado con la Nación, encontrando vías de comunicación entre el derecho indígena y el derecho oficial, buscando que ello no signifique la subordinación de uno a otro, sino por el contrario, la coexistencia armónica de múltiples sistemas jurídicos en un mismo ámbito, en donde uno de los pilares de genuinas democracias deliberativas sea el diálogo comprometido de los distintos actores que la componen⁴⁰¹.

En consonancia con lo expuesto, se justifica la concepción de un Estado pluralista en las constituciones ecuatorianas de 1989 y de 2008. Así es como la construcción de un Estado pluralista con el desafío que representa la existencia de pluralismo jurídico y las consecuencias que se derivan de él supusieron para el propio Estado la adaptación de nuevas funciones que modificaron su arquitectura institucional. Dado que estas modificaciones no siempre se hicieron con el fin de mantener la coherencia de la acción estatal, se puede afirmar que la unidad del derecho fue sacudida, como afirma Díaz O.

La cultura y las tradiciones indígenas en Ecuador, como se dijo, si bien se han visto minimizadas por muchos años debido a la imposición de las prácticas occidentales, las cuales, al ser mayoritarias, generalmente se presentan como ideales y únicas, con la Carta Magna ecuatoriana de 1998, en su artículo 1911, se apertura al pluralismo jurídico, reconociendo las prácticas ancestrales como un método alternativo de resolución de los conflictos internos, dentro de las distintas comunidades indígenas. Luego, en la Constitución de 2008, esta situación pluralista se ha visto potencialmente reafirmado. No obstante, los autores suelen referir que en ninguna de ellas se han fijado límites en cuanto a la competencia por materia; aun cuando en teoría, la jurisdicción indígena podría extenderse a todos los ámbitos, incluyendo el penal. Ante esto conviene preguntarse si en este ordenamiento jurídico ecuatoriano, producto de estos cambios

⁴⁰¹ *Ibid.*

constitucionales recientes, se contempla la posibilidad, por ejemplo, de una verdadera aplicación de la justicia indígena como mecanismo para sancionar acciones penales. En este caso podríamos hablar con propiedad de un verdadero pluralismo jurídico igualitario para Ecuador, en los términos revisados en la Parte I, de la mano de Hoekema, y que hemos contrastado recientemente, para el caso colombiano.

Según esto, el PJ para el caso ecuatoriano se ve fundamentado, entre otras, en esa suerte de coordinación con la justicia indígena, desde la justicia ordinaria, en lo que se ha venido conociendo como interlegalidad e híbridos jurídicos. Estos son intercambios de soluciones jurídicas que a su vez son conceptos o procedimientos en los que es posible identificar la presencia de varias culturas jurídicas. El concepto de Derechos de la Naturaleza, por ejemplo, es reconocido como un híbrido jurídico, en el entendido de que el concepto de Derecho viene de la cultura eurocéntrica y del derecho moderno, pero su aplicación a la naturaleza, concebida como Madre Tierra o Pachamama, es una contribución desde la cultura andina originaria. En este sentido podremos revisar el aporte que, desde Ecuador, encontramos dentro del nuevo constitucionalismo en América Latina: el llamado constitucionalismo verde. El uso de formularios y de actas en la administración de la justicia indígena puede ser considerado otro híbrido jurídico. Mediante el recurso a la escritura, la justicia indígena busca mejorar su memoria, registrar las reincidencias y evitar con ello dobles juzgamientos. Veamos más específicamente las regulaciones constitucionales a las que se refiere este pluralismo jurídico.

La Constitución de la República del Ecuador del 2008, como se dijo, goza de las potencialidades de impulsar la construcción de un tipo de pluralismo jurídico entendido en clave posdesarrollista⁴⁰². En ese sentido los pueblos indígenas pueden considerarse como el caso paradigmático de reivindicación conjunta de pluralismo jurídico y de alternativas al desarrollo, sobre la base del reconocimiento de sus derechos. Esta idea nos permite, de la misma forma, sostener cuando menos en un plano teórico, que el texto constitucional ecuatoriano de 2008 tiene

⁴⁰² Por “pluralismo jurídico posdesarrollista” se refiere al concepto que posteriormente se va a relacionar con el articulado vinculado con el Sumak Kawsay/Buen Vivir, derechos de la Naturaleza y el Estado plurinacional e intercultural presente en la Constitución de Montecristi. Cfr/ Álvarez Lugo, Yésica (2020). “Pluralismo jurídico posdesarrollista en la Constitución de Montecristi”. En: *Foro, Revista de Derecho* (Ejemplar dedicado a: Pluralismo jurídico y derechos de la naturaleza). España, pp. 8-24

un carácter potencialmente transformador que podría servir como herramienta político-jurídica de superación de la doctrina jurídica monista y del modelo de desarrollo convencional-economicista.

Ecuador como un Estado plurinacional, es concebido como tal en función a que, dentro de su territorio, coexisten varias nacionalidades y etnias, como los indígenas, afroecuatorianos, montubios, además de la población hegemónica. En su artículo 1 declara que es un “Estado intercultural”. En su artículo 2 establece que el *kichwa* y el *shuar* son idiomas oficiales de la relación intercultural junto con el idioma castellano, señalando además que “Los demás idiomas ancestrales son de uso oficial para los pueblos indígenas en las zonas donde habitan y en los términos que fija la ley”, siendo deber del Estado respetarlos y estimular su conservación y uso. Las nacionalidades indígenas coexisten con la nacionalidad ecuatoriana “en el Ecuador plurinacional” en los términos del artículo 2 y se prohíbe la discriminación por razones de etnia en el artículo 11 numeral 2 de la Constitución.

La Constitución vela por el derecho a la consulta previa, obligatoria y oportuna para las autoridades, también se confirma como un derecho para el caso de “planes y programas de prospección, explotación y comercialización de recursos no renovables que se encuentren en sus tierras y que puedan afectarles ambiental o culturalmente”. Es un derecho de los pueblos indígenas a “participar en los beneficios que esos proyectos reporten y recibir indemnizaciones por los perjuicios sociales, culturales y ambientales que les causen”. También se consagra el derecho a la consulta “antes de la adopción de una medida legislativa que pueda afectar cualquiera de sus derechos colectivos”.

En materia política se consagra el derecho a “construir y mantener organizaciones que los representen” siendo deber del Estado reconocer y promover sus formas de expresión y organización. En consecuencia, también se establece el derecho a “participar mediante sus representantes en los organismos oficiales que determine la ley, en la definición de las políticas públicas que les conciernan, así como en el diseño y decisión de sus prioridades en los planes y proyectos del Estado”.

Más adelante, el artículo 171 de la Constitución de Ecuador regula la justicia indígena, teniendo como base sus tradiciones ancestrales y su derecho propio, ello delimitado a su ámbito territorial y siempre que las mujeres no sean excluidas. En todo caso, se debe respetar la Constitución y los derechos humanos reconocidos internacionalmente. Queda en términos de la ley el establecer los

mecanismos de coordinación entre la jurisdicción ordinaria y la jurisdicción indígena. Mientras que el Estado debe garantizar que “las decisiones de la jurisdicción indígena sean respetadas por las instituciones y autoridades. Dichas decisiones estarán sujetas al control de constitucionalidad”. En este mismo sentido, el artículo 189 establece que la justicia indígena prevalece sobre los jueces de paz.

Dentro de la organización del territorio y para la conservación étnico-culturales se pueden constituir regímenes especiales en los cuales aparecen las circunscripciones territoriales indígenas y pluriculturales, conforme el artículo 242 y cuya organización fundamental se desarrolla en los artículos 251 al 259 en el capítulo denominado “Gobiernos autónomos descentralizados y regímenes especiales”.

3.3. El pluralismo jurídico en la Constitución de Bolivia de 2009

La Constitución boliviana del 2009 es un texto impregnado por el reconocimiento de las comunidades indígenas como pueblos precoloniales. Aparicio Wilhelmi sostiene que este texto constitucional debe verse como un nuevo pacto intercultural que inicia un nuevo tipo de constitucionalismo: “el constitucionalismo dialógico” ya que inicia un diálogo entre culturas diferentes que comparten las mismas instituciones con el Estado nacional, reconociendo la “dignidad de las diferentes culturas”⁴⁰³. El objetivo de este texto es lograr la descolonización definitiva de los pueblos indígenas bolivianos a través de la plurinacionalidad y la interculturalidad que lograrían la descentralización estatal donde diferentes culturas comparten el territorio nacional.

En su artículo 1 queda claro su esencia pluricultural: “Bolivia se constituye en un Estado Unitario Social de Derecho Plurinacional Comunitario, libre, independiente, soberano, democrático, intercultural, descentralizado y con autonomías”. En su Preámbulo se parte de una postura que reconoce la diversidad de seres y culturas y, más expresamente, de una pluralidad cultural, así como de una posición anticolonialista. De esta forma se constituye el Estado Unitario Social de Derecho Plurinacional Comunitario, proclamado en ese mismo artículo 1 en el que se “asume y promueve como principios ético-morales de la sociedad plural: *ama qhilla, ama llulla, ama suwa*

⁴⁰³ Aparicio W., M. (2014), “La (re)construcción de la autonomía indígena como parte del proyecto de descolonización en Bolivia: el caso de Jesús de Machaca”. *Revista Umbral*. N.º 4, número extraordinario, Tomo II, jun.-dic. 2014, pp. 135-136.

(no seas flojo, no seas mentiroso ni seas ladrón), *suma qamaña* (vivir bien), *ñandereko* (vida armoniosa), *teko kavi* (vida buena), *ivi maraei* (tierra sin mal) y *qhapaj ñan* (camino o vida noble)”. Como lo deja en claro Marco Aparicio Wilhelmi para quien: “La plurinacionalidad, por tanto, se fundamenta en su base comunitaria, esto es, en “la existencia precolonial de las naciones y pueblos indígena originario campesinos y su dominio ancestral sobre sus territorios”⁴⁰⁴. Ahí radica la base de la “libre determinación que se reconoce a los pueblos indígenas” en el artículo 2 de la Constitución: “en el marco de la unidad del Estado, que consiste en su derecho a la autonomía, al autogobierno, a su cultura, al reconocimiento de sus instituciones y a la consolidación de sus entidades territoriales, conforme a esta Constitución y la ley”.

Y es que, según el mismo Aparicio Wilhelmi, la principal innovación de este texto constitucional boliviano está en su deseo de posibilitar un marco de “institucionalidad compartida” al superar la tradicional lógica de oposición entre el Estado y los pueblos indígenas. Ahora las instituciones compartidas entre el Estado y los pueblos indígenas fortalecen su esencia de Estado plurinacional.

Según el autor, entre las instituciones compartidas encontramos: 1) la Asamblea Legislativa Plurinacional⁴⁰⁵; 2) Tribunal Constitucional Plurinacional; 3) Órgano Electoral Plurinacional. En este mismo orden, es necesario destacar la constitución garantiza a las comunidades indígenas bolivianas el ejercicio de sus propios derechos en cuanto el autogobierno y la impartición de justicia y como dice el mismo Aparicio Wilhelmi “De ahí surge una institución mixta, en parte compartida y en parte no: se trata del Órgano Judicial, que según la Constitución incluye a la jurisdicción ordinaria, la agroambiental y la indígena originario campesina; rigiendo entre ellas el principio de igualdad jerárquica y, en consecuencia, no revisabilidad (art. 179.II)”⁴⁰⁶

Se entiende a Bolivia como una nación integrada, entre otros, por las naciones y pueblos indígena originario campesino, según el artículo 3. Y, asimismo, el Estado boliviano ha de fortalecer “la integración de sus naciones y pueblos indígena originario campesinos con los pueblos indígenas del mundo”, según el artículo 265, capítulo II. Y esto se ratifica en su artículo 30, capítulo I se

⁴⁰⁴ *Ibid.* p. 134.

⁴⁰⁵ La regulación constitucional de la Asamblea Legislativa Plurinacional exige para la elección de sus integrantes la existencia de circunscripciones especiales indígenas (indígena originario campesinas, de acuerdo con la terminología constitucional), derivando su desarrollo a la legislación posterior, con el límite de que no trasciendan las fronteras departamentales y que “se establecerán solamente en el área rural, y en aquellos departamentos en los que estos pueblos y naciones indígena originario campesinos constituyan una minoría poblacional” (art. 146.VII)” En Aparicio W., M., (2014), ob. cit. p. 136.

⁴⁰⁶ *Ibid.*

define como “nación y pueblo indígena originario campesino” a “toda la colectividad humana que comparta identidad cultural, idioma, tradición histórica, instituciones, territorialidad y cosmovisión, cuya existencia es anterior a la invasión colonial española”. Y en su artículo 30 capítulo II se consagra sus derechos específicos tales como el “existir libremente”; a su “identidad cultural”, “libre determinación y territorialidad” “creencia religiosa, espiritualidades”, “prácticas y costumbres”, y a su “propia cosmovisión”; a que “su identidad cultural pueda aparecer en su documento de identidad”; a que sus instituciones sean parte de la estructura general del Estado y a la consulta previa a consulta previa “mediante procedimientos adecuados y en particular a través de sus instituciones, cada vez que se prevean medidas legislativas o administrativas susceptibles de afectarles” o “a la gestión territorial indígena autónoma”

La democracia es entendida bajo tres formas: participativa, representativa y comunitaria, según el artículo 11 numeral I. Esta última, “por medio de la elección, designación o nominación de autoridades y representantes por normas y procedimientos propios de las naciones y pueblos indígena originario campesinos, entre otros, conforme a Ley” (artículo 11 numeral 3) y en la que, en virtud del derecho a la participación, “los procesos electorales se ejercerán según normas y procedimientos propios” (artículo 26 capítulo II numeral 3) y reiteradamente se señala que “La elección, designación y nominación directa de los representantes de las naciones y pueblos indígena originario campesinos, de acuerdo con sus normas y procedimientos propios” (artículo 26 capítulo II numeral 4). También se reconoce el derecho “a la participación en los órganos e instituciones del Estado”. Pero es de observar que “la organización y funcionamiento de las organizaciones de las naciones y pueblos indígena originario campesinos, las agrupaciones ciudadanas y los partidos políticos deberán ser democráticos” (artículo 210 capítulo I).

Sobre el territorio se reconoce el dominio ancestral de los pueblos indígenas originarios (artículo 2) si bien el artículo 30 capítulo II desarrolla estos principios. Sobre los territorios indígenas se reconoce la propiedad comunitaria o colectiva y se les declara “indivisible, imprescriptible, inembargable, inalienable e irreversible y no está sujeta al pago de impuestos a la propiedad agraria”, según el artículo 394 capítulo III. Mientras que las tierras fiscales serán dotadas a comunidades indígenas que no las posean o las posean de forma insuficiente, conforme el artículo 395 numeral I. El territorio indígena está revestido de un conjunto de normas dirigidas a mantener su integralidad y el derecho a la consulta en los asuntos relativos a los mismos en los términos de los artículos 403 y 404.

En cuanto al idioma, se reconoce al castellano como uno de los idiomas oficiales del Estado junto con todos los de los pueblos indígenas que suman treinta y seis, conforme el artículo 5 capítulo I. Siendo así, es lo lógico que se establezca que las entidades gubernamentales deban utilizar, al menos dos idiomas oficiales, uno de los cuales debe ser el castellano (artículo 5 capítulo II).

Por otro lado, la Constitución boliviana consagra un capítulo específico dedicado a los derechos de las naciones y pueblos indígenas originarios campesinos, comprende el artículo 30 y 31. El propio artículo 30 capítulo III dispone el deber del Estado boliviano de respetar y proteger “los derechos de las naciones y pueblos indígena originario campesinos consagrados en esta Constitución y la ley”.

El derecho a la consulta se consagra expresamente y que la misma se realice “mediante procedimientos apropiados, y en particular a través de sus instituciones, cada vez que se prevean medidas legislativas o administrativas susceptibles de afectarles. En este marco, se respetará y garantizará el derecho a la consulta previa obligatoria, realizada por el Estado, de buena fe y concertada, respecto a la explotación de los recursos naturales no renovables en el territorio que habitan”. Este último aspecto se vincula con los territorios indígenas y se debe señalar que también se consagra el derecho a la titulación colectiva de tierras y territorios; a la protección de sus lugares sagrados; a vivir en un medio ambiente sano, con manejo y aprovechamiento adecuado de los ecosistemas; asimismo, a crear y administrar sistemas, medios y redes de comunicación propios.

También se consagran derechos como el “ejercicio de sus sistemas políticos, jurídicos y económicos acorde a su cosmovisión”; así como el derecho «al sistema de salud universal y gratuito que respete su cosmovisión y prácticas tradicionales”.

La Asamblea Legislativa Plurinacional es el órgano legislativo de Bolivia, previéndose las “circunscripciones especiales indígena originario campesinas” que forman parte del número total de diputados, conforme el artículo 146 capítulo VII. Estas circunscripciones deben ser fijadas por la ley sin que se deba tomar en cuenta la densidad poblacional ni la continuidad geográfica, según el artículo 147. Según el artículo 211 capítulo I, “Las naciones y pueblos indígena originario campesinos podrán elegir a sus representantes políticos en las instancias que corresponda, de acuerdo con sus formas propias de elección”.

El sistema de justicia boliviano también se caracteriza constitucionalmente por ser intercultural, conforme el artículo 178 capítulo I. Si bien la función es única, como indica el artículo 179, “la jurisdicción indígena originaria campesina se ejerce por sus propias autoridades”, de modo que van a estar equiparadas la jurisdicción ordinaria y la jurisdicción indígena originario campesina ya que se les otorga igual jerarquía (artículo 179 capítulo III). Desde el artículo 190 al 192 se regula esta jurisdicción y en virtud de esta se aplicarán los principios, valores culturales, normas y procedimientos, propios de los pueblos indígenas. La misma “se fundamenta en un vínculo particular de las personas que son miembros de la respectiva nación o pueblo indígena originario campesino”, según el artículo 191 capítulo I y se establece bajo limitaciones personales, materiales y territoriales. Sus decisiones deben ser acatadas y se puede pedir el apoyo de los órganos del Estado. La Ley de Deslinde Jurisdiccional ha de determinar la coordinación y cooperación entre todas las jurisdicciones constitucionalmente reconocidas.

En cuanto a la organización territorial del Estado se establecen los márgenes de autonomía, quedando en términos legales aspectos como “la conformación de mancomunidades entre municipios, regiones y territorios indígena originario campesinos para el logro de sus objetivos, conforme el artículo 273.

Existe un capítulo dedicado a regular la autonomía indígena originaria campesina desde el artículo 289 al 296 y en el mismo se establecen diversos aspectos vinculados con la autodeterminación, entendida como autonomía en territorios ancestrales bajo las normas, instituciones, autoridades y procedimientos propios, en armonía con la Constitución y las leyes; con competencias propias y pudiendo recibir competencias por transferencia o delegación, según el artículo 303.

Y por último el desarrollo rural sustentable indígena debe dar “significación y el respeto de las comunidades indígena originarias campesinas en todas las dimensiones de su vida”, según el artículo 405 numeral 4. Todo esto, según se ha revisado, dando lugar a poder hablar para el caso de Bolivia, de un núcleo importante de pluralismo jurídico en la concepción constitucional de un Estado Plurinacional, destacando así su regulación de autonomía para los pueblos indígenas, el Derecho propio/jurisdicción propia y su relación en proporción de horizontalidad con el Derecho estatal.

Es importante destacar para el caso de Bolivia, lo referido en su determinación de la Jurisdicción indígena originaria campesina, cuya potestad de administrar justicia de acuerdo con su sistema de

justicia propio, ejercida por medio de sus autoridades, en el marco de lo establecido en la Constitución Política del Estado, nos confirma igualmente la existencia de un pluralismo jurídico en proporción de horizontalidad, una cierta legitimidad social del pluralismo jurídico en Bolivia.

3.4. Tablas comparativas del pluralismo jurídico en las Constituciones de Colombia, Ecuador y Bolivia

Las semejanzas y diferencias jurídicas y normativas son muy importantes para destacar los rasgos de las dimensiones valorativas y constitutivas que tienen todos los textos constitucionales según lo señalado por Josep Aguiló. Según este constitucionalista, las dimensiones constitutivas de las constituciones se refieren a todas aquellas realidades institucionales creadas por las constituciones como los parlamentos, tribunales constitucionales, etc. Mientras que entiende por dimensiones valorativas que reconocen algunos estados de cosas como valiosos y, en consecuencia, merecen ser protegidas⁴⁰⁷. Entre estas dimensiones valorativas pueden encontrarse ideales importantes para el desarrollo de un pueblo como la libertad y la igualdad.

Teniendo en cuenta esta apreciación hemos realizado el siguiente cuadro comparativo de los textos constitucionales de Colombia, Ecuador y Bolivia en cuanto al establecimiento de los derechos de los pueblos indígenas y su relevancia al momento de hablar de un verdadero pluralismo jurídico en términos de horizontalidad.

Para realizar este marco comparativo constitucional hemos seleccionado sólo los derechos constitutivos referidos a los derechos políticos, derechos económicos y derechos territoriales. Y hemos establecido como derechos valorativos importantes los derechos culturales, derechos sociales y los derechos jurídicos propiamente dichos. En los primeros queremos evaluar comparativamente los principales derechos materiales y orgánicos que protegen esas constituciones en cuanto a los pueblos indígenas. En los segundos queremos valorar las dimensiones de la libertad y la igualdad que garantizan esos mismos derechos.

Tabla 1. Dimensiones constitutivas comparadas del derecho jurídico de los pueblos indigentes en Colombia, Ecuador y Bolivia en el marco del pluralismo jurídico

⁴⁰⁷ Aguiló, J. (2001). Sobre la constitución del estado constitucional. *Doxa*, Colombia. Pp. 451-452.

	CONSTITUCION DE COLOMBIA DE 1991	CONSTITUCION DE ECUADOR DEL 2008	CONSTITUCION DE BOLIVIA DEL 2009
DERECHOS POLITICOS	<ul style="list-style-type: none"> • Se reconoce su derecho a la representación política en el Congreso, tanto en el senado (pero refrendados por el gobierno) y en la Cámara de representantes. • Se pueden organizar en partidos políticos con limitaciones legales. 	<ul style="list-style-type: none"> • El estado reconoce su derecho a tener organizaciones indígenas que los representen. • Pueden participar en organismos para planificar sus políticas públicas según lo señale la ley. • Pueden plantear sus prioridades en los planes y proyectos del Estado. • Sus gobiernos autónomos deben buscar el “buen vivir” en armonía con la naturaleza. • Hay limitaciones de actividades militares en territorios indígenas. 	<ul style="list-style-type: none"> • Se reconoce a los pueblos indígenas como pueblos precoloniales, anticolonialistas y campesinos. • Se reconoce como Estado Plurinacional ético y moral. • Tienen derecho a su autodeterminación y a su autogobierno. • Tienen derecho a la participación y representación política por medio de elección, designación o nominación de sus propias autoridades según el sistema ancestral de representación ancestrales. • Tienen derecho a participar en los órganos e instituciones del Estado siempre y cuando sean por vías democráticas. • Sus instituciones son parte de la estructura general del Estado. • Existe una Asamblea Legislativa

			<p>Plurinacional como órgano legislativo con diputados indígenas elegidos con sus propios mecanismos electorales.</p> <ul style="list-style-type: none"> • Se reconoce la autonomía indígena originaria.
<p>DERECHOS ECONOMICOS</p>	<ul style="list-style-type: none"> • Se pueden explotar los recursos naturales en territorios indígenas siempre que no atente contra sus derechos. • Tienen facultades para percibir y distribuir sus recursos en sus territorios de acuerdo con políticas, planes y programas de desarrollo económico y social en sus territorios. 	<ul style="list-style-type: none"> • Deben velar por un sistema de desarrollo sustentable. • Pueden participar en el uso, usufructo, administración y conservación de los recursos naturales renovables que se hallen en sus tierras. • El Estado debe velar por el desarrollo de la diversidad sustentable en estos pueblos. • Deben ser consultados para cuando se vayan a explotar recursos no renovables en sus territorios y deben ser indemnizados si sufren alguna perjudicación. Están protegido legislativamente. • Está garantizada la propiedad comunitaria. 	<ul style="list-style-type: none"> • Es obligación del Estado hacer una consulta previa antes de explotar los recursos naturales no renovables de los territorios indígenas. • Los pueblos indígenas tienen el derecho de participar de la explotación de los recursos naturales. • Debe existir un manejo adecuado y sano del ecosistema. • Deben crearse medios y redes de comunicación propios. • Debe existir una cogestión compartida en territorios indígenas y áreas protegidas con sujeción a las normas indígenas.

<p>DERECHOS TERRITORIALES</p>	<ul style="list-style-type: none"> • Se les reconoce el derecho sobre sus territorios administrados por Consejos indígenas 	<ul style="list-style-type: none"> • Se reconoce su derecho de posesión sobre sus territorios ancestrales y su jurisdicción. • Están exentos del pago de tributos sobre sus territorios al reconocidas como comunidades. • No pueden ser desplazados de sus tierras ancestrales. • Se veta cualquier tipo de actividad extractivista en sus territorios. • Sus territorios son de posesión ancestral e irreductible. • Pueden vivir en condiciones de aislamiento territorial entendida como forma de autodeterminación. • Existen regímenes especiales para las circunscripciones territoriales indígenas. 	<ul style="list-style-type: none"> • Se reconoce el derecho ancestral de los pueblos indígenas sobre sus territorios como propiedad comunitaria. • Las tierras comunitarias no pagan impuestos. • Se dotarán de tierras fiscales a comunidades indígenas que no la posean o sean insuficientes. • Tienen derecho a la libre determinación y territorialidad. • Existe la titularidad de la tierra y del territorio de los pueblos indígenas. • Se respeta el derecho de los pueblos indígenas en mantenerse en aislamientos.
--------------------------------------	---	--	--

Fuente: Elaboración propia en base a los datos de los textos constitucionales de Colombia, Ecuador y Bolivia.

De acuerdo con la información que compilamos en la tabla 1, podemos observar que, de los tres países, Colombia es el que tiene menos desarrollado el tema de los derechos indígenas en su Constitución. Esto no es algo negativo de por sí. Por el contrario, el hecho de que los Constituyentes del 1991 haya incluido los derechos de los pueblos indígenas es todo un logro

y una innovación para la fecha. Lo que más resalta la constitución colombiana en esta materia es el derecho a representación política, aunque muy limitados por el Estado. En el caso de la Constitución ecuatoriana hay mayor apertura con respecto a los derechos políticos de los pueblos indígenas sobre todo en materia de planificación pública pero siempre restringida a lo que señale el Estado y la Ley. Un mayor avance se aprecia en la Constitución bolivariana donde se les reconoce a estos pueblos sus derechos a la autodeterminación política y a su autogobierno, pero cuando van a participar en órganos nacionales tienen que hacerlo según lo señale el Estado. En conclusión, en el caso de los derechos políticos como derechos constitutivos todavía no se les permite a los pueblos indígenas de esos tres países tener realmente instituciones políticas autónomas que representen efectivamente sus intereses políticos ante el Estado según sus tradiciones y costumbres ancestrales.

En cuando a los derechos económicos, las tres constituciones coinciden que el factor más importante a tener en cuenta en esta materia es el uso y usufructo de los recursos naturales en territorios indígenas. Estos tres países tienen una estructura económica extractivista y todos dependen de la explotación y comercialización de sus recursos naturales. Ecuador y Bolivia tienen en cuenta a los pueblos indígenas a la hora de explotar esos recursos, pero en realidad no ponen límites exactos para no dañar el territorio y el patrimonio cultural de esos pueblos. Sus postulados sólo son enunciativos y no restrictivos en cuanto a la participación del Estado o de terceros en esa materia. En conclusión, tampoco observamos en materia de los derechos económicos un avance en cuanto a la fundamentación del pluralismo jurídicos en esos tres Estados y esto porque los intereses del Estado nacional privan sobre los intereses de los Estados plurinacionales en esos países y así lo han recogido sus textos constitucionales.

Hemos incluido a los derechos territoriales como derechos constitutivos debido a la importancia radical que el territorio tiene para los pueblos indígenas y para el Estado unitario que tiene a asumir la idea de que entregarles territorio a los pueblos indígenas puede fragmentar la soberanía de la nación o puede debilitar la seguridad nacional de sus Estados. A diferencia de Colombia, que señala expresamente que la jurisdicción indígena es de competencia territorial; en Bolivia y Ecuador no hay una mención específica a la competencia territorial, sino que damos por sentado que la misma debe ejercerse sobre un territorio determinado. En este sentido, los tres países reconocen abiertamente que los pueblos indígenas tienen derecho sobre sus territorios, pero el problema no son los derechos sino la titularidad de la propiedad.

En ninguno de los tres casos se concede la titularidad de la propiedad territorial explícitamente a estos pueblos. Donde mayor alcance hay en esta materia es en la constitución boliviana cuando reconoce la propiedad comunitaria de estos pueblos a sus territorios. Pero esto no es propiedad privada sino comunitaria, es decir, no pertenece a individuos particulares sino a pueblos y esto deja un amplio margen al Estado para que controle efectivamente estos territorios bajo la idea de otorgarles protección pública.

En conclusión, los pueblos indígenas tienen derechos sobre sus tierras, pero no tienen una real propiedad sobre las mismas, tanto es así que el Estado en los casos de Ecuador y Bolivia, tiene la prerrogativa de exonerarlos del pago de tributos o impuestos sobre las mismas porque en realidad son posesión pública del Estado y no de los pueblos indígenas. En fin, tampoco observamos en esta materia que haya habido un avance considerable en materia de pluralismo jurídico territorial.

Tabla 2. Dimensiones valorativas comparadas de los derechos de los pueblos indígenas en Colombia, Ecuador y Bolivia en el marco del pluralismo jurídico

	CONSTITUCION DE COLOMBIA DE 1991	CONSTITUCION DE ECUADOR DEL 2008	CONSTITUCION DE BOLIVIA DEL 2009
DERECHOS CULTURALES	<ul style="list-style-type: none"> • Castellano es el idioma oficial junto a dialectos y lenguas indígenas son oficiales • Respeto a la identidad cultural • Tienen derecho a la educación bilingüe. 	<ul style="list-style-type: none"> • Se reconoce como Estado intercultural • Los idiomas ancestrales son de uso oficial en sus territorios junto con el castellano, pero en los términos que fije la ley. • Se prohíbe la discriminación por razones de etnia. 	<ul style="list-style-type: none"> • El idioma oficial es el castellano junto con los 36 idiomas de los pueblos indígenas. Pero solo puede haber dos idiomas oficiales y uno debe ser el castellano. • Se reconoce la diversidad cultural y la interculturalidad como instrumentos de cohesión y

		<ul style="list-style-type: none"> • Se garantiza el derecho al acceso de sus alimentos según sus tradiciones e identidades culturales. • Los saberes ancestrales se incorporan al sistema nacional de ciencia y tecnología ancestrales. • Se reconoce la educación intercultural bilingüe. • Existe la protección de sus conocimientos y medicinas ancestrales. • Se reconoce el uso de sus vestimentas autóctonas. • La cultura indígena debe reflejarse en educación pública y la comunicación sin discriminación. • El Estado debe ser el garante de un sistema educativo intercultural bilingüe. 	<p>convivencia con responsabilidades Estadales.</p> <ul style="list-style-type: none"> • Se estable el dialogo plurilingüe entre las diversas culturas. • La educación «es intercultural, intercultural y plurilingüe en todo el sistema educativo • Se fomenta la identidad cultural de los pueblos indígenas. • educación superior plurilingüe y multicultural. • El deporte con pertenencia cultural. • Se protege la artesanía con identidad cultural. • Se protegen los derechos de propiedad intelectual sobre los medicamentos naturales y sus componentes.
<p>DERECHOS SOCIALES</p>		<ul style="list-style-type: none"> • Tienen acceso al sistema nacional de salud de acuerdo con un programa de hábitat. 	<ul style="list-style-type: none"> • Existe la seguridad social intercultural. • El sistema de salud es intracultural e intercultural e incluye

		<ul style="list-style-type: none"> • No pueden ser discriminados socialmente. • Pueden desarrollar su propia forma de convivencia social. • Se les reconoce el derecho a establecerse en comunas. • Se garantizan las prácticas de salud ancestrales y el respeto a los conocimientos y medicinas ancestrales. 	<p>las medicinas tradicionales.</p> <ul style="list-style-type: none"> • La medicina tradicional se ejerce según términos legales.
<p>DERECHOS CONSTITUCIONALES</p>	<ul style="list-style-type: none"> • Se reconoce la nacionalidad colombiana por adopción a los que nazcan entre las fronteras con otros países vecinos. • Le corresponde al Estado proteger la diversidad étnica y cultural de Colombia. • Se respeta el principio de reciprocidad a los pueblos que compartan territorios fronterizos. • Las autoridades de los pueblos indígenas 	<ul style="list-style-type: none"> • Existe la doble nacionalidad o plurinacionalidad: indígena y ecuatoriana. • Se reconoce la existencia de los derechos consuetudinarios indígenas. • Se reconoce el derecho a la justicia indígena según sus tradiciones ancestrales pero que no discriminen o maltraten a las mujeres. 	<ul style="list-style-type: none"> • Le corresponde al Estado proteger los derechos indígenas. • Su identidad cultural debe aparecer en los documentos de identidad. • Hay igualdad de jerarquía jurisdiccional entre las jurisdicciones ordinarias y las jurisdicciones indígenas. • El desarrollo rural sustentable debe respetar la autonomía

	<p>podrán ejercer funciones jurisdiccionales dentro de su ámbito territorial, de conformidad con sus propias normas y procedimientos, siempre que no sean contrarios a la Constitución y leyes de la República.</p>	<ul style="list-style-type: none"> •La ley establece los límites de la jurisdicción ordinaria y la jurisdicción indígena. Estas deben ser respetadas por las autoridades. •La justicia indígena prevalece sobre los jueces de paz 	<p>indígenas campesinas originarias.</p>
--	---	---	--

Fuente: Elaboración propia en base a los datos de los textos constitucionales de Colombia, Ecuador y Bolivia.

El pluralismo jurídico pone especial énfasis en las dimensiones valorativa de los derechos de los pueblos originarios. Ningún pueblo puede ser libre o autodeterminarse de acuerdo con sus propias normas jurídicas si el Estado nación no respeta realmente sus símbolos, sus costumbres y sus tradiciones y lo expresa en sus sistemas jurídicos en condiciones de igualdad con los símbolos de las otras comunidades. Ningún pueblo puede ser tratado en condiciones de igualdad si el Estado lo reduce a una ciudadanía de segundo o tercer nivel dentro de sus diferentes sociedades. En virtud de ello, analicemos cómo son tratadas jurídicamente las dimensiones valorativas de los tres textos constitucionales de los países comparados.

En primer lugar, debemos tener en cuenta que uno de los derechos culturales de los pueblos indígenas más importante es el relacionado con sus idiomas. En los tres casos los idiomas de los tres países son relegados por debajo del castellano como idioma oficial. A pesar de que la tendencia es a reconocer jurídicamente el bilingüismo, en realidad hay un idioma dominante y otro subordinado. Tampoco queda claramente establecido como se van a comunicar las diferentes etnias entre sí, que no sea exclusivamente a través del idioma castellano.

Con respecto a la educación indígena, son garantizadas por los tres textos, pero bajo el amparo y protección de los Estados, quedando también relegadas a un segundo nivel por debajo de la educación oficial. Un avance que observamos es el caso de Ecuador cuando incorpora los saberes ancestrales indígenas al sistema educativo; mientras que Bolivia únicamente fomenta una educación superior sólo bilingüe.

Las tradiciones y las costumbres de estos pueblos también están subordinadas a un segundo plano, quedando en responsabilidad del Estado su resguardo y protección.

En segundo lugar, tenemos a los derechos sociales. Estos derechos deben garantizar la igualdad social y el trato justo por parte de todos los sectores de la sociedad. Pero observamos que en el caso colombiano no se mencionan. Mientras que en Ecuador y Bolivia se garantiza que los pueblos indígenas tengan acceso al sistema nacional de salud, aunque pueden disponer de prácticas médicas ancestrales pero limitadas por la ley.

En tercer lugar, nos referimos a los derechos constitucionales y con ello queremos resaltar a ese conjunto de regulaciones que garantizan realmente esos llamados derechos valorativos, haciendo que se conviertan en derechos constitutivos. Pertenecer jurídicamente a un determinado país es un valor muy importante y es el que da acceso al ejercicio de la ciudadanía. Y sólo los ciudadanos pueden reclamar derechos y cumplir con sus obligaciones. En los tres textos constitucionales se reconoce debidamente la nacionalidad a los pueblos indígenas, pero estos deben tener una “bi o pluri” nacionalidad, es decir, no pueden disponer únicamente de su propia nacionalidad ancestral porque esto fragmenta la unidad del Estado nacional.

En cuanto a la jurisdiccionalidad, las tres constituciones reconocen que los pueblos indígenas pueden tener funciones jurídicas propias según su cultura, pero todas ellas deben estar limitadas por lo que impongan las leyes del Estado nación unitaria. O, en otras palabras, los tres textos reconocen funciones de justicia a las autoridades de las comunidades indígenas, y como bien lo aclara Raquel Yrigoyen Fajardo:

Las fórmulas constitucionales empleadas en los países andinos comprenden en general el reconocimiento de funciones jurisdiccionales o de justicia a las autoridades de las comunidades indígenas y/o campesinas de acuerdo con su derecho consuetudinario, o con sus propias normas y procedimientos, dentro del ámbito territorial de los pueblos o las comunidades indígenas o campesinas. Es decir, reconocen los órganos de resolución de conflictos indígenas, sus normas y procedimientos. El límite del reconocimiento se asemeja con variantes al del Convenio 169 de la OIT, que señala que no debe haber incompatibilidad entre el derecho consuetudinario y los derechos

fundamentales definidos por el sistema jurídico nacional ni con los derechos humanos internacionalmente reconocidos⁴⁰⁸.

Pero el hecho que los tres países reconozcan la existencia de jurisdicciones especiales indígenas implica que:

La jurisdicción especial comprende todas las potestades que tiene cualquier jurisdicción: *notio, iudicium, imperium* o *coercio*. Esto es, la potestad para conocer los asuntos que le correspondan, incluyendo funciones operativas para citar a las partes, recaudar pruebas (*notio*); la potestad para resolver los asuntos que conoce, siguiendo su propio derecho (*iudicium*), y finalmente, la potestad de usar la fuerza para hacer efectivas sus decisiones en caso de ser necesario. Ello comprende acciones que pueden restringir derechos, tales como ejecutar detenciones, obligar a pagos, a realizar trabajos, etc. (*coercio* o *imperium*)⁴⁰⁹

En el caso boliviano es donde hay expresamente el reconocimiento de garantizar una igualdad entre las jurisdicciones ordinarias y las indígenas, sin embargo, las dos tienen que estar subordinadas a lo que estatuye la constitución nacional. No obstante, todos estos textos constitucionales hacen mención a una ley de desarrollo constitución que coordine o coordine o compatibilice la jurisdicción especial o las funciones judiciales indígenas con el sistema judicial nacional o los poderes del Estado, y como sostiene la misma Yrigoyen Fajardo:

Al reconocerse funciones de justicia o jurisdiccionales a los pueblos y las comunidades indígenas/campesinas siguiendo su propio derecho y aplicado por sus autoridades, se admite explícitamente la existencia de órganos distintos al poder judicial, legislativo y ejecutivo para la producción del derecho y la violencia legítima. Se admite el llamado derecho consuetudinario no sólo como fuente del derecho (estatal), sino como un derecho propio que se aplica incluso contra la ley⁴¹⁰.

En conclusión, a pesar de que observamos más avances en los aspectos valorativos que en los aspectos constitutivos de los tres textos constitucionales, con referencia a los derechos de los pueblos indígenas podemos determinar que los mecanismos jurídicos que deberían convertir

⁴⁰⁸ Yrigoyen Fajardo, R. (2004). "Pluralismo jurídico, derecho indígena y ...", ob.cit., p.172.

⁴⁰⁹ *Ibid.*

⁴¹⁰ *Ibid.*, p. 176.

los hechos valorativos en hechos constitutivos aún permanecen sin ser desarrollados en los tres textos constitucionales. Por supuesto que esto afecta el desarrollo del pluralismo jurídico en esos tres casos debido a que se manifiesta más que todo la defensa de los valores ancestrales, a veces sólo nominalmente, más que los mecanismos reales para hacerlos efectivos en la práctica. Y esto se debe más que todo al temor de los Estados unitarios de perder el control político o la soberanía jurídica sobre esos pueblos ancestrales. Muchos de ellos alegan que esos pueblos no pueden gozar de los mismos derechos que tenían sus ancestros porque ellos son de otra generación y lo quieran o no ya sus prácticas ancestrales no les pertenecen realmente, ellos viven en el mundo moderno y en este mundo el que manda y el que impone el orden es el Estado unitario nacional, es por ello por lo que tiene razón Marco Aparicio Wilhelmi cuando señala que:

... pese a la importancia de los avances, no estaríamos ante un cambio de paradigma, pues incluso allá donde mayor es el alcance del reconocimiento de derechos y de sujetos, como es el caso ecuatoriano, no parece que se apunte hacia un verdadero cuestionamiento del patrón monocultural de la institucionalidad y del ordenamiento jurídico. En ningún caso se ha llegado a establecer como punto de partida de la regulación constitucional un auténtico principio de igualdad entre las distintas culturas. Ninguno de los Estados que ha reconocido la diversidad cultural de sus pueblos ha renunciado a conservar la primacía de una cultura sobre las restantes⁴¹¹

No basta con enunciar los derechos valorativos de estos pueblos, hay que convertirlos en derechos constitutivos para que pueda funcionar correctamente el pluralismo jurídico.

⁴¹¹ Aparicio W., M. (2011). “Los derechos constitucionales de los pueblos indígenas”. En Bello, Luis Jesús (editor). *El Estado ante la Sociedad Multiétnica y Pluricultural*, Editorial IWGIA – Serie Derechos Indígenas, Venezuela. p. 16.

Capítulo 4. Los pueblos indígenas venezolanos como sujetos de Pluralismo Jurídico

En la revisión del marco evolutivo del pluralismo jurídico en el caso venezolano, la bitácora nos lleva obligatoriamente a recorrer aspectos importantes de la historia, tanto colonial, como republicana de este país. Se intenta, en este apartado, comprender y explicar por qué motivos, desde el proceso independentista del siglo XIX hasta hoy, no se logró generar un Estado multiétnico que incorporara efectivamente a los pueblos indígenas a la vida nacional, como muchas veces se propuso, sino que se preocupó decididamente por organizar a una sociedad multicultural, bajo los estandartes de un Estado unitario liberal, homogeneizante, al estilo europeo. Un estado universalista que retóricamente sostiene que todos los hombres son libres e iguales, pero en la práctica conculca sus derechos ancestrales y los relega a una segunda categoría o simplemente los ignora como si nunca hubiesen existido.

A partir de esto se puede afirmar que los textos constitucionales del siglo XIX y del XX, tanto en Venezuela como en algunos de los países de la región, abordaron el “problema indígena” sólo como eso, como un “problema”. Se precisará cómo, en sí misma, ni la independencia, ni la República (cuarta o quinta) se ocuparon de la cultura y sus diferencias, de la “multiculturalidad” o “interculturalidad”, para ello sólo había una cultura: la del hombre blanco, rico y terrateniente. Se buscará, con esta revisión de los pueblos indígenas como sujetos del pluralismo jurídico en Venezuela, determinar cómo el Estado estaba hecho para este hombre, mientras que la servidumbre estaba hecha para el diferente, el negro, el extranjero, el indio, el otro no visible, ignorado, no reconocido. “Otros” que tenían que ser sometidos, aniquilados u olvidados en nombre de la sagrada diosa, la soberanía nacional, dejando en claro que la “otredad” no se perdona.

En el siguiente capítulo, a través de un recorrido histórico jurídico, se hará una exploración de las causas por las que, a través de una concepción monocultural reflejada desde la primera Carta Magna de Venezuela de 1811, es solamente con la Constitución de 1999 cuando se puede visualizar un intento real de resquebrajamiento de este bloque unitario neoliberal que se vino empoderando en el país, cuando se comenzó a reconocer la diversidad étnica y cultural de los pueblos indígenas presentes en nuestros espacios. No obstante, esta Constitución de 1999, como se argumenta en el siguiente apartado, planteó la necesidad de reconocer el derecho

a la diferencia de los pueblos indígenas, reconociendo al mismo tiempo, que este derecho no colisiona con los intereses del Estado-nación, con los Derechos Humanos tal y como son reconocidos en el texto, ni con la seguridad jurídica incorporada al más alto nivel normativo de la Constitución.

El fundamento del pluralismo jurídico posible en Venezuela está en la adjudicación y reconocimiento de sus derechos solamente a partir de 1999. Este momento, como se verá, ha sido considerado “el despertar de un nuevo amanecer para el país”, de un nuevo horizonte de posibilidades para el reconocimiento multicultural e intercultural de los pueblos indígenas.

En ese metafórico “despertar del pluralismo jurídico en Venezuela”, los aspectos internacionales del sistema jurídico juegan un papel protagónico. Ningún país es una isla, sino que vive conectado al sistema mundial organizado por instituciones supranacionales y supraestatales. El premio Nobel de economía Douglas North decía que el desarrollo de un país no se alcanza por tener más tecnología, sino por tener instituciones que sean capaces de reducir nuestras incertidumbres al generar confianza entre los hombres y entre los diferentes grupos sociales que entre en interacción. En otras palabras, las instituciones son la base del desarrollo, y si unas instituciones no funcionan, les corresponde a las élites cambiarlas cuando estas observen que ya no responden a los intereses nacionales. Y esto viene a colación porque en Venezuela la compleja realidad de nuestros pueblos indígenas ha sido durante mucho tiempo ignorada, silenciada y desconocida, no sólo por parte de los textos constitucionales o legales, y sus instituciones, sino en la configuración misma del poder político-económico, incluyendo la presente Constitución de 1999, aun por encima de la concreta regulación que a su favor se había venido dando.

1. Contexto y situación de los pueblos indígenas en Venezuela

En 1530 gobernantes y teólogos españoles sostenían que la conquista y colonización de América era ya un hecho irreversible y, por lo tanto, tenían que justificar racionalmente tal empresa, que a todas luces era salvaje y violenta para hacerla ver como “justa y necesaria”. Ahora, para ellos se trataba de llevar una cultura superior a pueblos incivilizados y carentes de una religión verdadera como la cristiana. Transportar la cultura europea castellana a estos pueblos indígenas (porque desde el principio se les reconoció su condición de “pueblos” con identidades culturales propias) que sacrificaban humanos en ritos demoniacos o que se comían a sus enemigos en sus guerras

tribales o que practicaban la poligamia, era “la razón necesaria” aristotélica que legitimaba esos actos vandálicos cometidos en América en nombre del comercio, la riqueza y la prosperidad. Esos nativos americanos en “estado salvaje” tenían que ser sacados de ese estado de naturaleza que los mantenía alejados de la “civilización y la felicidad”, y allí estaba el conquistador español y el clérigo cristiano, prestos a emanciparlos de su condición natural, prestos a liberar al “buen salvaje” de las cadenas que los ataban a sus tierras, sus culturas, sus ritos, sus medicinas ancestrales, en fin de todo aquello que los identificaban como pueblos originarios pero que no los capacitaba para crear sociedades civiles en los términos que lo entiende occidente, como bien lo establece Anthony Pagden en su clásica obra “La caída del hombre natural”:

España, reivindicaba la soberanía. Los juristas y los teólogos...intentaban proporcionar a su rey una teoría del origen de la autoridad política --de, en su lenguaje, el *dominium*-- en América que evitara los peligros de las tradicionales pretensiones cesaropapistas de soberanía universal o, más peligrosa por su estrecha relación con las teorías luteranas y calvinistas de la revolución, de la pretensión de que sólo el príncipe divino puede ser un gobernador legítimo. Los indios americanos, concluían, eran súbditos de la corona española no en virtud de alguna ley positiva, sino porque su «educación escasa y bárbara» les había incapacitado, temporalmente al menos, para crear sociedades civiles⁴¹².

Desde esos días hasta hoy, los aborígenes americanos estaban incapacitados para “crear sus propias sociedades civiles”, pero la ironía era que dentro de esas “sociedades civiles” creadas por el hombre blanco, estos, los originarios, pasaron a vivir en una situación de servidumbre, de miseria, de pobreza extrema y marginalización que diezmó, y sigue diezmando, sus derechos a la existencia y a expresar su propia identidad. Primeramente, fueron los conquistadores que consideraron a estos pueblos originarios inferiores culturalmente; luego los gobiernos de corte liberal que han venido dominando estos países de América Latina, los consideraron incapaces de alcanzar la “razón” y ejercer su libertad y, posteriormente, los republicanos los consideraron incapaces de ejercer la ciudadanía activa, siendo pues, por todos, relegados, ignorados y marginados. Les quitaron sus tierras, sus formas de subsistencia, sus

⁴¹² Pagden, A. (1988). *La caída del hombre natural. El indio americano y los orígenes de la etnología comparativa*. Alianza América Editorial. Madrid, p. 23.

tradiciones, sus idiomas, los encerraron, los excluyeron y hoy en día los ignoran como si no existieran; no en vano son llamado “los ignorados de la tierra”. Una madre pemona o wayuu en el terminal de Barquisimeto pidiendo limosna para alimentar a sus hijos y viviendo a la intemperie mientras que su pareja o sus hijos son perseguidos o señalados como “ladrón(es)”. Pero no es una familia, son muchas, todas las herederas de estas tierras, las familias y el pueblo originario de una tierra que se le sigue arrebatando. Racismo, xenofobia y exclusión siguen marcando la vida de los pueblos indígenas venezolanos. Reclaman volver a sus tierras y recuperar sus tradiciones y costumbres para sobrevivir, pero el Estado nación unitario, como se examinará de seguida, no los deja y los priva de sus derechos naturales y ancestrales. Les castiga su “otredad”.

El objetivo de este capítulo es hacer un recorrido histórico del por qué se llegó hasta esta situación de exclusión y marginalización de los pueblos indígenas en Venezuela y la probabilidad de que el pluralismo jurídico se constituya en un horizonte de transformación. Para desarrollar este asunto hacemos uso de una clasificación histórica oportuna en la que se identifican las diferentes políticas indigenistas aplicadas hasta hoy en día, en relación con el reconocimiento del pluralismo jurídico, no sin antes dedicar un pequeño espacio a la identificación de los pueblos indígenas venezolanos.

La “Ley Orgánica de los Pueblos y Comunidades Indígenas de Venezuela” expresa en su artículo 3 que los pueblos indígenas “Son grupos humanos descendientes de los pueblos originarios que habitan en el espacio geográfico que corresponde al territorio nacional, de conformidad con la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela y las leyes, que se reconocen a sí mismos como tales, por tener uno o algunos de los siguientes elementos: identidades étnicas, tierras, instituciones sociales, económicas, políticas, culturales y, sistemas de justicia propios, que los distinguen de otros sectores de la sociedad nacional y que están determinados a preservar, desarrollar y transmitir a las generaciones futuras”. Necesariamente no dice este artículo que para ser catalogado como pueblo indígena deba tener todos esos elementos sino simplemente alguno de ellos, pero lo que más llama la atención es su primaria condicionante: que deban tener un “sistemas de justicias propios, que los distinguen de otros sectores de la sociedad nacional”, es decir, en la misma identificación de los pueblos indígenas como sujetos de derecho, la ley de entrada da por sentado la existencia y el reconocimiento a estos pueblos, de sus derechos al pluralismo jurídico.

En ese mismo artículo 3 se entiende que las comunidades indígenas, “son grupos humanos formados por familias indígenas asociadas entre sí, pertenecientes a uno o más pueblos indígenas, que están ubicadas en un determinado espacio geográfico y organizados según las pautas culturales propias de cada pueblo, con o sin modificaciones provenientes de otras culturas”. Mientras que los pueblos indígenas se caracterizan por tender a tener un sistema político propio y aceptado por la Constitución Nacional, las comunidades indígenas son grupos de familias con sus características culturales propias pero que aún no tienen la capacidad de organizarse políticamente.

A estos pueblos y a estas comunidades pertenece el indígena venezolano, que según este mismo artículo es concebido como “...toda persona descendiente de un pueblo indígena, que habita en el espacio geográfico señalado en el numeral 1 del presente artículo, y que mantiene la identidad cultural, social y económica de su pueblo o comunidad, se reconoce a sí misma como tal y es reconocida por su pueblo y comunidad, aunque adopte elementos de otras culturas”. Es decir, la parte más importante es que el indígena venezolano es portador de una identidad indígena, aunque pueda compartir otras identidades como la de ser venezolano, por ejemplo.

Estos pueblos, estas comunidades y estos indígenas viven a lo largo de todo el territorio nacional, pero no solo viven, sino que también conviven entre ellos y las otras culturas ancestrales de la misma forma que cohabitan con la cultura nacional dominante. Para el Estado tienen una existencia real y desde 1981 han sido registrados por los censos nacionales. Saber cuántos pueblos son, cuántas comunidades, cuántos indígenas, cuántas culturas, cuántos idiomas, cuántas tradiciones, es saber sobre su forma de vida y sus relaciones sociales, sobre sus posibilidades de existencia y sus problemas. Pero también es ejercer un control estatal sobre ellos y sobre sus formas de vida, es una forma de desplegar la dominación que la idea de Estado homogeneizante y “monista” que no ha abandonado el país.

Un hecho que llama poderosamente la atención es que las tablas estadísticas sobre los pueblos y comunidades indígenas en Venezuela es el que presenta el Instituto Nacional de Estadísticas (INE) del 2011, que data de hace diez años; es un censo oficial que se encuentra desfazado, paradójicamente aun cuando media el reconocimiento constitucional de 1999⁴¹³. Este último

⁴¹³ Como bien lo establece la Antropóloga y asesora del INE, María Luisa Allais: “No fue hasta el Censo Indígena de 1982 cuando se introdujeron conceptos y criterios antropológicos, así como una metodología censal basada en sólidos principios estadísticos y demográficos, que permitieron obtener resultados confiables e iniciar importantes avances en

Censo de Población y Vivienda efectuado en el país fue el número XIV, y el tercero (del Estado venezolano) en el cual se han incluido a los pueblos indígenas; desde él se pueden observar los siguientes resultados:

Tabla 1. Demografía indígena y principales etnias originarias venezolana

Principales datos demográficos de los Pueblos Indígenas	Distribución geográfica por entidades nacionales	Principales etnias originarias	
725.128 personas (2,7 % del total de la población venezolana)	Zulia (61,2%) Amazonas(10,5%)	1-Wayuu/Guajiro (57,1%) 2-Warao (6,7%) 3-Kariña (4,7%) 4-Pemón (Arekuna, Kamarakoto, Taurepán) (4,2%)	31-Yavarana (0,1%) 32-Mapoyo/ Wanai (0,1%) 33-Shiriana (0,1%) 34 -Kuiva (0,1%) 35-Sáliva (0,0%) 36-Timote/ Timotocuica (0,0%)
Hombres: 365.576 Mujeres: 359.016	Bolívar (7,5%) Delta Amacuro (5,7%)	5-Jivi/Guajibo/Sikwani (3,3%) 6-Kumanagoto (2,9 %) 7-Añú/Paraujano(2,9%) 8- Piaroa (2,7%) 9-Chaima (1,8%) 10-Yukpa (1,5%) 11-Yanomami (1,3%) 12-Yaruro/Pumé (1,3%) 13-Yekwana (1,1%) 14- Kurripako (1,0%) 15-Baré (0,7%)	37-Ayaman (0,0%) 38-Amorúa (0,0%) 39-Japreria (0,0%) 40-Píritu (0,0%) 41-Makushi (0,0%) 42-Guanano (0,0%) 43-Kubeo (0,0%) 44-Kaketío (0,0%) 45-Wapishana 6-Jirajara (0,0%)
En 2011 la población indígena aumenta su representación nacional al pasar de 2.2% en 2001 a 2.7%	Anzoátegui (4,7%) Sucre (3,1%) Monagas (2,5%) Apure (1,6%)		
Población indígena en área urbana; (63,2%).			

los censos sucesivos para la caracterización sociodemográfica de la población indígena del país”. Allais, M., (2004). “La población indígena de Venezuela según los censos nacionales”. II Encuentro Nacional de Demógrafos y Estudiosos de la Población”. 24 al 26 de noviembre. Caracas.

Población indígena en área rural; (36,8%)	Nueva Esparta (0,3%)	16-Eñepá/Panare (0,6%)	47-Tukano (0,0%)
		17- Piapoko/Chase (0,5%)	48-Matako (0,0%)
		18 -Baniva (0,5%)	49-Arutani/Uruak (0,0%)
	Lara (0,3%)	19-Barí (0,4%)	50-Kechwa (0,0%)
	Resto de Entidades (2,6)	20-Yeral/Ñengatú (0,3%)	51-Sapé (0,0%)
		21-Waikerí (0,3 %)	52-Tunebo (0,0%)
		22-Puinave (0,2 %)	
		23-Sanemá (0,2 %)	
		24-Arawak (0,2 %)	
		25-Mako (0,2 %)	
		26-Akawayo (0,1 %)	
		27-Gayón (0,1 %)	
		28-Jodi (0,1 %)	
		29-Inga (0,1 %)	
		30-Warekena (0,1 %)	

Fuente: Instituto Nacional de Estadística, INE. 2014

De los datos demográficos de los pueblos indígenas venezolanos podemos obtener la siguiente información según lo arrojado por el censo nacional 2011. Para ese momento, el total de indígenas venezolanos era de 725.128 lo cual representaba el 2,7 % del total de la población venezolana. Pero a pesar de su baja magnitud poblacional a nivel nacional, esta había logrado incrementarse en 0,5% desde 2001, lo cual no significa un aumento significativo en realidad, pero tampoco significa un retroceso. El porcentaje entre hombre y mujeres indígenas esta equilibrado, aunque sean más los hombres.

La tendencia dentro de los pueblos indígenas es a abandonar el campo y la selva, e irse a vivir a la ciudad, por la esperanza de alcanzar mejores niveles de vida y de subsistencia y por los factores negativos que los empujas a abandonar sus tierras ancestrales. Los estados Zulia, Amazonas, Bolívar y Delta Amacuro continúan siendo las entidades con más población

indígenas del país, juntas reúnen más del 84 % del total de población indígena del país. Y esto también explica porque las principales etnias aborígenes como los wayuu con un 57,1 % del total en el estado Zulia aglutinan más de la mitad de la población de los pueblos indígenas del país; mientras que las restantes 13 etnias siguientes suman el 35,4 % del grueso poblacional. Las restantes 37 etnias o están extintas o están en vías de extinción poblacional, lo cual es preocupante y alarmante.

Geográficamente los pueblos indígenas venezolanos están distribuidos, en mayor proporción, en el noreste del país, en el Estado Delta de Amacuro, específicamente en el Delta del Orinoco, en el sur de los Estados Bolívar haciendo frontera con Guyana y Brasil; en Amazonas cercanos a la frontera con Brasil y Colombia; el suroeste con el Estado Apure haciendo frontera con Colombia; y al noroeste en el Estado Zulia compartiendo frontera con Colombia. De tal manera se encuentran distantes del centro del país y en áreas con carencias parciales o totales de servicios y comunicaciones.

Los datos etnográficos arrojan información importante sobre la situación cultural de estos pueblos aborígenes en Venezuela. Quizás uno de los rasgos más alarmante no es solo la desaparición progresiva de sus tradiciones y costumbres ancestrales sino con ello, la pérdida o la extinción de sus idiomas y su cultura en general y de ellos mismos. El idioma para los pueblos es la forma como ellos se comunican y se desarrolla, y ejercen su poder político: el jefe no es el que manda sino el que habla, el que tiene el don de la palabra y en ella la sabiduría, la “voz del mando”. Al perder su idioma pierden parte de su identidad como pueblos y como comunidad. En la tabla numero 2 podemos ver estos rasgos lingüísticos:

Tabla 2. Idiomas y dialectos de los pueblos indígenas venezolanos y su ubicación geográfica

FAMILIA IDIOMATICA	IDIOMA	CARACTERISTICAS
Familia Arawak	<ul style="list-style-type: none"> • Añú • Kurripako • Lokono 	<ul style="list-style-type: none"> • El <i>añu</i> hasta no hace poco se consideraba extinto y lo resucitaron • El <i>wayuu</i> es el idioma indígena que más se habla en el país.

	<ul style="list-style-type: none"> • Warekena • Wayuu 	
Familia Caribe	<ul style="list-style-type: none"> • Akauayo • Eñepá o panare • Japrería • Kariña • Pemón • Wanai o mapoyo • Yavarana • Ye'kuana • Yukpa 	<ul style="list-style-type: none"> • <i>Wanai o mapoyo</i> es una lengua a punto de desaparecer y es declarada por la UNESCO patrimonio inmaterial de la humanidad. • <i>Yavarana</i> idioma a punto de desaparecer.
Familia Chibcha	<ul style="list-style-type: none"> • Bari 	
Familia Guajibo	<ul style="list-style-type: none"> • Jivi • Kuiva 	
Familia Sáliva-Piaroa	<ul style="list-style-type: none"> • Sáliva • Piaroa 	
Familia Tupi	<ul style="list-style-type: none"> • Yeral 	
Familia Yanomami	<ul style="list-style-type: none"> • Sanemá • Yanomami • Yanam 	
Familia Macro-makú	<ul style="list-style-type: none"> • Puinave • Joti 	

Familia Jirajarana o jirajirana	<ul style="list-style-type: none"> • Jirajara 	<ul style="list-style-type: none"> • Es una lengua extinta
Familia Timote-cuicas	<ul style="list-style-type: none"> • Timotocuica 	<ul style="list-style-type: none"> • Es una lengua extinta
Familia arrutan-sapé	<ul style="list-style-type: none"> • Sapek • Uruak 	
No clasificadas	<ul style="list-style-type: none"> • Maku (mako) • Pumé • Warao • Guamontey • Otomaco 	<ul style="list-style-type: none"> • El <i>Warao</i> es uno de los idiomas indígenas con más hablantes en Venezuela, después del <i>wayúu</i> y junto al <i>pemón</i>. • El <i>Guamonte</i> y el <i>Otomaco</i> están extintos.

Fuente: <http://esequibonuestro.blogspot.com/2012/06/lenguas-indigenas-de-venezuela.html>



2. El sistema normativo precolombino en Venezuela. Precedentes del Derecho Indígena venezolano. Leyes de Indias

Los españoles que descubrieron y conquistaron América nunca albergaron dudas sobre el dominio que debían tener sobre estas tierras. Sus dudas se centraron en encontrar los títulos jurídicos y teológicos necesarios para justificar o legitimar tal empresa través del derecho castellano y la Ley de las Doce Tablas, de Alfonso X “el sabio”, y así crear un nuevo orden social justo para los que vivieran en estos territorios tan alejados de la autoridad real. Imponer un orden a través del cual pudiesen controlar desde la metrópolis era su máxima preocupación.

Desde que Cristóbal Colón desembarcó en La Española y se hizo dueño de las tierras y de los indígenas de estos territorios, reduciéndolos a situación de esclavitud, se inició un arduo debate acerca de lo justo o no de esta colonización en esos términos, y de no serlo, entonces cómo justificarlo a los ojos de Dios y de los hombres o cómo prohibirlo definitivamente. Recordemos que tal acontecimiento se produce en pleno momento en el que el orden cristiano medieval es puesto en tela de juicio en Europa con la aparición del renacimiento, el escolasticismo y, posteriormente, la reforma protestante. Todos estos acontecimientos ponen en duda la legitimidad del poder divino de los monarcas y sus derechos absolutos sobre sus territorios, sus súbditos y sus propiedades. Si un rey quiere tener dominio o *imperium* sobre su territorio debe garantizar la existencia de un gobierno justo, es decir, un gobierno bueno que vele por el bienestar de sus súbditos y la protección de su territorio, un “recto gobierno” dirá Jean Bodino, un gobierno regido por leyes y legitimado por el consentimiento de las familias como expresión de su soberanía, poder absoluto y perpetuo del Estado.

En realidad, el proceso de colonización y sometimiento de las culturas indígenas en América Latina fue un hecho complejo y distó mucho de ser compacto u homogéneo. La jurista peruana y experta en materia del pluralismo jurídico en el área andina Raquel Yrigoyen ha identificado tres procesos distintos en esta materia que son importante tener en cuenta en nuestra investigación. En primer lugar, encontramos que los conquistadores se asentaron en territorios que antes habían sido ocupados por los Incas o los Aztecas que fueron sometidos por la fuerza militar. En segundo lugar, donde no pudieron usar su poder militar, los conquistadores firmaron tratados y parlamentos para mantener relaciones de paz y comercio a partir de 1610. Estos

pueblos no fueron sometidos a servidumbre ni a la mita. En Tercer Lugar, en los pueblos ubicados en la selva (Amazonia, Orinoco y Guajira) la corona envió misioneros y el sometimiento de los pueblos indígenas se produjo en el siglo XIX⁴¹⁴. A este último caso pertenece la conquista en Venezuela como veremos más adelante.

Cada uno de estos diferentes tipos de conquistas produjo políticas indigenistas diferenciadas. Yrigoyen identifica cinco políticas indigenistas diferenciadas desde la colonia hasta hoy en día. El Primero es “el proyecto de ocupación y sometimiento de naciones originarias” en el siglo XVI. El Segundo es “el proyecto de subordinación política y segregación colonial” introducido por el establecimiento del Derecho Indiano donde los indígenas fueron reducidos a “pueblos indios” con cargas, tributos, trabajos forzosos y penas especiales bajo un régimen jurídico especial diferenciado (pluralismo legal subordinado que reconocía el fuero indígena y sus usos y costumbres tanto y cuanto no contradijera las leyes y la religión cristiana). En tercer lugar, luego de la independencia aparece “el proyecto asimilacionista de inicio de la República” del siglo XIX e inicio del XX que tiene por objeto convertir a los indígenas en ciudadanos. En cuarto lugar, está el “proyecto integracionista de mediados del siglo XX” que reconoce ciertos derechos de los pueblos indígenas, pero dentro del monismo legal estatal”. Y, por último, aparece “el horizonte pluralista de finales del siglo XX y comienzos del XXI” pero con limitaciones⁴¹⁵. A lo largo de nuestro trabajo hacemos un recorrido por cada uno de estos proyectos de políticas indigenistas.

Tabla 3. Síntesis de las políticas indigenistas

Casos/ Períodos	PUEBLOS SOMETIDOS EN EL S. XVI	PUEBLOS NO SOMETIDOS EN EL S. XVI	
1.Sometimiento (S. XV-XVI)	-Ocupación militar y política. -Guerras de conquistas contra los pueblos originarios.	-Pueblos no conquistados por los Incas ni	Pueblos no colonizados:

⁴¹⁴ Yrigoyen, R. (2006) “Hitos del reconocimiento del Pluralismo Jurídico y el Derecho Indígena en las políticas indigenistas y el constitucionalismo andino”. En Berraondo, Mikel (coordinador): *Pueblos Indígenas y derechos humanos*. Bilbao: Universidad de Deusto, pp. 537-567

⁴¹⁵ Yrigoyen, R. (2011) “Horizontes...” ob. cit. p. 4-5

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

	<p>-Gobierno indirecto (autoridades indígenas) y pluralismo subordinado:</p> <p>Fuero indígena para casos menores y “Usos y costumbres” limitados.</p> <p>-Justificación: “ideología de la inferioridad natural de los indios”</p>		
<p>Independencia (Siglo XIX):</p>	<p>-Segregación, gobierno indirecto y pluralismo subordinado</p> <p>-Instalación de gobierno colonial. Virreinato del Perú.</p> <p>-Subordinación política y explotación económica de los pueblos sometidos.</p> <p>-Sometimiento e incorporación al sistema colonial: indios vasallos de la Corona.</p> <p>-Dualismo legal Subordinado: dos regímenes jurídicos diferenciados.</p> <p>-Segregación física de pueblos de indios para facilitar tributo, mita y evangelización.</p> <p>-Gobierno indirecto (autoridades indígenas) y pluralismo subordinado: fuero indígena para casos menores y “Usos y costumbres” limitados.</p> <p>-Justificación: “ideología de la inferioridad natural de los indios”</p>	<p>Guerra: despojo territorial y sometimiento</p> <p>a) Desconocimiento de tratados y parlamentos por los nuevos estados de Chile y Argentina, que se reparten territorio de pueblos no sometidos.</p> <p>-Campañas militares de ocupación y exterminio por Chile y Argentina</p> <p>- Despojo territorial, reducciones</p>	<p>Misiones y reducción para conversión y civilización de salvajes</p> <p>b) Pueblos de la Amazonía, Guajira, Orinoco:</p> <p>-Política misionera como política de Estado.</p> <p>- Colonización y penetración extractivo-mercantil para expansión de frontera interna y protección de la externa.</p>

<p>República: (Siglo XX)</p>	<p>Integracionismo</p> <ul style="list-style-type: none"> -Reconocimiento de sujetos y derecho colectivos, pero como minorías. -Reconocimiento de ciertos derechos culturales y socioeconómicos. - “Problema indígena”: marginación, pobreza. -Proyecto: integrar a los colectivos indígenas al mercado y Estado. -Acciones: Institutos Indigenistas, reforma agraria, cooperativismo, campesinización. -Reconocimiento de derechos indígenas no debe afectar políticas integración, ni unidad territorial -Se mantiene monismo jurídico. -Convenio 107 OIT: reconocimientos derechos dentro de marco integracionista/asimilacionista. 	<p>Asimilación.</p> <p>a) Pueblos del Sur</p> <ul style="list-style-type: none"> -Constitución Argentina de 1853 hasta 1994: Modelo civilizado -Chile: Silencio constitucional sobre indígena, pero política de asimilación vía leyes Integracionismo limitado: 60’s: reforma agraria y entrega de tierras, campesinización (proceso revertido por Pinochet). 	<p>Siguen políticas de colonización</p> <p>b) Amazonía:</p> <ul style="list-style-type: none"> penetración extractivo-mercantil - Se mantienen regímenes especiales bajo fuero eclesial en Colombia y Venezuela - Perú: reconocimiento de potestades jurisdiccionales para casos menores (1974)
<p>Última Década s. XX- Inicios s. XXI</p>	<p>Horizonte Pluralista</p> <ul style="list-style-type: none"> -Convenio 169 OIT: superación de asimilacionismo e integracionismo. Propone que pueblos indígenas controlen sus propias instituciones dentro de los Estados en los que viven. 	<p>Reconocimientos limitados (línea integracionista) y demandas pluralistas</p> <ul style="list-style-type: none"> -Argentina: 	<p>Se extiende el modelo pluralista a los pueblos a los que antes se aplicaba políticas especiales de corte segregacionista.</p>

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

Fuente: Yrigoyen Fajardo, Raquel (2006). “Hitos del Reconocimiento del pluralismo jurídico y el derecho indígena en las políticas indigenistas y el constitucionalismo andino”. En Berraondo (coord.): *Pueblos indígenas y derechos humanos*. Bilbao: Universidad de Deusto, pp. 537-567.

Cuando España descubre y conquista América, los cinco reinos que lo componen están en pleno proceso de reconfiguración ante la fortaleza y poderío del reino de Castilla y Aragón. Los infieles judíos son expulsados y los moros son combatidos en Andalucía y muchos de ellos reducidos a la esclavitud. Con estas actividades se iniciaba un proceso de centralización política que hacía imperioso revisar el contenido jurídico y normativo de esos reinos. El descubrimiento y la colonización de América potencializó ese proceso, y lo que se discutió en España tuvo sus efectos en los territorios recién conquistados y por conquistar: los reinos del Mar Océano. Con la bula papal de 1493 concedida a los Reyes Católicos por el Papa Alejandro

VI y con el tratado de Tordesillas de 1494 se legitimó la conquista sobre esos territorios, lo que correspondía ahora era establecer un gobierno justo⁴¹⁶.

El modelo de conquista usado por los españoles castellanos fue similar al romano, pero con un elemento cristiano, esto significa que se hizo tanto el uso de la fuerza como la imposición de la religión para obtener el *imperium* sobre los nuevos territorios. Pero la pregunta importante aquí es ¿de qué forma la cultura castellana iba a asimilar las culturas americanas tan disímiles a sus tradiciones y costumbres? ¿Formarían una sola comunidad cristiana ya que todos eran hijos del mismo creador? O, por el contrario, como hacían los antiguos romanos ¿habría dos culturas diferentes con sus usos y costumbres particulares donde la castellana sería la dominante y la indiana la dominada? En realidad, la idea era ir imponiendo la cultura castellana progresivamente sobre las culturas aborígenes y esto se podría lograr no sólo con el uso de la fuerza sino también con la imposición de la religión cristiana, pero tenía que ser contenido mediante un orden normativo que lo pudiese legitimar ante los ojos de Dios y ante los ojos de los otros imperios europeos de la época que también tendrían sus intereses en estos territorios.

Como señala Raquel Irigoyen, la conquista se hizo con la fuerza (militar), con las leyes (acuerdos y tratados) y con la religión (misiones) y generaron diferentes políticas indigenistas que posibilitan o impiden, según sea el caso, el desarrollo efectivo del pluralismo jurídico en nuestros días.

El sistema normativo precolombino en Venezuela fue un producto de este proceso, es decir, la expansión del poder militar, leyes españolas y el cristianismo sobre el continente americano. Este tuvo importante resonancia, y a su vez, dejaron una enorme cantidad de fuentes que aún se conservan en nuestro sistema jurídico actual.

Una de las interrogantes que podríamos plantearnos al adentrarnos en este tema sería ¿Por qué los españoles se vieron en la necesidad de crear un sistema normativo al llegar al nuevo continente? Al entrar en contacto dos civilizaciones distintas con dos estilos de vida totalmente diferentes, se podrían presentar inconvenientes al momento de intentar crear un consenso entre ambos.

⁴¹⁶ Para profundizar sobre el tema de la conquista del Nuevo Mundo hemos consultado: Brading, David (2003). *Orbe Indiano. De la monarquía católica a la república criolla, 1492-1867*, Fondo Cultura Económica, México, pp. 40-74; Thomas, Hugh (2004). *El Imperio Español. De Colon a Magallanes*, Buenos Aires, Planeta.

2.1. La política indigenista del sometimiento

Cuando Cristóbal Colón llegó al continente americano repartió tierras entre todos los descubridores, de ahí nacen los primeros repartimientos de los que se tienen conocimiento. La política de los “repartimientos” fue la primera estrategia que usó la corona para poblar América y someter a los propios del lugar. Desde ese primer momento se instaura un sistema de explotación que forzaba a los aborígenes americanos a trabajar para los españoles a cambio de una paga mínima. Junto a estos repartimientos estaban las encomiendas las cuales no eran más que el proceso mediante el cual la Corona española le entregaba a un encomendero un grupo de indios, a los cuales debería darle alimento, vestido, educación y vivienda. Este tipo de estimulación fue la principal idea de los españoles para lograr un acuerdo, pero desde el punto de vista indígena, un salario no representaba ningún incentivo, aun cuando estimularlos fue la primera opción para entablar una relación laboral entre ambas culturas.

Luego de que Colón vendiera indígenas como esclavos (4000 en total), se desató un intenso debate en España sobre si esto era lícito o no, justo o injusto. Los indígenas fueron declarados por los reyes españoles “vasallos” y no “esclavos”, aunque cabe destacar que en la práctica los juristas y gobernantes españoles rechazaron los intentos de disminuir dicha esclavitud. Para controlar a estos nuevos territorios, en el caso de lo que hoy es Venezuela, desde un principio se aceptó la existencia del “cacicazgo” indígena con lo cual se lograba obtener el control y la obediencia de los vasallos indios que debían pagar tributos al gobierno español y al comienzo se le respetaron su derecho a la propiedad de sus tierras, el cual posteriormente iba a ser eliminado. Progresivamente esta institución, el cacicazgo, fue perdiendo vigencia una vez instauradas las gobernaciones y el Consejo de Indias poco a poco instituyó las nuevas instituciones. A través del texto de Gil Fortoul se puede constatar que toda esta situación con los indígenas desarrolló una serie de acontecimientos los cuales impulsaron a la emisión de disposiciones y normativas legales por parte de la realeza española para controlar de la forma que fuese, a esta nueva civilización encontrada.

Para los primeros conquistadores, los indígenas originales no tenían alma y por lo tanto no tenían la capacidad de guiarse por sí mismo, por lo que necesitaban un amo. Esta condición reducía a los indígenas a una situación de esclavitud en términos aristotélicos. Los indígenas

solo eran bestias que adoraban al demonio. Con esta excusa se producen los primeros abusos de genoveses y españoles sobre estas tierras y sobre esta gente.

La situación de los indígenas estaba definida en el plano del Derecho por su condición de “miserables”, análoga a los menores de edad. En 1516 aparece una magistratura especial la del “protector de indios” encargado de vela y denunciar los agravios cometidos contra ellos. El primer protector indígena fue el padre Bartolomé de Las Casas. Esta condición de “menores” significaba que los indígenas eran incapaces de protegerse ellos mismos en igualdad de condiciones, mucho menos ante los tribunales o en la aplicación de las leyes. En fin, los indígenas tienen ante los tribunales españoles una cláusula de protección especial en beneficio equitativo. Pero esto tiene en la práctica una limitación por el impacto del servicio obligatorio, por la expansión de la propiedad rural y del ganado de los españoles en tierras de los indígenas y por el control que la audiencia y las gobernaciones ejercieron sobre los pueblos indígenas.

La Orden de los Franciscanos que fue la primera secta cristiana en llegar a América y la primera en evangelizar a los indígenas como forma de protegerlo de los conquistadores. Pero fue la orden de los Dominicos los que realmente trató de defender ese primer derecho protegiendo a los indígenas de los conquistadores con sus sermones o desde las cortes de justicia y así lograron:

...convocar una junta de teólogos y juristas, los cuales, reunidos en 1512 en Burgos, decretaron que los indios eran libres; que habían de ser instruidos en la religión cristiana; que se les podía imponer trabajo, siempre que ese trabajo no fuera impedimento a la instrucción de la fe y no les resultara intolerable; que debían tener casas propias y que se había de procurar tuviesen en todo momento comunicación y trato con los españoles.⁴¹⁷

Ninguna de estas disposiciones españolas logró que en la práctica se respetara realmente los derechos de los indígenas como reiterativamente lo denunció el cura dominico San Bartolomé de las Casas. Y es que no solo se refería a las guerras “justas” contra los indígenas reducidos a condición de servidumbre, sino también a la forma como los trataban los encomenderos reduciéndolos prácticamente a la esclavitud. Si los indios no tenían alma, como señalaba

⁴¹⁷ Gil Fortoul, José (1907). *Historia constitucional de Venezuela*. Tomo primero, Caracas: Parra León Hermanos de 1930, Editorial Suramérica, p. 400.

airadamente Juan Ginés de Sepúlveda (1589-1573), entonces debían ser reducidos a la esclavitud por su propio bien y el de la corona y eso justificaría cualquier guerra justa⁴¹⁸. Pero sería el padre Francisco Vitoria el que haría las leyes más estrictas que justificarían las guerras justas en tanto que los indígenas se opusieran a la conquista o violaran el *ius gentium*⁴¹⁹.

Lo que será Venezuela sufre los rigores de esta “guerra justa” contra los indios guerreros como eran los Caribes. El padre Franciscano Pedro Simón criticó arduamente las licencias que se dieron en esta tierra a los encomenderos para hacer esclavos a los indígenas de la misma forma como se hacían con los negros, es decir comprándolos y vendiéndolos:

...inopinada y secretamente, sobre un pueblo de indios, procurando prender al cacique lo primero y con él a los más que podían de sus vasallos; y después de conocido el principal, decían que sí quería verse libre les vendiese aquellos indios que había preso en su pueblo, por tal o cual cosa que le darían de Castilla. Por verse libre, el cacique les hacía generosa larga graciosamente de todos, sin querer por ellos alguna cosa⁴²⁰.

La dinastía de la casa de los Habsburgo, iniciada con Carlos I y finalizada con Carlos II “el hechizado”, trató de solventar esta situación que se consideraba a todas luces inconveniente e injusta tanto para la Corona como para los reinos. Es cierto que intentaron respetar los linajes y fueros de algunos indígenas considerados pacíficos o buenos (como los nobles Incas en Perú) que le dejaron conservar alguna de sus tradiciones y costumbres originales, pero otras fueron totalmente abolidas por la fuerza. Para evitar esta situación de injusticia con las leyes de 1542 aboliendo el sistema de encomiendas y propiciando una política más humana con los indígenas, situación que presentó quejas y resistencia por parte de los encomenderos que iniciaron revueltas en diversas partes del imperio, incluso llegando a una guerra civil.

⁴¹⁸ Los cuatro puntos que aduce el Padre Sepúlveda para esta “guerra justa” contra el indio son: “I. Incapacidad de los indios para regirse suficientemente a sí mismos, y a que son esclavos por naturaleza, entendiendo por esclavitud un concepto más filosófico que jurídico. Por tanto, si rehúsan aceptar el mando de otros más inteligentes, pueden ser obligados a obedecer por las armas. Termina Demócratas este primer argumento con una extendida alabanza de Cortés y de la conquista de la Nueva España. II. Crímenes contra la naturaleza que competen los indios (antropofagia, sacrificios humanos). III. Obligación de salvar a los desdichados que así perecen: en la Nueva España e inmolaban a los demonios 20.000 inocentes al año. IV. Predicación y propagación de la fe, que se ha de hacer a la fuerza si los naturales no la admiten por las buenas. Incluso la misión no está segura tras la conquista, como demuestra la matanza de los predicadores y franciscanos en Paria y el previsible fracaso de la empresa de la Florida”. (Tomado de Gil, Ob. Cit. p. 419)

⁴¹⁹ Cfr. Gil, ob. cit. p.440.

⁴²⁰ *Ibid.*, p. 440.

Desde la conquista, el Derecho Indígena pasa a ser parte del Derecho indiano y las justicias reales (Gobernadores, consejeros de Indias, Regidores, Oidores)⁴²¹ deben aplicar las costumbres de los naturales en la medida que sean consideradas “buenas”, es decir, compatibles con la religión cristiana, el derecho natural y la autoridad regia, según los criterios exigidos por el derecho español. De esta forma se intentó conservar los derechos indígenas prehispánicos como forma de preservarlos de la “destrucción” que se estaba viviendo. Pero nada de esto significó que se estuviese preservando un “Estado indígena” independiente, por el contrario, las instituciones reales como los oidores, los regidores, la audiencia, el corregidor y subsumieron los derechos de los indígenas dentro del derecho hispánico.

Así, una de las principales características de este sistema normativo precolombino indígena, que fue en cierta forma preservado por el Derecho Indígena, es ser político. Se define así porque comprende un sistema de instituciones creadas de España para favorecer a España, pero trasladadas a nuevas tierras. En sí mismas, fueron un conjunto de disposiciones legales discutidas y aplicada por autoridades y diferentes órganos los cuales tenían como función crear el sistema jurídico que regiría al nuevo continente mezclando el derecho hispano y el derecho indiano donde se subsumía el derecho indígena, como hemos observado.

Las diferentes disposiciones legales de los primeros años del derecho indiano fueron, básicamente, una copia del derecho de castilla, el cual pronto fue advertido que los problemas de descubrimiento en el nuevo continente eran totalmente diferentes a los que se presentaban al descubrir nuevas tierras en España o Europa, por ende, resultaba casi inútil la aplicación de estas en América. Esto trajo como consecuencia el nuevo derecho indiano creado por el Gran Consejo de Indias en 1524, que elaboraron diferentes leyes y normas cuyo principal objetivo era solventar cualquier problema con los indígenas y que fuese conocido por los juristas o legisladores españoles⁴²². Este derecho no fue eficaz al momento de ser utilizado por parte de la realeza española, ya que no fue aplicado de manera uniforme en todo el territorio.

⁴²¹ Sobre el Derecho Indiano, sus instituciones y los súbditos indígenas hemos consultado la obra clásica del historiador chileno: Mario Góngora (1951). *El Estado en el Derecho Indiano*. Universidad de Chile. Santiago de Chile, pp.198-221.

⁴²² Sobre el Consejo de Indias *Cfr.* Góngora, ob. cit, pp. 67-69.

Es importante acotar que, en el caso de Venezuela, este derecho tuvo una gran vigencia, incluso después de ser independizada, aun cuando en nuestro país no se lograron aplicar completamente todas las leyes descritas en el derecho indiano.

El sistema normativo precolombino tenía como objetivo la protección de los indígenas ante el rey en las Indias, por esto fueron creadas instituciones jurídicas con diferentes elementos normativos, como fueron:

- i. Consejo Real y Supremo de las Indias: Su objetivo es asistir al Rey en los asuntos del Nuevo Mundo tanto en decirle cuales eran las necesidades del Reino como las vías para solucionarlas. En el tema jurídico, se tiene conocimiento que se encargaban de juicios civiles importantes, algo así como una especie de tribunal. Tenían autoridad suficiente para conocer cualquier situación relacionada con las Indias antes que cualquier otra institución. Además, poseían potestad para acudir a audiencias coloniales y casos criminales. Su objetivo principal era la civilización de los indígenas.
- ii. La Real Audiencia: Es una de las instituciones más importante de la colonia y le competía poner freno a las posibles irregularidades de los virreyes españoles, y una vez que tomaba una decisión por mayoría, esta era inapelable. Además, poseía funciones administrativas, políticas y judiciales. Una de su tarea más importante era la protección de los indígenas y evitar irregularidades en esta materia en el ámbito eclesiástico.
- iii. La Intendencia: Encargada de aplicar la justicia en materia de hacienda y organizar los gobiernos locales.
- iv. Corregidores de Indios: Tenían la función fundamental de controlar a los regidores dentro de su jurisdicción supervisando las haciendas locales, así como la de evitar peleas entre los indígenas. En el Derecho Indiano se le asignaron territorios relativamente extensos donde existía población indígena y en los cuales un corregidor, nombrado generalmente por su Real Audiencia, tenía a su cargo la administración de justicia en lo civil y penal, la vigilancia y dirección de las reducciones o pueblos de indígenas y el cobro de los tributos regios. Sus atribuciones eran muy amplias e iban desde lo gubernativo, lo judicial hasta el control de abusos para garantizar el orden y la moral.

- v. Los Jueces: Estaba dividida de la siguiente forma; principalmente por los jueces especiales, los cuales lo conformarían las personas más poderosas de España y con mayor rango como lo eran los virreyes, gobernadores, intendentes, auditores, entre otros funcionarios. A su vez estaba conformada por los jueces capitulares, integrados por alcaldes, jueces de menores y escribanos de cabildos, además de esto también se encontraban los jueces reales, de residencia, religiosos y de la audiencia⁴²³.

Es importante acotar que se usaron instrumentos jurídicos que tenían como función que el derecho en Las Indias se impartiera de forma correcta, como son las bulas, instrumentos dictados por los papas, las capitulaciones, ordenanzas, reales cédulas, consulados de Mercaderes, diferentes tribunales, entre otros.

La voluntad del rey era esencial para el cumplimiento y eficacia del sistema normativo precolombino. Actuaba tanto en nombre real como en nombre de Dios, así que tenía autoridad divina y humana. Todos obedecían al rey, es decir, era obligatorio obedecer al monarca. La eficacia de este derecho fue bastante cuestionable, la distancia entre Europa y América no contribuyó a su correcto funcionamiento, ya que el traslado dificultaba su aplicación. Cabe destacar que El Rey era la principal autoridad así que siempre tenía la última palabra sobre los sistemas jurídicos aplicados sobre los indígenas y sobre todo su territorio.

2.2. El pluralismo jurídico subordinado y la segregación colonial: Los Derechos de los Indígenas en las Leyes de Indias

En este recorrido por los derechos indígenas precolombinos hemos podido constatar que la Corona española no estuvo preocupada por garantizar los derechos de los indígenas en América, aunque si de discutirlos y hacer propuestas desde Madrid. Por supuesto, que una cosa era discutir estos derechos en España y otra era aplicarlos en este nuevo continente. Muchas de esas reales cédulas o cedulaciones no fueron más que letra muerta como bien lo pudo apreciar el padre de las Casas en sus constantes críticas por el maltrato que estaban viviendo los pueblos aborígenes americanos en manos de los conquistadores y colonos y la necesidad de hacer una legislación más efectiva y realista. Luego del fracaso de la ley de Burgos en esta

⁴²³Sobre estas instituciones indianas, Cfr., además de Góngora Op. cit., ver: Gisela A Pérez Enciza (1966). *La Intendencia en España y en América*. Universidad Central de Venezuela. Caracas. Y Pietschmann, Host (1996). *Las Reformas borbónicas y el sistema de intendentes en Nueva España*, Fondo Cultura. Económica, México, pp. 58-117.

materia y después de que las “Nuevas Leyes” le otorgasen la protección de los indígenas a la Corona, el Rey Carlos II “el Hechizado” ordenó que se compilaran todas las leyes emitidas por las Corona en sus cedulações en diferentes materias relativas a los territorios de América. Así el 18 de mayo de 1860 se publicó la “Recopilación de Leyes de las Indias”⁴²⁴, regulando la vida política, económica y social de los reinos americanos⁴²⁵ y particularmente la de los indígenas en su famoso libro VI, que es que nos interesa por ahora.

Se sostiene principalmente en estas leyes que los indígenas tenían que ser protegidos tanto de los encomenderos, los eclesiásticos, de las autoridades españolas y su burocracia pública como de ellos mismos por sus tradiciones y costumbre o de los vicios que progresivamente fueron adquiriendo, como lo señala puntualmente la introducción de la Ley Primera.

El primer título consagra los derechos fundamentales de los indígenas. Además, se consagra la libertad de los indios para casarse, que las mujeres se casen a la edad legítima, se castigue la poligamia entre los indígenas o que se prohíba legalmente la venta de las hijas de los caciques para contraer matrimonio. También se da libertad para que los indios puedan mudarse de un lugar a otro, así como se prohíbe el tráfico ilegal de los indígenas. Igualmente hay una preocupación por la educación de los indígenas y se ordena hacer escuelas de lengua castellana para ellos. Hay una preocupación por su protección ante los policías, por su comercio y ganadería y por su trabajo. También se exige que los indios anden vestidos. Se fomenta el libre comercio entre indios y españoles. Se garantizan la libertad que tienen para vender sus bienes inmuebles. Y se les exige a los encomenderos respetar las propiedades de los indígenas estén vivos o muertos. Se prohíbe vender armas a los indios, ni las pueden tener. Se les reconoce el derecho a testar sin necesidad de violencia. También se les prohíbe estar a caballo y no pueden

⁴²⁴ Sobre la Recopilación de las Leyes de India hemos consultado particularmente el Libro VI: *Recopilación de las Leyes de los Reinos de Las indias. Mandadas a imprimir y publicar por su majestad Don Carlos II*, Boix Editores. Madrid, 1841. Disponible en: www.cervantesvirtual.com

⁴²⁵ “La Recopilación de las Leyes de Indias” estaban organizadas en nueve volúmenes, cada uno trata un tema en específico: El primer libro toca temas religiosos, también elementos sobre la enseñanza y sobre cultura. El segundo libro regula todo sobre las estructuras de los gobiernos indianos, asignándole competencias y funciones al Consejo de Indias. El tercer libro especifica todo respecto a los deberes y atribuciones que podían emplear las autoridades españolas en América, como los virreyes o funcionarios de altos cargos. Existía un cuarto libro en el que se marca cómo sería la repartición de tierras conquistadas y las obras públicas. En el quinto libro, se determinan las funciones y los derechos de las autoridades con menor autoridad como alcaldes, además trata algunos temas del derecho público. El sexto libro se legisla sobre los pueblos indígenas, tanto con sus derechos como con sus obligaciones. También, se trataron temas de seguridad pública y acciones policiales, todo esto en el séptimo libro. En el penúltimo libro se tratan temas de rentas y finanzas y en el noveno libro se regulan aspectos económicos, como el comercio indiano.

ser víctimas de la santa inquisición. Se les prohíbe beber bebidas alcohólicas u otras que hagan daño. Entre otros sobre temas más puntuales.

El título II consagra “la libertad de los Indios” y es uno de los pasajes más célebres de este documento, dice: “Es nuestra voluntad, y mandamos, que ningún adelantado, gobernador, capitán , alcaide, ni otra persona, de cualquier estado, dignidad, oficio, ó calidad que sea en tiempo , y ocasión de paz, ó guerra, aunque justa, y mandada hacer por Nos, ó por quien nuestro poder hubiere, sea osado de cautivar indios naturales de nuestras Indias, Islas, y Tierra-Firme del Mar Océano, descubiertas, ni por descubrir , ni tenerlos por esclavos, aunque sean de las islas, y tierras, que por Nos, ó quien nuestro poder para ello haya tenido, y tenga , esté declarado, que se les pueda hacer justamente guerra , ó los matar, prender, o cautivar...”. Y serán castigados con rigor los encomenderos que vendieran los indios. Tampoco se permite que los caciques tengan esclavos. Y que se les de libertad a los indios esclavizados. Sin embargo, se reserva una posibilidad para la esclavitud para aquellos indios que hacen la guerra y esclavizan a sus enemigos o se los comen como los indios caribes: “Que los caribes que fueren d hacer guerra U las Islas, se hagan esclavos, como se ordena. Tienen licencia los vecinos de las islas de Barlovento para hacer guerra a los indios caribes, que las van a infestar con mano armada, y comen carne humana, y pueden hacer sus esclavos a los que cautivaren, con que no sean menores de catorce años, ni mujeres de cualquiera edad; Mandamos, que así se ejecute, guardando las instrucciones, que diere la audiencia de Santo Domingo para más justificación”.

El título III está dedicado a “Reducciones y pueblos indios”. cuyo objetivo era que: “los indios fuesen reducidos a pueblos, - no viviesen divididos, y separados por las sierras, y montes, privándose de todo beneficio espiritual, y temporal, sin socorro de nuestros ministros, y del que obligan las necesidades humanas, que deben dar unos hombres a otros...” Actividad que principalmente sería llevada a cabo por la Iglesia y que debía hacerse de la forma sin maltrato de ningún tipo para los aborígenes. Estas reducciones o pueblos indios se iban a costear en base a los tributos que los indios dejasen de pagar y debía haber alcaldes y regidores indios como forma de gobierno. En realidad, este sistema de reducciones iba a funcionar más como un sistema de *apartheid* ya que no se permitiría a los indígenas salir o dejar su respectivo pueblo bajo ninguna licencia o no debían mezclarse con otras razas que los maltrataban.

El título IV trata de la administración de los bienes comunales de los indios y su censo y como lo establece la ley II: “En las cajas de comunidad han de entrar todos los bienes, que el cuerpo, y colección de indio de cada pueblo tuviere, para que de allí se gaste lo preciso en beneficio común de todos, y se atienda a su conservación, y aumento , y todo lo demás, que convenga, distribuyéndolo por libranzas, buena cuenta , y razón: y asimismo las escrituras, y recaudos por donde constare de su caudal , y efectos...” Este censo debía quedar en manos de los corregidores y la administración en manos de funcionarios reales.

El título V está dedicado a resolver el problema de los “tributos y tasa de los indios” es decir el pago de impuesto al Rey por los aborígenes en reconocimiento del señorío español. Es obligación de los españoles en América hacer llegar esos tributos a su majestad. Los indígenas debían comenzar a tributar desde los 18 años y habría excepciones para los indígenas cristianizados. Podrían tributar en dinero, oro o plata o en bienes de la tierra o del campo.

El Título VI trata de “Los protectores de los Indios” Esta institución había dejado de funcionar pero es rehabilitada mediante esta ley siempre y cuando el protector fuese “... personas de edad competente, y ejerzan sus oficios con la cristiandad , limpieza y puntualidad, que son obligados, pues han de amparar y defender á los indios” Estos “protectores” tendrían un salario asignado por el virrey y obtenido de los tributos de los indígenas y sólo podrían ser removido de sus cargos por dictamen de la real audiencia.

El Título VII trata de “los caciques” instituyendo el cacicazgo: “Algunos naturales de las Indias eran en tiempo de su infidelidad caciques y señores de pueblos, y porque después de su conversión a nuestra Santa Fe católica, es justo que conserven sus derechos, y el haber venido a nuestra obediencia no los haga de peor condición...” Derecho que debía ser conocido privadamente por las Audiencias que debía reconocer el derecho de sucesión del cacique a sus descendientes y respetarlo. Estos caciques no podrían llamarse señores de los pueblos indios porque ese título era el del rey, solo podrían llamarse caciques o principales. No podrían tener esclavos indios y podrían ser castigados por delitos graves y comprobados.

El Título VIII versa sobre “las repartimientos, encomienda y pensiones para los indios” Con respecto a la repartición esta significa que los españoles una vez conquistado un territorio le debían ser repartido indios y estos tenían el deber de cristianizarlos, educarlos y protegerlos. Lo mismo debía suceder con los encomenderos. Pero se deja muy en claro que estos indios

pacificados no pertenecen a los encomenderos sino al Rey el cual debe vigilar por su protección. Pueden ser encomendados indios a gobernadores y alcaldes, pero no a eclesiásticos.

El Título XI vuelve a tratar el tema de “los encomenderos” Esta ley tiene como fin revisar el papel que la encomienda venía cumpliendo en las indias, ya que se había alejado de su objetivo principal; proteger al indio. De ahora en adelante, encomendero que no proteja a los indios bajo su jurisdicción sería castigado y se le quitarían los indígenas encomendados. Estos encomenderos no podrían vivir ni tener jurisdicción sobre los pueblos indios, no debían permitir que sus negros esclavos se reuniesen con los indios y si había algún agravio, los encomenderos debían pagarlo al indio. En realidad, la ley aspira a reducir o limitar los abusos que los encomenderos cometían con los indígenas como reiterativamente había sido denunciado por las órdenes franciscanas y dominicos.

El Título X habla sobre lo que hoy calificaríamos como la protección de los derechos humanos de los indígenas: “Del buen tratamiento de los indios”. Esta ley quería hacer realidad la esperanza de Doña Isabel de Castilla para que se tratara bien al indio y no se le cometieran agravios ni en su persona ni en sus bienes. El buen trato no implicaba que dejaran de trabajar, sino que se hiciese de forma honesta y digna para con el indio como ser dócil y obediente. De sus trabajos, los indios debían tener paga. De los maltratos hacia el indio, debían estar instruidos las autoridades españolas en América y debían ser castigados según lo ordene la ley, incluso un delito contra un indio debía ser más castigado que uno contra un español. Esto también regía para los eclesiásticos y para los negros.

El Título XI regresa al tema de la encomienda y su derecho a la sucesión. Una vez muerto un encomendero, los indios pasarían a estar bajo la jurisdicción de sus hijos si estos demuestran buen tratamiento a los indios. De no haber tenido hijos legítimos, los indios pasarían a ser de su viuda bajo las mismas condiciones. Los sucesores, hijos o hijas, debían encargarse de la manutención de sus respectivas familias.

El Título XII habla del “servicio personal” Aquí se intenta conservar la libertad natural del indígena al prohibir que hagan trabajos personales ignominiosos para los españoles o no se le permita transitar libremente por sitios públicos. Si iban a trabajar debía ser respetados sus derechos y retribuido sus servicios con pagos o lo que se llamó “su justo jornal”. Estos tampoco podían ser alquilados para trabajos indecorosos y quien lo hiciese debía ser castigado.

El Título XIII regresa al tipo de trabajo que puede y no puede hacer el indio. No puede hacer trabajos que reduzcan su condición de seres libres a condición de esclavitud.

El Título XIV continúa el mismo tema del libro XIII, es decir, de las limitaciones de los trabajos que los indígenas podrían realizar, pero en este caso en la producción de coca y añir. Los que trabajaban con coca no debían usarlas en supersticiones y hechicerías. Se regulaba la producción y consumo de coca sobre todo para Perú. La prohibición para que trabajasen con el añir era absoluta debida a los daños perjudiciales para su salud denunciado por la real audiencia.

El Título XV regula “el servicio del indio en minas”. Si los indígenas iban a trabajar en minas debían garantizárseles todas las condiciones para su buena salud, pagos, alimento, protección y hospitales por si sufrían alguna lesión. Si los indígenas iban a trabajar en las minas debía ser bajo su libre voluntad y no por imposición arbitraria.

El Título XVI versa sobre un tema particular de “los indios en Chile” donde se prohíbe el uso personal de los indios en este reino y que no sean dedicados a trabajos inhumanos en las mitas. Lo mismo va a suceder en el Libro XVII en Tucumán, Río de Planta y Paraguay. Mientras que el libro XVIII está dedicado a la regulación de los indígenas en Filipinas.

El último Título es el XIX que regula la “confirmación de encomiendas, pensiones, rentas y situaciones” Este título trata de poner orden y claridad administrativa a las cuentas de los negocios con las encomiendas, pensiones, rentas y situaciones para que puedan ser confirmadas por el Rey. Y mientras eso no se hiciese no tendrían efecto ninguna de esas actividades; “Mandamos que, de las encomiendas de indios, pensiones, situaciones y otras cualesquier rentas que se hubieren dado y dieren en las Indias, así de nuestra real caja como de los repartimientos, entretanto que los interesados no llevaren confirmación nuestra, no hagan suyos los frutos, rentas y demoras”.

Algunos expertos en la materia han señalado que todas estas leyes son un antecedente a la protección de los derechos humanos de los indígenas en América y que la Corona española siempre fue sensible ante esta realidad. Las Leyes de Indias son comparadas con la compilación de grandes leyes como las del código Justiniano. Sin embargo es importante antes señalar que el cumplimiento de estas leyes en la realidad fue violado en su mayoría y que en muchos casos perdieron vigencia tanto por los cambios de la dinastía de los Habsburgo por los Borbones y

luego por las revoluciones independentistas que las usaron, no para garantizar el derecho de los indígenas, sino para justificar o legitimar sus acciones independentistas como frecuentemente se pueden apreciar en las actas de independencia de países como Venezuela, México, Perú o Argentina, como expresión de la “leyenda negra” del dominio de España sobre estos territorios y su destrucción de las culturas ancestrales y sus derechos.

3. El reconocimiento de los derechos indígenas en los procesos constitucionales venezolano: Una breve revisión desde 1811 hasta 1999

La denuncia realizada por Fray Pedro Simón sobre la situación de exterminio de los indígenas Caribes en Venezuela en plena conquista por ser considerados antropófagos que “combaten y comen al hombre blanco” para los ojos de los españoles justificaba la “guerra justa” hacia ellos, en realidad, era una guerra de exterminio étnico. Los conquistadores tuvieron que luchar contra la resistencia de una población indígena seminómada que se diseminaba en pequeños grupos. Sin embargo, esta realidad nos deja ver lo difícil que fue para los españoles penetrar en estas tierras para buscar las riquezas que yacían en sus tierras como las perlas de la Isla de Margarita, por ejemplo, como bien lo establece Arturo Sosa:

Durante los primeros cincuenta años el territorio venezolano fue objeto del hambre de metales preciosos. No se creó ninguna economía estable fuera de la búsqueda de metales, la esclavización de los indígenas para venderlos en las Antillas y la pesca de perlas de Cubagua⁴²⁶

No pudieron los conquistadores hacer esta penetración como se hizo en México o en Perú, es decir, como encomiendas armadas, por el contrario, se pudo hacer mediante la política misionera que comienza en Venezuela 1650. Arturo Sosa ha hecho un análisis interesante sobre esta situación:

A las misiones debemos las mejores defensas del indio, las más audaces avanzadas que garantizaron las fronteras para Venezuela y las gestas más humanitarias del período colonial. A ellas debemos lo poco se ha salvado de las culturas indígenas y los pocos conocimientos que sobre ellas tenemos. Todo esto es cierto y sólo la mezquindad o los residuos de anticlericalismo pasado tratan de silenciarlo. Este reconocimiento, sin embargo, no puede llevarnos a

⁴²⁶ Arturo Sosa (1978). *Formación y Crisis de la Sociedad Colonial” (1948-1830)*. Edit. Centro Gumilla. Caracas. p. 14.

ignorar que también las misiones eran una forma de imposición de la cultura dominante y por tanto erradicación y alienación de las culturas e identidades indígenas. Sería la forma menos inhumana de conquista, pero conquista al fin, con un gran esfuerzo de transculturación llamado a hispanizar a los grupos indígenas a suplantar sus culturas. Manteniendo la distinción entre las formas de colonización, no se pueden separar completamente la empresa militar de la conquista y la empresa misionera. Ambas fueron juntas, especialmente en la zona de los llanos centrales venezolanos.⁴²⁷

Sería este movimiento misional el que se implantaría en Venezuela y el que les daría forma a las primeras ciudades del país. Aquí vinieron Capuchinos, Franciscanos, Dominicos y Agustonianos y cada una de ellas implantaría nuevos poblados. Arturo Sosa describe los principales rasgos de este régimen de misiones:

- i. Sedentarismo del indígena nómada o seminómadas divididas en pequeñas tribus enfrentadas entre sí que fueron sedentarizadas por los misioneros para poder ser conquistados y pacificados.
- ii. El conuco y el hato de la comunidad. Los misioneros introdujeron la agricultura y el pastoreo por encima de la caza, la pesca y la recolección. En torno al conuco se crearon los primeros pueblos indios donde los misioneros aprendieron sus lenguas nativas.
- iii. El régimen político: Siguiendo lo señalado por Las Leyes de Indias, en los pueblos de indios no entraba ningún español, ni negro ni mulato, únicamente el misionero que ejercía la autoridad civil y religiosa podía residir allí.
- iv. División territorial. Cada división del territorio tenía a su cargo una orden misionera diferente. Nueva Andalucía estaba a cargo de los capuchinos aragoneses. Nueva Barcelona a cargo de Franciscanos Observantes. Y la de Guayana por los capuchinos catalanes. La de los llanos de Caracas bajo los capuchinos andaluces⁴²⁸

Con base en esta política de misiones cristianas es que se puede determinar los antecedentes más importantes del Derecho Indígena Venezolano a lo largo de nuestra historia⁴²⁹.

⁴²⁷ *Ibid.*, p. 16.

⁴²⁸ *Ibid.*, p.18.

⁴²⁹ Para elaborar esta cronología hemos recurrido a: Horacio Biord Castillo (2000). *Diccionario de Historia de Venezuela*, Fundación Polar. Segundo Tomo. Caracas, pp. 773-774.

En pleno proceso de independencia Simón Bolívar se sensibilizó con respecto a la situación del indígena y el 20 de mayo de 1820 decretó que se devolvieran a las comunidades indígenas todas las tierras que formaban parte de los resguardos misionales, ya que eran ellos sus legítimos propietarios. Sin embargo, el Congreso de Cúcuta lo abolió alegando que no estaban dadas las circunstancias para repartir las tierras entre los indios todavía, que medio lo permitiera la situación las tierras serían entregadas. Bolívar se opuso a esta negativa viendo cómo los indígenas eran desalojados de sus tierras y propuso la rectificación del decreto.

Bajo el gobierno de José Antonio Páez, también se discutió el tema indígena y en 1841 El Congreso Autorizó al Ejecutivo mediante la “Ley de Reducción y Civilización de Indígenas” que se sometiera al indígena a un régimen especial en todo el territorio de la República hasta que fuesen oficialmente declarados ciudadanos por el Congreso. Esta fue una ley ignorada sistemáticamente en esos momentos.

Ya siendo presidente Guzmán Blanco, y bajo el dominio del gobierno de los liberales amarillos, se creó una nueva “Ley sobre reducción y resguardo de los indígenas”. Aquí se fijan los límites territoriales de las comunidades indígenas y se suprimen los privilegios otorgados con anterioridad a los criollos conservadores. En otras palabras, para el liberalismo venezolano decimonónico la mejor política indigenista será no tener política indigenista alguna.

Al parecer Juan Vicente Gómez alguna vez tuvo contacto personal con los caciques de las principales comunidades goajiras en su época de ganadero y comerciante, y fue bajo su gobierno cuando en 1915 se promulga la “Ley de Misiones” a la que siguió un reglamento en 1921. Aquí penetran las ideas más positivistas de la sociología, la antropología y la etnología del momento (de un Lisandro Alvarado o de un Vallenilla Lanz) con lo más fundamental de las experiencias misioneras de la colonia. En esa ley el ejecutivo delega la soberanía de los territorios asignados en los obispos y misioneros como si fuesen gobernadores políticos y religiosos. Con esto se intentaba restaurar las antiguas misiones desaparecidas durante la independencia para hacer efectiva la soberanía nacional en esos territorios para integrarlas a la nación, además de catequizar a los indígenas y ayudarlos a superar su marginalidad reagrupándolos en poblados. Pero esta Ley de Misiones jamás pudo contener los abusos contra el indígena venezolano. Los hacendados les quitaban sus tierras y los indígenas se tenían que replegar hacia zonas cada vez más alejadas.

En 1952, Marcos Pérez Jiménez instaura la “Oficina Central de Asuntos Indígenas” dependiente del Ministerio de Justicia. Ya en 1955 esta Oficina otorga permisos de asentamientos en territorios indígenas a misioneros evangélicos norteamericanos de las Nuevas Tribus y las adventistas, que han sido muy criticadas por inducir al indígena creencias religiosas fanáticas y por hacer negocios ocultos con las riquezas naturales de esos territorios.

Esta Oficina será reformada en 1959 mediante un decreto-ley del Gobierno de Rómulo Betancourt para instaurar una política nueva de carácter civil independiente de criterios religiosos.

En 1969 el presidente Rafael Caldera pone en práctica una política fronteriza que inicia una nueva etapa para el indigenismo venezolano. En ella la cuestión indígena se geopolitiza, y las políticas indigenistas pasan a estar englobadas en las políticas fronterizas. Se inicia el programa de dotación de tierras a las comunidades indígenas y se fundan empresas comunitarias en las mismas, iniciativa a cargo del Instituto Agrario Nacional dentro de la Ley de Reforma Agraria de 1960. Estas organizaciones fueron criticadas porque en muchos casos desviaron sus objetivos de reivindicaciones étnicas hacia metas político partidista. Este proyecto se conoció como “nuevo indigenismo” inspirado por antropólogos y políticos.

En 1979 el gobierno mediante el decreto 283 creó un régimen de educación intercultural bilingüe como modalidad especial del sistema educativo venezolano para atender los requerimientos educativos de las poblaciones indígenas para cumplir con el artículo 77 de la Constitución de 1961.

En 1982 se decretaron los alfabetos oficiales para varias lenguas indígenas llegando a publicar libros de lectura en lenguas indígenas para primer grado de la escuela. Entre 1982 y 1983 se llevó el primer censo indígena de Venezuela realizado por la Oficina Central de Estadística e Informáticas dependiente de la Presidencia de la República. Aquí se determinó que en Venezuela existen 27 grupos étnicos.

4. El giro constitucionalista de 1999

Como se podrá observar en esta parte, el espíritu constituyente en Venezuela ha sido muy injusto con la situación de los indígenas venezolanos, quizás, como vemos, con la excepción de la Constitución Bolivariana de 1999, con la cual se da un vuelco "constitucionalista" y no "constitucional", en el sentido de que con el adjetivo "constitucionalista" se entiende que no solamente se constituyó formalmente esa nueva Constitución de la República Bolivariana de Venezuela como norma suprema del ordenamiento, si no que con ella se logra por primera vez,

incorporar los valores y principios propios del constitucionalismo: garantizar derechos y libertades y asegurar mecanismos de control democrático del poder.

Por lo general, como se verá, se les había dejado este asunto (“indigenista”) a las iniciativas del poder ejecutivo, habiendo sido poco tratado por el poder legislativo. Por lo general se mencionan a los indígenas con la intención de ir incorporándolos a la vida nacional, equiparándolos a la condición de ciudadanos, igualándolos a los campesinos, y bajo esta figura jurídica, reconocer limitadamente y hacer entrega de algunas de las tierras que por derecho ancestral les corresponde. Un hecho singular, y ya lo habíamos apuntado más arriba, era el de reivindicar o no la existencia de misiones o de otorgarle o negarles el voto a los indígenas, pero en realidad lo que han buscado estas constituciones es no reconocerle los derechos ancestrales y sus diferencias culturales. Si se tienen que incorporar a la vida nacional, algo que siempre es un proceso gradual y lento, no será respetándole su propia cultura sino incorporándolos a la cultura nacional dominante, es decir, la liberal. El indígena es visto siempre o como un problema por resolver, o como una patología social que necesita ser curada o una víctima que necesita ser reivindicada⁴³⁰. Nunca es visto como pueblo, con sus propias tradiciones y normas, con su cultura definida y distinguible, que deben ser respetadas en su diversidad; incluso la misma Constitución Bolivariana de 1999 tendrá limitaciones en esa materia a pesar de sus avances indigenistas. Veamos.

La primera Constitución de Venezuela fue la de 1811 redactada por Francisco Ustariz y Juan Germán Rocío, la misma fue sancionada por el Congreso el día 4 de diciembre de este mismo año. En esta no se hace referencia a los pueblos indígenas, es decir, fue étnicamente monista. Los únicos artículos que se relacionan con los indígenas son los artículos 200 y 201 y que en cierta forma ratifican lo que establecían las Leyes de Indias. Estos artículos expresaban textualmente:

Artículo 200.- Como la parte de ciudadanos que hasta hoy se han denominado Indios, no han conseguido el fruto apreciable de algunas leyes que la Monarquía Española dictó a su favor, porque los encargados del gobierno en estos países tenían olvidada su ejecución; y como las bases del sistema de gobierno que en esta Constitución ha adoptado Venezuela, no son otras que la de la justicia y la igualdad, encarga muy particularmente a los Gobiernos provinciales, que así

⁴³⁰ En este apartado se ha consultado: Allan R, Brewer-Carías (2008). *Las Constituciones de Venezuela*, tomo I y II, Academia de Ciencias Políticas y Sociales, Caracas. Y: Elena Plaza, y Ricardo Combellas (2016). *Procesos constituyentes y reformas constitucionales en la Historia de Venezuela: 1811-1999*, Tomos I y II, Universidad Central de Venezuela, Caracas. Y: Rafael Arriaz Lucca (2016). *Las Constituciones de Venezuela*. Editorial Alfa. Caracas.

como han de aplicar sus fatigas y cuidados para conseguir la ilustración de todos los habitantes del Estado, proporcionarles escuelas, academias y colegios en donde aprendan todos los que quieran los principios de Religión, de la sana moral, de la política, de las ciencias y artes útiles y necesarias para el sostenimiento y prosperidad de los pueblos, procuren por todos los medios posibles atraer a los referidos ciudadanos naturales a estas casa e ilustración y enseñanza, hacerles comprender la íntima unión que tiene con todos los demás ciudadanos, las consideraciones que como aquellos merecen del Gobierno y los derechos de que gozan por el sólo hecho de ser hombres iguales a todos los de su especie, a fin de conseguir por este medio sacarlos del abatimiento y rusticidad en que los ha mantenido el antiguo estado de cosas y que no permanezcan por más tiempo aislados y aun temerosos de tratar a los demás hombres; prohibiendo desde ahora que puedan aplicarse involuntariamente a prestar sus servicios a Tenientes o Curas de sus parroquias, ni a otra persona alguna y permitiéndoles el reparto en propiedad de las tierras que les estaban concedidas y de que están en posesión, para que a proporción entre los padres de familia de cada pueblo, las dividan y dispongan de ellas como verdaderos señores, según los términos y reglamentos que formen los Gobiernos provinciales.

Artículo 201.- Se revocan por consiguiente y quedan sin valor alguno leyes que en el anterior gobierno concedieron ciertos tribunales, protectores y privilegios de menor a dichos naturales, las cuales, dirigiéndose al parecer a protegerlos, les han perjudicado sobre manera, según ha acreditado la experiencia⁴³¹.

En las siguientes constituciones, se puede asumir que los pueblos indígenas no tuvieron ningún tipo de aparición significativa para los constituyentes, considerándolos un grupo débil y sometidos a humillaciones y hasta la muerte de muchos integrantes de este grupo étnico.

Para la Constitución de 1819 no se observa ningún tipo de reconocimiento o protección para estas comunidades indígenas. Mientras que la Constitución de 1821 no solo se repiten los derechos expuestos anteriormente en la Constitución de 1811, sino que también se abolió el impuesto cobrado a los indios, los igualó a los demás ciudadanos de la República y los eximió durante cinco años del pago de los derechos parroquiales y demás contribuciones.

⁴³¹ Constitución Federal de Venezuela. Disponible en: [www. Cervantesvirtual.com](http://www.Cervantesvirtual.com)

La Constitución de 1830 y 1857, como era de esperarse, se olvidaron también de introducir alguna disposición que regule o proteja a los pueblos indígenas. El único cambio, se podría decir, es el artículo 99 de la Constitución del 1857, el cual especifica que la esclavitud estaría prohibida en Venezuela y como se asume que los pueblos indígenas son venezolanos, se hace obvia su inclusión en esta norma, pero aun así no hubo alguna norma o artículo que protegiera o nombrara a los pueblos indígenas expresamente.

En la Constitución de 1864, en el artículo 43, numeral 22, se hace constar que las poblaciones despobladas o habitadas por indígenas dependerán directamente del ejecutivo nacional: Artículo 43° Numeral 22 “Establecer con la denominación de territorios, el régimen especial con que deben existir temporalmente regiones despobladas o habitadas por indígenas no civilizados; tales territorios dependerán inmediatamente del Ejecutivo de la Unión”⁴³².

Un avance importante es que en la Constitución de 1901 se permite la libertad de cultos, aunque no hay una disposición específica al respecto, se presume por el artículo 89 ordinal 18: "Prohibir entrada al territorio de la República, de los extranjeros dedicados especialmente al servicio de cualquier culto o religión, cualquiera que sea el orden o jerarquía de que se hallen investidos. Sin embargo, el Gobierno podrá contratar la venida de Misioneros que se establecerán precisamente en los puntos de la República donde hay indígenas que civilizar"⁴³³.

Cabe destacar que en las siguientes constituciones de 1914 hasta la de 1945 se dio la eliminación a la contratación de misioneros.

En la Constitución de 1909 se hace referencia a los indígenas únicamente al crear normas sobre el proceso electoral, la cual indica textualmente en el único apartado del artículo 38: “No se permitirán en la base de la población los indígenas que viven en estado salvaje”. Lo mismo sucedió en la Constitución de 1945, ya que al reglamentar las elecciones de diputados expresa en el artículo 56: "No se computarán en la base de población los indígenas no reducidos".

En la Constitución de 1947 se da el primer anexo del indio a la vida nacional, esto no significa bajo ningún concepto que se le protegiera o se le dieran derechos individuales (ya que nunca se tomó en cuenta las condiciones individuales que estos grupos tenían), ya que para integrarlos en la sociedad deberán ser considerados como grupos vulnerables, esta disposición se encuentra en el

⁴³² Véase: La Constitución de los Estados Unidos de Venezuela de 1864, disponible en: [www. Cervantesvirtual.com](http://www.Cervantesvirtual.com)

⁴³³ Véase: La Constitución de los Estados Unidos de Venezuela de 1901, disponible en: www.angelfire.com

artículo 72: “Corresponde al Estado procurar la incorporación del indio a la vida nacional. Una legislación especial determinará lo relacionado con esta materia, teniendo en cuenta las características culturales y las condiciones económicas de la población indígena”⁴³⁴.

En la Constitución de 1961 se presume que se anexa a los indígenas en el artículo 43, el cual expresa: "Todos tienen derecho al libre desenvolvimiento de su personalidad, sin más limitaciones que las que derivan del derecho de los demás y del orden público y social". Se considera que los indígenas entran en este artículo ya que son venezolanos y cuentan con derechos positivos, pero, aun así, no se le garantizaba ningún derecho especial para anexarlo a la vida de una manera normal, o que fomente su aceptación en esta.

No es sino hasta la Constitución de 1999, cuando se reconocen de manera expresa y literal a todos los pueblos y comunidades indígenas, creando y garantizando sus derechos; buscando la protección, respeto y aceptación de estos. Así es como se considera a Venezuela como una República pluricultural. Todo esto se encuentra en el capítulo VIII, el cual está dedicado a estos grupos indígenas que por tantos años fueron exceptuados de las normas jurídicas venezolanas.

4.1. El proceso constituyente de 1999

A diferencia de los otros procesos constituyentes que debatieron principalmente temas políticos y económicos, la de 1999 debatió problemas sociales y multiculturales importantes. Este proceso constituyente tenía como misión fundamental reconfigurar la relación que existía entre un Estado controlado por los partidos políticos tradicionales y una sociedad civil que no encontraba respuestas públicas a sus problemas sociales más urgentes. Muchos sectores, sobre todos los pertenecientes a los movimientos sociales y culturales, habían sido relegados o marginados por un Estado dominado por camarillas partidistas.

En este proceso de creación constitucional se logró que estos grupos marginados y excluidos tuviesen una participación destacada y significativa, entre estos destaca el movimiento por los derechos plurales de los indígenas venezolanos, que como sostiene Cott: " En Venezuela, los indígenas introdujeron nuevos valores a las instituciones (diversidad, inclusión, ciudadanía colectiva), aseguraron un espacio permanente dentro del Estado y, en consecuencia, transformaron

⁴³⁴ Véase: La Constitución de los Estados Unidos de Venezuela de 1947, disponible en: www.americousal.es/org/legislativa/.../constituciones de Venezuela

las relaciones entre Estado y sociedad, y entre indígenas y no indígenas”⁴³⁵. Entre esos nuevos valores estuvo presente el respeto por la diversidad cultural y el reconocimiento por la igualdad de los pueblos indígenas. Tal discusión se llevó a cabo debatiendo la existencia de varias nacionalidades dentro del país a pesar de haber un Estado y una nación unitarios dominante. Pero también este proceso constituyente lograba por vez primera en Venezuela reconfigurar la relación entre el Derecho y la Sociedad al introducir el pluralismo político dentro de las discusiones por la reivindicación de los derechos de las minorías indígenas, como lo sostienen Faundes y El Fakih:

En Venezuela, a partir de la Nueva Constitución de 1999 (CNRBV), se reconocen los derechos de los pueblos indígenas y se instala el Pluralismo Jurídico como nuevo paradigma del derecho y del propio Estado. La Asamblea Constituyente del 1999 convocada por el entonces presidente Hugo Chávez, tras meses de disertaciones, propuso a la aprobación nacional y democrática un texto novedosísimo que incluía, por vez primera, el reconocimiento de los derechos de los pueblos originarios venezolanos⁴³⁶

La Constituyente venezolana de 1999 entra en lo que Raquel Irigoyen denomina el segundo ciclo del “constitucionalismo pluralista” que se desarrolla entre 1989-2005 en el que “... se incorporan un largo listado de derechos indígenas en el marco de la adopción del Convenio 169 de la Organización Internacional del Trabajo sobre Pueblos y Tribales en Países Independientes (1989). Tales derechos incluyen la oficialización de idiomas indígenas, educación bilingüe intercultural, tierras, la consulta y nuevas formas de participación, entre otros”⁴³⁷.

Las características más importantes de este ciclo son cuatro. En primer lugar, las constituciones introducen fórmulas de pluralismo jurídico, superando el monismo jurídico. En segundo lugar, se reconocen constitucionalmente autoridades indígenas, sus propias normas y procedimientos, su derecho consuetudinario y se les reconocen también funciones jurisdiccionales. De ello se desprende la tercera característica, en tanto estos reconocimientos cuestionan la visión clásica de

⁴³⁵ Van Cott, D. (2000). “Movimientos Indígenas y Transformación Constitucional en Los Andes. Venezuela. En Perspectiva Comparativa”, *Revista Venezolana de Economía y Ciencias Sociales*” Vol. 8. N°3. Sept-Dic. Caracas. p. 42

⁴³⁶ El Fakih R. & Faundes P. (2020). “Los límites del pluralismo jurídico en Venezuela: tensiones y horizontes del imaginario del Estado nación y la lucha por el reconocimiento de los pueblos indígenas”. *CUHSO* (Temuco), 30(1), p. 81 y sig.

⁴³⁷ Yrigoyen, Raquel, El horizonte del Constitucionalismo Pluralista: Del multiculturalismo a la descolonización, *Mimeo*. S/f, p. 3

soberanía y el monopolio que otorgaban las constituciones nacionales al Estado para la producción del derecho y la violencia legítima. En cuarto lugar, las constituciones de este ciclo incorporan el pluralismo jurídico desde las fuentes de producción legal del derecho, así como de la violencia legítima, en tanto la creación normativa, la administración de justicia y la organización del orden público interno son funciones que pueden ser ejercidas tanto por el Estado como por las autoridades de los pueblos indígenas. Sin perjuicio de ello, “se trata de fórmulas no exentas de limitaciones y no siempre son introducidas de modo orgánico y sistemático”⁴³⁸.

La Constitución de 1999 fue la principal promesa electoral Hugo Chávez Frías en las elecciones de 1998 y en ella no sólo prometía crear un nuevo orden normativo nacional sino también refundar la República que nos sacaría de una crisis ética, moral y material que agobiaba a todos los venezolanos. La Conformación de la Asamblea Nacional Constituyente tendría esa doble labor y para ello tomó el control de todos los poderes públicos por ser soberana y originaria. Y a pesar de que la Constitución de 1961 no establecía el llamado a la conformación de una Constituyente vía referéndum, el Tribunal Supremo de Justicia aceptó realizar una consulta popular para ver si el pueblo quería o no una nueva Carta Magna. El 2 de febrero de 1999 se publicó un decreto que convocaría dicho referendo para responder a dos preguntas básicas:

Primera: ¿Convoca usted una Asamblea Nacional Constituyente con el propósito de transformar el Estado y crear un nuevo ordenamiento jurídico que permita el funcionamiento efectivo de una Democracia Social y Participativa?

Segunda: ¿Autoriza usted al presidente de la República para que mediante un Acto de Gobierno fije, oída la opinión de los sectores políticos, sociales y económicos, las bases del proceso comicial en el cual se elegirán los integrantes de la Asamblea Nacional Constituyente?”. Dicho referéndum fue fijado para el 25 de abril, tuvo una participación de 4.137.509 electores, en los cuales los votos a favor del “SI” fueron de 92,4%, mientras que los votos a favor del “no” fueron de 7,6%. La redacción de la Constitución comenzó el 2 de septiembre, para esta tarea se crearon aproximadamente 20 comisiones en las cuales se repartirían esta tarea, es decir, cada comisión debía redactar una parte de la Constitución. La comisión numero 16 estaba reservada para los pueblos indígenas y se llamaba “Comisión de los

⁴³⁸ *Ibid.*, p.4

Derechos de los pueblos Indígenas y la relación del Estado con los pueblos Indígenas⁴³⁹.

Lo más importante de este proceso era poder crear un consenso básico entre todos los pueblos indígenas y hacerlos entender de la importancia de la Constituyente para reclamar sus derechos y poder tener delegados indígenas que dejaran sus intereses particulares a un lado para hacer valer los derechos colectivos de todos los pueblos indígenas del país. Pero hay que reconocer que si se incorporaron en las agendas de discusiones los derechos de los pueblos indígenas fue porque los mismos indígenas lucharon arduamente para lograr esta meta antes de establecerse la constituyente, ya que en la década de los ochenta y noventa, ellos habían sufrido los embates más violentos de las medidas económicas estructurales del neoliberalismo en esta región, como lo establece la politóloga y jurista venezolana, experta en temas indígenas, Linda Bustillos:

En Venezuela, la década de los noventa marcó fuertemente a los territorios indígenas por la implementación de las políticas neoliberales. Es así como, “(...) el Estado venezolano estaba empeñado en promover el desarrollo de la minería en la Sierra de Perijá y en los ríos Cuyuní, Caroní y Cuchivero, la extracción maderera en la reserva forestal de Imataca, la materialización del desarrollo hidroeléctrico en Guayana y la promoción del turismo ecológico y de aventura en todo el país (...)”. Frente a este panorama los indígenas comenzaron sus movilizaciones por todo el país, apoyados por redes de ONG. En el caso del tendido eléctrico, estos grupos humanos interpusieron una demanda contra el Estado ante la Sala Constitucional del Tribunal Supremo de Justicia quedando desestimada, estos grupos también accedieron a instancias internacionales como el Consejo de Derechos Humanos. Este contexto hizo posible el fortalecimiento de las organizaciones indígenas de base vislumbrándolas como un actor social importante en la política nacional⁴⁴⁰.

De la misma forma y como señala Donna Lee Van Cott al respecto, los grupos indígenas se organizaron alrededor del Consejo Nacional Indio de Venezuela (CONIVE)⁴⁴¹ y con el apoyo

⁴³⁹ Bustillos Linda (2016). *Del Estado-Nación Al Estado-Plurinacional Inconcluso. Una mirada de los Derechos Indígenas en América Latina. Estudio Comparado entre Bolivia, Ecuador y Venezuela* Tesis Doctoral. Universidad Autónoma de Madrid, pp. 41-60.

⁴⁴⁰ *Ibid.*, p.343.

⁴⁴¹ Según la información aportada por Van Cott: “La federación indígena más antigua e institucionalizada es la Federación Indígena del Estado Bolívar (FIB) fundada en 1973. Ésta fue la principal responsable de la formación, en

institucional de la Dirección de Asuntos Indígenas (DAI) para realizar un Congreso Nacional Indígena en Ciudad Bolívar el 21 y el 25 de marzo de 1999 que era “Era la asamblea más grande jamás convocada en Venezuela a iniciativa de los propios indígenas. Los participantes eligieron delegados para representar a tres regiones geográficas: Noelí Pocaterra, una wayúu, para el occidente; José Luis González, un pemón afiliado a la FIB (Federación Indígena del Estado Bolívar), para oriente; y Guillermo Guevara, un jivi y coordinador de Orpia, para el sur⁴⁴². Con ello se elegían a los tres delegados indígenas de los 131 que estarían presentes en la Asamblea Nacional Constituyente como había sido anunciado el 10 de marzo de ese año. Y de esta forma dejaba de ser Venezuela el único país de América Latina que no daba un paso adelante hacia la multiculturalidad.

Un hecho por destacar es que Acción Democrática se opuso a esta representación y solicitó realizar otra nueva reunión para elegir nuevos delegados. Pero en una reunión convocada por el Concejo Nacional Indio de Venezuela (CONIVE) y el Consejo Nacional Electoral se prohibió la representación de partidos tradicionales y se reeligieron los mismos tres delegados⁴⁴³. Y como sostiene la misma Van Cott “Atala Uriana Pocaterra, una wayúu, ex ministra de Ambiente del gobierno de Chávez (y así la primera representante indígena en ocupar un puesto en el gabinete) para Zulia; y Liborio Guarulla, un baniba, activista de Orpia y coordinador regional de La Causa R para Amazonas⁴⁴⁴.

Los hechos más importantes a destacar en esta situación fue la forma como se excluyeron a los partidos tradicionales de la elección de los delegados indígenas y como al mismo tiempo se aliaron con el gobierno del presidente Chávez, como lo ha revelado la Dra. Linda Bustillos:

La propuesta de las reivindicaciones indígenas estuvo muy ligada al discurso de gobierno, los asambleístas indígenas entregaron la propuesta de la CONIVE demostrando una fuerte unidad en sus reivindicaciones. El proyecto que se entregó era para la conformación de un país multiétnico con demandas de carácter territorial. En este punto, tanto los constituyentes de la oposición como del gobierno, principalmente su ala militar, demostraban fuertes temores y resistencias

1989, del Consejo Nacional Indígena de Venezuela (Conive) que pasó a integrarse a la Confederación Campesina dominada por el partido Acción Democrática (AD)” de entonces. Cfr./ Van Cott. Op. cit. Pp. 44-45.

⁴⁴² *Ibid.*, p.48.

⁴⁴³ *Ibid.*

⁴⁴⁴ *Ibid.*

hacia un cambio que pasara por el reconocimiento del territorio. A pesar de ello y por el margen de cabildeo político, se logra aprobar con sus debilidades y limitaciones jurídicas un capítulo que reconoce derechos indígenas incluyendo el territorial, en virtud que la oposición era minoría y el chavismo habría logrado obtener 123 asambleístas⁴⁴⁵.

Es de acotar que estas comisiones indígenas contaron con el apoyo de la Asamblea Constituyente y de la Dirección de Asuntos Indígenas (DAI) con los que pudieron contratar los servicios de la antropóloga chavista Beatriz Bermúdez y de realizar trabajos de campo en los pueblos indígenas, como sostiene Van Cott:

Durante las deliberaciones de la asamblea, las organizaciones indígenas venezolanas efectuaron una estrategia activa de educación del público y de presiones externas. Parte de esta estrategia consistió en la ocupación de espacios públicos. Durante todo el tiempo de las deliberaciones, los indígenas mantuvieron una presencia permanente en el patio del edificio de la asamblea con sus cantos, danzas y vestidos tradicionales” para llamar la atención de los medios de comunicación⁴⁴⁶

Esta comisión indígena no solamente era aliada estratégica del presidente Chávez, también contó con el apoyo de otras comisiones constituyentes como las de Ambiente y la de los Derechos Humanos, pero también de la Iglesia católica.

Pero no todo fue positivo, y las discusiones sobre los derechos indígenas fueron fuertemente debatidas y atacadas. La propuesta de Conive sobre el Estado multiétnico y sus derechos territoriales se confrontaron con la visión conservadora de la oposición y de las fuerzas armadas porque alegaron que “el fantasma de la secesión acechaba a la realidad multicultural”⁴⁴⁷. La Comisión de Seguridad y Defensa adujo que lo que buscaban los indígenas era desmembrar al Estado por los intereses de las ONG, la iglesia y actores transnacionales manipulando a los grupos indígenas⁴⁴⁸. Pero el Ministro de Relaciones Exteriores José Vicente Rangel disipó la duda y opinó

⁴⁴⁵ *Ibid.*, p.348.

⁴⁴⁶ *Ibid.*, p. 51.

⁴⁴⁷ Véase: Vladimir Aguilar (2010). “La cuestión indígena en Venezuela a partir de 1999.” *Periódico digital Aporrea*. Disponible en: <https://www.aporrea.org/>

⁴⁴⁸ *Ibid.*, p.54.

por medios televisivos que el reconocimiento a los indígenas como “pueblos” no significaba ni a la soberanía ni a la integridad territorial de la nación como temían los militares⁴⁴⁹.

Palabras como “pueblos indígenas” “tierras indígenas” o “nación indígena” fueron fuertemente debatidas y objetadas en las discusiones plenarias como lo establece Linda Bustillos:

La relevancia del lenguaje motivó al debate y a la puesta en escena de distintos actores. Para el caso de Venezuela, resultó interesante la discusión entre tierra y territorio, pues los indígenas reivindicaban el último tal y como estaba contemplado en la legislación internacional sobre la materia. Los que tenían duda sobre estas demandas y la fragmentación del Estado sugirieron que finalmente se escribiera como hábitat y tierra, ganando esta última postura⁴⁵⁰.

Algunos debates dentro de la constituyente fueron logros para el multiculturalismo indígena, pero otros, como el de ¿tierras o territorios? No. Y de la misma forma el movimiento indígena venezolano tuvo sus fortalezas y sus debilidades. ¿Cómo se fortalecieron? Como ha acotado van Cott no era de esperarse que teniendo Venezuela el movimiento indígena más débil de América Latina lograra tantas reivindicaciones dentro de la Constituyente de 1999. Donna Lee Van Cott identifica tres elementos claves que podrían explicar tal éxito como un cambio en la estructura de oportunidades y restricciones para la acción colectiva: 1) Apoyo de aliados claves (el Presidente Chávez, José Vicente Rangel y su gobierno; haciendo coaliciones con otras comisiones de la ANC como la comisión ambiental o la de los derechos humanos; llevando propuesta concretas que habían sido previamente debatidas en congresos indígenas); 2) Una fractura de la elite dominante tradicional (Acción Democrática y Copei); y 3) El papel jugado por “tendencias y eventos internacionales en el forjamiento de las instituciones y alineamientos internos”, es decir, la influencia de otros movimientos indígenas de la región y de procesos constitucionales de otros países que como Bolivia o Ecuador⁴⁵¹ que incluyeron los derechos indígenas, influyeron positivamente en Venezuela ⁴⁵². A esto se le suma el prestigio y el respeto que progresivamente

⁴⁴⁹ Cfr./ Ministerio de Relaciones Exteriores, *El Universal*, 2-11-99 Caracas, 1999, p. 10.

⁴⁵⁰ Bustillos, L. Ob. Cit. p.351.

⁴⁵¹ Cfr. Van Cott, Ob. Cit. Pp.42-43.

⁴⁵² En este sentido es bueno tener en cuenta lo que acota Aparicio W., M.: “En el plano internacional, deben destacarse avances como la aprobación de la declaración de los derechos de los Pueblos Indígenas de naciones unidas (septiembre de 2007); la instauración del Foro Permanente sobre Cuestiones Indígenas; la creación de la relatoría especial sobre derechos indígenas; o la adopción en 1989 del Convenio núm. 169 de la organización Internacional de Trabajo (OIT), sobre pueblos indígenas y tribales en países independientes” Estos dos últimos tuvo un impacto positivo en el constitucionalismo indígena venezolano de 1999. Cfr. Aparicio W., M., (2019), ob. cit., p. 128.

había ganado Noelí Pocaterra como luchadora en los medios y en la Asamblea que, junto con sus discursos apasionados, consolidaron las reivindicaciones indígenas en la Constituyente.

Pero no todo fue efectivo, y a pesar de que se haya logrado incorporar a la constitución del 99 los derechos indígenas e incorporar ciertos aspectos del pluralismo jurídico, en la realidad no se trasciende de la estructura estatal y de su monismo jurídico (más adelante veremos con más detalles como a cada reivindicación multiétnica dentro de la Constitución, el Estado impone algún tipo de objeción o de control gubernamental). Y a pesar de las reivindicaciones logradas, aún seguían anclados en los viejos poderes tradicionales, como sostiene reflexivamente Bustillos:

No obstante, para que la plurinacionalidad se erija como modelo de Estado alternativo, es necesario un nuevo proceso constituyente sin tensiones ni dilemas, cuyo resultado sea una Constitución pactada entre iguales, con proyectos comunes, enfocados en el bien común de la nación pluri y diversa, es decir, escrita y pensada sin resentimientos desde el ámbito de la interculturalidad. Implicaría también una nueva noción de democracia sustentada no en la *raison de Etat* sino en la razón del demos⁴⁵³

4.2. Reconocimiento de los Pueblos Indígenas en Venezuela

Para nadie es un secreto que la diversidad cultural es una característica muy notoria de todas las sociedades actuales, la cual se produce por una diversidad de factores. Atender toda esta diversidad implica la creación de normas jurídicas constitucionales, leyes o incluso políticas prácticas que incluyan a todas estas diversas sociedades y culturas que muchas veces no cuentan con el apoyo o el consenso de todos los factores políticos o de poder nacional. Todo el procedimiento para reconocer los derechos indígenas en la Constitución venezolana de 1999 se vio sometido a ciertas dificultades: Falta de apoyo político a los problemas de los indígenas; problemas con la fuerza militar, oposición de los dirigentes políticos y del sector opositor al recién electo Hugo Chávez que vieron en este proceso un peligro inminente a sus intereses económicos amparados en el liberalismo operante hasta el momento.

Indudablemente en Venezuela se celebró un avance importante en relación con el reconocimiento de los derechos de los pueblos indígenas cuando fueron reconocidos por la Asamblea Nacional Constituyente de 1999, una vez que se realizaron los debates en los cuales se expusieron

⁴⁵³ Bustillos, L. (2016). Op. Cit. p. 353.

suficientes razones por parte de las Comisiones de Derechos de los Pueblos Indígenas, sobre la importancia de su inclusión en esta nueva Constitución, alegando argumentos como estos pueblos ameritan una protección especial porque son diferentes al resto de la población e históricamente han sido oprimidos, excluidos y discriminados. Además, esta comisión presentó propuestas de derechos que habían sido debatidos y reclamados, luchados y demandados por parte de los mismos indígenas en sus diferentes asambleas. Como dijo Noelí Pocaterra invocando el derecho de esos pueblos a la existencia:

Hablo a mis hermanas y hermanos constituyentes, hablo a mi país y en especial a mis hermanos indígenas. Al reconocer la preexistencia de los pueblos indígenas, invocamos el derecho de existir porque antes de la conformación de los estados nacionales, es el derecho originario, es el derecho histórico que tenemos. Cuando hablamos de un país multiétnico y pluricultural, es una clara aceptación de la diversidad y de la diferencialidad cultural⁴⁵⁴.

Sin embargo, el debate real apunta cada vez más a la efectividad del reconocimiento de la identidad cultural de estos pueblos por parte de la cultura políticamente dominante o ¿si sólo fue un ardid político para politizar e ideologizar a estos pueblos? En realidad, estos pueblos indígenas parecen condenados a la invisibilidad, aun por encima del reconocimiento legal. Sus derechos ancestrales, sus territorios y sus tradiciones y costumbres no han venido siendo respetados en la práctica en medio de la sociedad venezolana, y jurídicamente tampoco. Los indígenas venezolanos continúan marginados y siguen en proceso de extinción. Por problemas políticos, los diputados indígenas electos democráticamente en el 2015 quedaron fuera de la Asamblea Nacional por una decisión parcializada del Tribunal Supremo de Justicia y todavía no han sido restituidos o electos los nuevos representantes. Siguiendo la propuesta de Charles Taylor del “derecho al reconocimiento en condiciones de igualdad”, a estos no se les reconoce como un igual sino como una cultura inferior llena de supersticiones y de prejuicios. Decir “indio” en Venezuela sigue significando marginado, un individuo sin derechos reales que vive en situación de pobreza, abandonado a una naturaleza expoliada, sin trabajo y pasando necesidades. La “política del reconocimiento igualitario” no ha sido tan efectiva como se expresaba en el texto constitucional, más ha sido efectiva “la política de

⁴⁵⁴ *Ibid.*

la diferencia discriminatoria”, como sostiene Jorge Arellano de La Universidad Simón Bolívar de Caracas:

El reconocimiento de los derechos indígenas en la Constitución de 1999 de Venezuela supone una tensión conceptual en la forma de concebir la ciudadanía: significa el tránsito de una ciudadanía homogénea a otra de carácter multicultural. Sin embargo, la realización de esos derechos ha encontrado dificultades prácticas relativas a la titulación de tierras, carencia de respaldo político a los intereses indígenas, conflictos con las fuerzas armadas, entre otros, que hacen perder de vista los problemas conceptuales que subyacen al reconocimiento y la construcción de ciudadanía.⁴⁵⁵

4.3. Derechos Indígenas en la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela

La Constitución de 1999⁴⁵⁶, comparada con otras constituciones venezolanas, efectivamente desde el punto de vista jurídico, dio un salto paradigmático y reconoció los derechos sociales de las comunidades indígenas hasta ese momento ignorados, de tal forma que se puede afirmar que ciertamente hemos venido presenciando una apertura gradual, en la letra, pero incompleta en la práctica, hacia el reconocimiento de los derechos de los pueblos indígenas originarios. Veamos los avances primero:

Desde el Preámbulo de la Constitución se reconoce la existencia de que Venezuela es una sociedad multiétnica y pluricultural. En el artículo 9 de la Carta Magna se reconoce el uso oficial de los idiomas indígenas y se exige su respeto en todo el territorio nacional por ser “patrimonio cultural de la Nación”. Pero lo que para el Estado puede ser “patrimonio cultural nacional” para las comunidades indígenas es su forma natural de comunicación en la que basan su existencia de vida, transmiten sus valores y organizan la convivencia social y aplican sus derechos ancestrales más que todo por vía de la tradición oral y consuetudinaria. Un artículo importante en la Constitución de 1999 es el número 100, el cual expresa textualmente la importancia que tiene la interculturalidad y se garantiza el derecho a la misma: “Las culturas populares constitutivas de la venezolanidad

⁴⁵⁵ Jorge Arellano (2016). “Derechos de los Pueblos Indígenas en Venezuela y el problema del reconocimiento”. *Anthropologica* vol.34, no.36 Ene./jun. Lima. p. 113.

⁴⁵⁶ Todos los artículos han sido extraídos de: “La Constitución de La República Bolivariana de Venezuela de 1999” con la Enmienda N.º 1 aprobada por el Pueblo Soberano, mediante Referendo Constitucional, a los quince días del mes de febrero de dos mil nueve. Año 198º de la Independencia, 149º de la Federación y 11º de la Revolución Bolivariana. Disponible en: www.asambleanacional.gob.ve

gozan de atención especial, reconociéndose y respetándose la interculturalidad bajo el principio de igualdad de las culturas. La ley establecerá incentivos y estímulos para las personas, instituciones y comunidades que promuevan, apoyen, desarrollen o financien planes, programas y actividades culturales en el país, así como la cultura venezolana en el exterior...”.

Incluso, y esto es una novedad, el capítulo VIII de la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela y más específicamente el artículo 125 reconoce el derecho de los pueblos indígenas a tener su representación en la Asamblea Nacional garantizada por el Estado, aunque en la práctica esto sea violado.

El Capítulo octavo de la Constitución Bolivariana recoge toda la normativa de los Derechos de los Pueblos Indígenas desde el artículo 119 hasta el 126. Sin embargo, de los siete artículos existentes en esta materia, en seis aparece expresamente el centralismo estatal lo cual limita el derecho al reconocimiento igualitario.

En el artículo 119 el Estado reconoce la existencia de los pueblos y comunidades indígenas, así como sus costumbres, habitad y tierras ancestrales, pero sólo el Estado, a través del poder Ejecutivo demarcará y garantizará el derecho a la propiedad colectiva de sus tierras con la “participación” de los pueblos indígenas.

El Artículo 120 versa sobre los recursos naturales y su aprovechamiento por parte del Estado que se hará informando a la comunidad y pueblos indígenas. Con la discusión del “arco minero” donde el Estado negocia la explotación de los recursos naturales con compañías canadienses y chinas, el Estado viola completamente este artículo ya que no participó a estas comunidades los negocios llevados a cabo por el Ejecutivo Nacional sin participación de los pueblos indígenas afectados.

El artículo 121 trata sobre la identidad étnica y cultural de los pueblos indígenas, pero le corresponde al centralismo del Estado fomentar la valoración y difusión de culturales de los pueblos indígenas.

En el artículo 122, el Estado reconoce el derecho a la salud integral de los pueblos indígenas según sus prácticas y costumbres, pero sólo el centralismo estatal “reconocerá su medicina tradicional y las terapias complementarias, con sujeción a principios bioéticos”

El artículo 123 trata sobre las prácticas económicas y laborales de los pueblos indígenas reconocidas por el Estado, pero sólo el centralismo Estatal “garantizará a los trabajadores y trabajadoras de los pueblos indígenas el goce de los derechos que confiere la legislación laboral”.

Y si bien en el artículo 124 no aparece explícitamente el Estado con respecto al derecho de propiedad intelectual de los pueblos indígenas, hay una prohibición expresa donde el Estado “prohíbe el registro de patentes sobre estos recursos y conocimientos ancestrales” Pero nada habla este capítulo octavo de la justicia indígena, de sus autoridades ancestrales, sólo se imponen las autoridades estatales centrales debidamente reconocidas por el Estado.

El artículo 125 reconoce la participación política de los pueblos indígenas, pero sólo el centralismo del Estado “garantizará la representación indígena en la Asamblea Nacional y en los cuerpos deliberantes de las entidades federales y locales con población indígena, conforme a la ley”.

Finalmente, el artículo 126 reconoce la existencia de los pueblos indígenas solo como parte de la nación, del Estado y del pueblo venezolano y es su obligación resguardar la integridad de la soberanía nacional.

Sin embargo, existen otros artículos donde también se regulan las actividades de los pueblos indígenas en la Constitución del 99:

Artículo 156: " Es de la competencia del Poder Público Nacional: Aparte 33: La legislación en materia de derechos, deberes y garantías constitucionales; la civil, mercantil, administrativa, ambiental, energética; penal, penitenciaria, de procedimientos y de derecho internacional privado y público; la de elecciones; la de expropiación por causa de utilidad pública o social; la económica y financiera; la de crédito público; la de propiedad intelectual, industrial y de derecho de autor o autora; la del patrimonio cultural y arqueológico; la agraria; la de inmigración y poblamiento; la de pueblos indígenas y territorios ocupados por ellos".

Artículo 166: "En cada Estado se creará un Consejo de Planificación y Coordinación de Políticas, presidido por el Gobernador o Gobernadora e integrado por los Alcaldes o Alcaldesas, los directores o directoras estatales de los ministerios; y una representación de los legisladores elegidos o legisladoras elegidas por el Estado a la Asamblea Nacional, del Consejo Legislativo, de los concejales o concejalas y de las comunidades organizadas, incluyendo las indígenas donde las hubiere. El mismo funcionará y se organizará de acuerdo con lo que determine la ley."

Artículo 169: Establece que la organización de los municipios y demás entidades locales se regirá por la Constitución y por lo que establezca la respectiva Ley Orgánica. La cual, establecerá diferentes regímenes para su organización, gobierno y administración... En particular, las opciones para la organización del régimen de gobierno y administración local que corresponderá a los Municipios con población indígena.

Artículo 181: Al identificar y establecer los Terrenos, Ejidos, dispone que..."Quedarán exceptuadas las tierras correspondientes a las comunidades y pueblos indígenas".

Artículo 186: En cuanto a la Asamblea Nacional, establece: "Los pueblos indígenas de la República Bolivariana de Venezuela elegirán tres diputados o diputadas de acuerdo con lo establecido en la ley electoral, respetando sus tradiciones y costumbres. Cada diputado o diputada tendrá un suplente, escogido o escogida en el mismo proceso".

Artículo 260: "Las autoridades legítimas de los pueblos indígenas podrán aplicar en su hábitat instancias de justicia con base en sus tradiciones ancestrales y que sólo afecten a sus integrantes, según sus propias normas y procedimientos siempre que no sean contrarios a esta Constitución, a la ley y al orden público. La ley determinará la forma de coordinación de esta jurisdicción especial con el sistema judicial nacional".

Artículo 281: Entre las atribuciones del Defensor o Defensora del Pueblo, se establece en el Numeral 8: "Velar por los derechos de los pueblos indígenas y ejercer las acciones necesarias para su garantía y efectiva protección".

Artículo 327: "La atención de las fronteras es prioritaria en el cumplimiento y aplicación de los principios de seguridad de la Nación. A tal efecto, se establece una franja de seguridad de fronteras cuya amplitud, regímenes especiales en lo económico y social, poblamiento y utilización serán regulados por la ley, protegiendo de manera expresa los parques nacionales, el hábitat de los pueblos indígenas allí asentados y demás áreas bajo régimen de administración especial."

5. Otros instrumentos jurídicos nacionales. La Ley Orgánica de Pueblos y Comunidades Indígenas. Jurisprudencia

Además de la regulación constitucional, en Venezuela hemos sido testigo de un verdadero impulso de desarrollo legislativo, cuando menos al comienzo, inspirado tal vez en las promesas de políticas públicas respaldadas por el recién estrenado texto constitucional. Es importante, a los efectos de determinar la efectiva presencia del pluralismo jurídico en Venezuela, hacer una revisión de estas

disposiciones y contrastar en ellas la identificación de los pueblos indígenas como sujetos de derecho efectivo, el reconocimiento a sus sistemas jurídicos, a los mecanismos de coordinación entre estos diversos sistemas y los demás derechos puestos en escena a partir de una delimitación territorial y reconocimiento y respeto de sus espacios geográficos y de las riquezas presentes en ellos.

De cara a esto se propone una relación de los diversos elementos del ordenamiento jurídico nacional que nos puede hablar, efectivamente de la presencia de un pluralismo jurídico en Venezuela:

i. Ley aprobatoria del Convenio núm. 169 de la OIT sobre los Pueblos Indígenas y Tribales: La aprobación de este convenio surte efectos internacionales en cuanto a Venezuela y fue adoptado en la conferencia general de la organización internacional del trabajo el 27 de junio de 1989, convocada en Ginebra. Su objetivo es disminuir o prevenir la discriminación, ya que causaba gran impresión para la fecha que en muchas partes del mundo los pueblos indígenas ni siquiera gozaban de los derechos fundamentales o básicos. Cuenta con 44 ítems que regulan todo lo que se refiere a la organización político- territorial de los pueblos indígenas en países independientes.

ii. Ley de demarcación y garantía del hábitat y tierras de los pueblos indígenas: Fue publicada en Gaceta Oficial el 28 de julio del 2008, la misma tiene por objeto regular, promover y fortalecer el uso, revitalización, preservación y fomento de los idiomas indígenas. Esta ley califica a los idiomas indígenas como patrimonio cultural de los pueblos y comunidades indígenas, de la Nación y de la humanidad. Debe propiciar la creación y sostenimiento de medios de comunicación creados y administrados por pueblos indígenas para la difusión de los idiomas indígenas. Parte de la cultura de cualquier país son los diferentes idiomas que en él se hablan, por lo general, acostumbramos a ver que estos idiomas son respetados e incluso promovidos, pero en el caso indígena no fue así hasta la creación de la Constitución de 1999 en su artículo 9:

Artículo 9. El idioma oficial es el castellano. Los idiomas indígenas también son de uso oficial para los pueblos indígenas y deben ser respetados en todo el territorio de la República, por constituir patrimonio cultural de la Nación y de la humanidad

Esta ley busca la promoción de los idiomas indígenas como parte del respeto que se le otorga a las diferentes culturas aceptadas y ratificadas en Venezuela, además especifica que se debe enseñar los diferentes idiomas indígenas en todas las escuelas y planteles ubicados en zonas indígenas,

además de la creación de un Consejo de Idiomas Indígenas el cual está encargado de todas las diferentes actividades que se realizaran y serán dirigidas a los pueblos indígenas, con el objetivo de preservar todos los diferentes lenguajes indígenas que se hablen en el país.

Esta ley cuenta con 22 artículos, repartidos en cuatro capítulos: 1. Disposiciones fundamentales, 2. Del procedimiento, participación y consulta para la demarcación, 3. Ámbito de aplicación, 4. Disposiciones finales. Busca demarcar y salvaguardar todas las tierras que desde hace millones de años les han pertenecido a las poblaciones indígenas, y lo consagra en su primer artículo:

Esta Ley tiene por objeto, regular la formulación, coordinación y ejecución de las políticas y planes relativos a la demarcación del hábitat y tierras de los pueblos y comunidades indígenas a los fines de garantizar el derecho a las propiedades colectivas de sus tierras consagrados en la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela.

iii. Ley aprobatoria del Convenio Constitutivo del Fondo para el Desarrollo de los Pueblos Indígenas de América Latina y El Caribe: Este convenio fue realizado en Madrid el 24 de Julio de 1992, en su primer artículo especifica el objeto y funciones del mismo, como su objeto principal es está el apoyar los procesos de autodesarrollo de los pueblos, comunidades y organizaciones indígenas de la América Latina y del Caribe (a los que denomina “Pueblos Indígenas”) y sus funciones principales son: 1- Crear instancias de diálogo para el desarrollo de políticas relacionadas con el tema. 2- Regularizar recursos para proyectos y programas con los pueblos indígenas. 3- Suministrar recursos de asistencia para apoyar la investigación de los Pueblos Indígenas y sus organizaciones:

Se entenderá por la expresión "Pueblos Indígenas" a los pueblos indígenas que descienden de poblaciones que habitaban en el país o en una región geográfica a la que pertenece el país en la época de la conquista o la colonización o del establecimiento de las actuales fronteras estatales y que, cualquiera que sea su situación jurídica, conservan todas sus propias instituciones sociales, económicas, culturales y políticas, o parte de ellas.

Además, la conciencia de su identidad indígena deberá considerarse un criterio fundamental para determinar los grupos a los que se aplican las disposiciones del presente Convenio Constitutivo. La utilización del término Pueblos en este Convenio no deberá interpretarse en el sentido de que tenga implicación alguna en lo que atañe a los derechos que pueda conferirse a dicho término en el Derecho Internacional.

iv. Ley de Patrimonio Cultural de Pueblos y Comunidades Indígenas: Fue publicada el 6 de febrero de 2009. El objetivo principal de esta ley es garantizar el patrimonio cultural de los pueblos indígenas conforme a los usos, prácticas, costumbres, tradiciones, y expresiones. Además, busca fomentar y enriquecer todo lo referente a expresiones culturales típicas de las tribus venezolanas. Busca también proteger el patrimonio vivo de los ancianos y ancianas, ya sea a través de cantos, leyendas, creencias o alguna forma de expresión cultural.

Esta ley entra en vigencia el 6 de febrero de 2009 en Gaceta Oficial 39.115, cuenta con 38 artículos los cuales están repartidos en 10 capítulos: 1- Disposiciones generales, 2- Fomento y Difusión del Patrimonio Cultural de los Pueblos y Comunidades Indígenas, 3- Protección del Patrimonio Cultural de los Pueblos y Comunidades Indígenas, 4- Promoción y Difusión del Patrimonio Cultural de los Pueblos y Comunidades Indígenas, 5- Participación en la Economía, 6- Inventario del Patrimonio Cultural de los Pueblos y Comunidades Indígenas, 7- Registro del Patrimonio Cultural de los Pueblos y Comunidades Indígenas, 8- Prohibiciones, 9- Responsabilidades y Sanciones, 10- Disposición final. Su objetivo fundamental es el establecimiento de condiciones necesarias para salvaguardar el patrimonio cultural de los pueblos indígenas, tal como surge del primer artículo

Es importante aclarar que esta ley es una ratificación al respeto y aceptación de diferentes tipos de expresiones culturales indígenas, los cuales se especifican en el artículo 4:

- i. Medicina tradicional y prácticas o terapias complementarias, los conocimientos ancestrales y tradicionales asociados a los recursos genéticos y biodiversidad, y demás conocimientos originarios de interés vital.
- ii. Elaboración, procesamiento y combinación de elementos naturales, confecciones y sus técnicas.
- iii. Diseños y símbolos.
- iv. Música, instrumentos musicales, danzas y sus formas de ejecución.
- v. Lugares sagrados o de cultos, cosmovisión, espiritualidad y creencias.
- vi. Conocimiento tradicional sobre las propiedades de la tierra, flora y fauna, sus usos y prácticas.
- vii. Manifestaciones y expresiones de artes.
- viii. Pedagogía indígena, deportes, recreación y juegos tradicionales.

- ix. Tecnologías e innovaciones científicas y artísticas.
- x. En general, todos aquellos conocimientos, saberes y tradiciones ancestrales que conforman su expresión histórica, cosmológica y cultural, oral o escrita.

Esta ley, al buscar la integración del indígena en la sociedad venezolana, se constituye en una piedra angular para la garantía del respeto a todos los aspectos de la vida de las comunidades indígenas, y uno de esos factores importantes es su patrimonio cultural, forma de expresión que se debe preservar y garantizar de forma libre y segura.

v. Ley del Artesano Indígena: En Esta ley pretende velar por los derechos de todos los ciudadanos y ciudadanas indígenas que se dediquen a la artesanía, además que garantiza su protección, así como la promulgación de este tipo de actividades artesanales. Cuenta con 34 artículos, divididos siete capítulos. Tal como lo expresa en su artículo 1: “La presente Ley tiene por objeto garantizar los derechos de los artesanos y artesanas indígenas, así como proteger, fomentar, promover, organizar y fortalecer la actividad artesanal indígena en todas sus fases, a fin de lograr el bienestar integral de los artesanos y artesanas indígenas y de sus familias.”

vi. Ley Orgánica de los Pueblos y Comunidades Indígenas: Publicada el 27 de diciembre del 2005 en Gaceta Oficial de la República Bolivariana de Venezuela n° 38.344. Es importante señalar esta ley como el documento jurídico más importante desde el punto de vista indigenista, luego de la Constitución de 1999, ya que con ella se reconoce efectivamente a los pueblos y comunidades indígenas existentes en Venezuela, siempre buscando la garantía de sus derechos y aceptando los tratados internacionales que surtan efectos en esta materia. Es el marco jurídico más importante a partir del cual podemos afirmar la existencia real de un pluralismo jurídico en Venezuela. Veamos. Cuenta con 166 artículos los cuales se dividen en nueve títulos: 1- Disposiciones fundamentales 2- Del hábitat y tierras de los pueblos y comunidades indígenas. 3- De los derechos civiles y políticos. 4- De la educación y la cultura. 5- De los derechos sociales. 6- De la economía de los pueblos y comunidades indígenas. 7- De la administración de justicia. 8- Del ente ejecutor de la política indígena del país. 9- Disposiciones transitorias, derogatorias y finales.

Artículo 1. El Estado venezolano reconoce y protege la existencia de los pueblos y comunidades indígenas como pueblos originarios, garantizándole los derechos consagrados en la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela, los tratados, pactos y convenios internacionales y otras normas de aceptación

universal, así como las demás leyes de la República, para asegurar su participación activa en la vida de la Nación venezolana, la preservación de sus culturas, el ejercicio de la libre determinación de sus asuntos internos y las condiciones que los hacen posibles.

Con esta ley también se busca la protección de la vida de los pueblos indígenas, su desarrollo y, además, la relación que tengan éstos con los órganos del Estado, siempre garantizándoles sus derechos fundamentales.

6. Proceso de adscripción de Venezuela a las leyes internacionales en materia de Derechos Indígenas y Tratados Internacionales suscritos

Muy pocos son los trabajos de largo aliento que se han desarrollado dentro del marco del derecho público internacional para determinar como Venezuela se ha suscrito a los principales tratados internacionales en la protección de los derechos de los pueblos indígenas. Y esto es algo muy particular sobre todo para un Estado que declara explícitamente en el preámbulo de su Constitución de 1999 su objetivo de promover un estado pluriétnico y multicultural. Esto rebela solamente el estado de atraso que existe en esta materia y de la escasa atención que la misma obtiene en las comunidades científicas venezolanas. Y generalmente se ha abordado esta temática no para resaltar la importancia *sui generis* de los pueblos indígenas y sus culturas sino para observarlos como un caso patológico de comunidades en problema que tienen que ser incorporadas a la vida nacional y para ello necesitan de la solidaridad y de la asistencia internacional. Investigadores destacados como el Dr. Vladimir Aguilar Castro, la Dra. Linda Bustillos y la Dra. Carla Zulimar Pérez Álvarez han hecho importantes aportes en esta materia destacando la importancia que juega la comunidad internacional para respaldar los derechos de los pueblos indígenas ante los abusos de sectores privados nacionales e internacionales que con el apoyo del Estado han violado sistemáticamente los derechos indígenas poniendo en riesgo sus formas de vida y su existencia misma.

Como señalan estos juristas e investigadores en materia del derecho internacional, plurinacional y multicultural, históricamente Venezuela ha firmado importantes tratados, acuerdos y convenios internacionales que lo obligan ante la comunidad internacional y ante los tribunales internacionales a cumplir y respetar las normativas que protegen y velan por los derechos indígenas y su integridad física y cultural. Pero la suscripción internacional a estos tratados o convenios han sido dudosos, tarditos y asumidos con reserva por parte de los gobiernos venezolanos a pesar que la “Ley Orgánica de Pueblos y Comunidades Indígenas”, siguiendo lo dictado en la Constitución de 1999,

señala en su artículo 2 que “Lo relacionado con los pueblos y comunidades indígenas se rige por lo establecido en la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela y en los tratados, pactos y convenciones internacionales válidamente suscritos y ratificados por la República, así como por lo establecido en la presente Ley, cuya aplicación no limitará otros derechos garantizados a estos pueblos y comunidades, en normas diferentes a éstas”.

Ha destacado la Dra. Carla Zulimar Pérez en su tesis doctoral que Venezuela se adhirió a importantes convenios internacionales en materia de derechos indígenas antes de suscribirse al Convenio núm. 169 de la OIT. Es de destacar en este sentido, la intención de los constituyentes de 1946 de suscribirse a la “Convención de Pátzcuaro” el 8 de agosto de 1946. El objetivo era incentivar al gobierno de turno para que elaborara una política pública referida a los pueblos indígenas que fuese reflejada en la Constitución de 1947⁴⁵⁷. Esta se llamó “Comisión indigenista” creada el 07 de noviembre de 1947 y su objetivo era incorporar a la vida nacional a los indígenas y a los proyectos de desarrollo. Esto indudablemente representaba un avance importante en esta materia de derecho público internacional para Venezuela.

También en 1947 se aprueba la Carta Internacional de Garantías Sociales simultáneamente con la firma de la Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre, Aprobada en la Novena Conferencia Internacional Americana celebrada en Río de Janeiro, Brasil, 1947 la cual obliga a los estados a amparar a las poblaciones indígenas en su vida, su libertad y su propiedad, pero no los reconocen como pueblos originarios sino como problemas que tienen que ser asumidos por el Estado⁴⁵⁸.

Seguidamente Venezuela suscribió cinco documentos estelares sobre derechos del Hombre y de los Pueblos Indígenas que debemos destacar. 1) La “Declaración Universal de Derechos Humanos” (1948). 2) Los “Convenios de la O.I.T”. 3) La “Convención Internacional sobre la Eliminación de Todas las Formas de Discriminación Racial” (1965). 4) La “Declaración de Barbados” (1971) y 5) “El “Convenio OIT 169 sobre Pueblos Indígenas y Tribales en Países Independientes” (1989).

⁴⁵⁷ Pérez Álvarez Carla (2015). Modelo de gobernabilidad para las Comunidades Indígenas del Alto Caura De Venezuela, En base a sus Derechos Políticos-Territoriales. Universidad Nacional de Educación a Distancia. Departamento De Derecho Político Facultad De Derecho. Tesis Doctoral. Madrid.

⁴⁵⁸ *Ibid.*

Los derechos de los pueblos indígenas primeramente fueron protegidos por la sociedad internacional como parte de la defensa de los derechos humanos en contra del mal trato de las minorías étnicas por parte de las etnias dominantes y mayoritarias de una nación. Recordemos que la “Declaración Universal de los Derechos Humanos” suscrita en 1948 se hizo con la intención que no se repitiera las discriminaciones raciales producidas por los nazis en Alemania contra el pueblo judío. Se sobrentendía que estos derechos humanos debían incluir también minorías étnicas como los indígenas latinoamericanos que constantemente sufrían violaciones en materia de derechos humanos y discriminación, pero en realidad no era así. como señala Carla Zulimar Pérez:

Los Estados que adoptaron la Carta de las Naciones Unidas que consagra principios universales y la Declaración Universal de los Derechos Humanos, consideraron que el principio de la universalidad de los derechos humanos y el de la no discriminación eran suficientes para proteger los derechos de cualquier minoría, y por ello, no se requería de un sistema especial sobre minorías étnicas indias, obviando que estas carecen de cualquier referencia a los derechos de las personas que pertenecen a minorías étnicas, lingüísticas y religiosas, debido a su especificidad cultural⁴⁵⁹.

Es decir, había un sentido universalista y liberal de concebir a los seres humanos como si todos fuesen iguales. En realidad, los pueblos indígenas tienen patrones culturales y sociales diferentes sobre todos a aquellos que lo entienden como comunidad, mientras que la declaración Universal de los Derechos Humanos se refiere a los derechos individuales más que todos como lo observa Zulimar Pérez;

En la concepción occidental e individual, es decir, liberal de los derechos humanos, también debe considerarse la existencias de algunas culturas y civilizaciones antiguas, donde no existe la concepción del individuo como un ente abstracto, aislado de su entorno social y comunal, en estos grupos sociales o sociedades la unidad social fundamental no es el individuo sino alguna forma de comunidad local como la familia extensa, el pueblo, el clan, la tribu, la casta o la comunidad religiosa, en este caso los individuos tienen derecho a su dignidad y a ser respetados como tales, pero su identidad se vincula a la del grupo al que pertenecen y hacia el que tienen deberes y obligaciones, donde con frecuencia si no cumplen con sus

⁴⁵⁹ Pérez Álvarez, Op cit. Pp. 43-44.

deberes son expulsados o desvinculados del grupo, una de las sanciones más severas que pueden llegar a imponerse en estas colectividades.⁴⁶⁰

Se tiene que comprender que cada cultura tiene su forma particular de entender la dignidad humana. Esta declamación no hace ese tipo de distinciones que tipifican el pluralismo jurídico. Y es por ello que en 1994, la Asamblea General de las Naciones Unidas, estableció el “Decenio Internacional de los Pueblos Indígenas del Mundo” con el cual se pretendió constituir un marco adecuado para el desarrollo de medidas básicas que, tanto en el plano nacional como en el internacional, se requieren para crear las condiciones necesarias para el establecimiento de una nueva dinámica de relaciones entre los pueblos indígenas y los distintos gobiernos tomando como bases principales, el respeto, la cooperación, la justicia y la equidad y aquí se reconoce que:

La Conferencia Mundial de Derechos Humanos reconoce la dignidad intrínseca y la incomparable contribución de las poblaciones indígenas al desarrollo y al pluralismo de la sociedad y reitera firmemente la determinación de la comunidad internacional de garantizarles el bienestar, económico, social y cultural y el disfrute de los beneficios de un desarrollo sostenible. Los Estados deben garantizar la total y libre participación de las poblaciones indígenas en todos los aspectos de la sociedad, en particular en las cuestiones que les conciernan. Considerando la importancia de las actividades de promoción y protección de los derechos de las poblaciones indígenas y la contribución de esas actividades a la estabilidad política y social de los Estados en que viven esos pueblos, los Estados deben tomar medidas positivas concertadas, acordes con el derecho internacional, a fin de garantizar el respeto de todos los Derechos Humanos y las libertades fundamentales de las poblaciones indígenas, sobre la base de la igualdad y la no discriminación y reconocer el valor y la diversidad de sus diferentes identidades, culturas y sistemas de organización social⁴⁶¹

Venezuela como miembro de la Organización de Naciones Unidas suscribió y ratificó esta Declaración Universal, y como miembro de esta organización mundial también esta suscrita a otros acuerdos internacionales como: 1) El Foro Permanente de Naciones Unidas para las Cuestiones Indígenas; 2) La Declaración de las Naciones Unidas sobre los Derechos de los Pueblos

⁴⁶⁰ *Ibid.*, p. 45.

⁴⁶¹ Asier Martínez de Bringas (2003). *Pueblos Indígenas y Derechos Humanos*, Universidad de Deusto, Bilbao, p. 90. Citado por Pérez Álvarez, ob. cit. p. 46.

Indígenas para Adolescentes Indígenas; 3) Mecanismo de Expertos sobre los Derechos de los Pueblos Indígenas; 4) “Comentario General 11” del Comité sobre los Derechos del Niño sobre niños indígenas y sus derechos bajo la Convención sobre los Derechos del Niño. 5) Celebra El “Día Internacional de los Pueblos Indígenas” el 9 de agosto.

Los mayores avances en esta materia se dieron cuando Venezuela suscribió y ratificó los Convenios suscritos en la OIT de Naciones Unidas sobre todo el referido al Convenio núm. 169.

En el año 1998 el Ejecutivo Nacional de Venezuela envió al Congreso de la República el Convenio núm. 169 de la OIT para su discusión y ratificación como lo establece el acta aprobatoria⁴⁶². El Convenio núm. 169 de la OIT, obliga a los gobiernos a tomar medidas en cooperación con los pueblos indígenas para proteger y preservar el medio ambiente de los territorios que habitan. A su vez deben tomarse medidas especiales para proteger la diversidad biológica donde existan áreas protegidas a la par de garantizar la preservación de estilos tradicionales de vida de las comunidades indígenas.

La Declaración “Por la Liberación del Indígena”, comúnmente conocida como “Declaración de Barbados” de 1971 también fue suscrita por Venezuela. Su objetivo es promover a los pueblos indígenas como movimientos de liberación. En ella se llama la atención de la opinión pública mundial sobre la situación de los indígenas sudamericanos y se responsabiliza de la misma a los estados nacionales, a las misiones religiosas y a los antropólogos. La Declaración reconoce que los pueblos indígenas de América tienen pleno derecho y plena capacidad para crear sus propias alternativas históricas de liberación. Seis años después de Barbados I, ante la aceleración de la dinámica étnica manifestada en la aparición de nuevas organizaciones y movimientos indígenas en casi toda América Latina, se consideró importante realizar una reunión que, a partir del análisis global de los movimientos indígenas de liberación, lograra formular algunos de los elementos conducentes a una conciencia estratégica unificada⁴⁶³.

El sistema político internacional ha venido cambiando significativamente en el siglo XXI con la aparición de nuevas tecnologías y nuevos medios de comunicación e interacción entre los Estados. Estos cambios también afectan a las comunidades indígenas que ya no son solo concebidos como

⁴⁶² “Artículo Único. Se aprueba en todas sus partes y para que surta efectos internacionales en cuanto a Venezuela se refiere, el Convenio N° 169 sobre Pueblos Indígenas y Tribales, adoptado por la Conferencia General de la Organización Internacional del Trabajo en su 76° Reunión, el 27 de junio de 1989”.

⁴⁶³ *Cfr.*/ Pérez Álvarez, Op. cit. p. 43.

pueblos desamparados en busca de protección nacional e internacional. Ahora son asumidos como movimientos sociales significativos en sociedades plurinacionales. Esto significa que debe haber cambios en la forma como se asumen los asuntos indígenas en América Latina y en Venezuela. Los y las constituyentes de 1999 cuando instituyeron la Constitución Bolivariana comprendieron este cambio de época que institucionaliza el pleno y cabal derecho social, político y económico de los pueblos indígenas en el país y la existencia de un estado plurinacional y pluricultural. Uno de estos cambios estaba en tomar en cuenta la situación de los pueblos indígenas en países limítrofes y en la Ley Orgánica de Pueblos y Comunidades Indígenas se estableció en el artículo 22 que:

Los pueblos y comunidades indígenas ubicados en zonas fronterizas tienen el derecho de mantener y desarrollar las relaciones y la cooperación con los pueblos y comunidades indígenas de países limítrofes, en actividades de carácter social, económico, cultural, espiritual ambiental y científico. El Estado, con la participación directa de los pueblos y comunidades indígenas, debe adoptar las medidas apropiadas, mediante tratados, acuerdos o convenios internacionales, dirigidas a fomentar y facilitar la cooperación, integración, intercambio, tránsito, desarrollo económico y prestación de servicios públicos para estos pueblos o comunidades.

Este aspecto es muy importante debido a los problemas que Venezuela ha venido teniendo en sus zonas limítrofes debido a las migraciones de venezolanos al exterior por la crisis nacional de los últimos años. Esto también ha afectado gravemente a los pueblos indígenas que viven entre Venezuela y Colombia y entre Venezuela y Brasil. No se respetan los acuerdos suscritos internacionalmente, y los pueblos indígenas que viven entre los dos países se les hacen difícil el acceso de un país a otro debido a disposiciones estatales que cierran fronteras por motivos políticos y económicos.

Para finalizar, se refiere en el siguiente cuadro, la adscripción de Venezuela a una gran cantidad de tratados, convenios y acuerdos internacionales en materia de derechos indígenas. Se puede observar lo nutrida de la regulación jurídica tanto de carácter nacional como internacional que ha desarrollado el país a lo largo de estos veinte años. A partir de ella se hace una reflexión concluyente de esta II parte, con los principales hallazgos que se pueden compendiar para la delimitación de los problemas en la aplicabilidad del pluralismo jurídico en Venezuela.

Como se verá, la mayoría de estos tratados internacionales que suscribió Venezuela, tienen al Estado venezolano como el garante de los derechos indígenas, haciendo descansar en la responsabilidad de éste, la aplicabilidad o no de esas disposiciones legislativas a través de las diversas políticas públicas. El revisar esta situación será el propósito de la II y última parte de esta investigación.

Tabla 3. Marco jurídico Internacional relativo a los pueblos indígenas y suscritos por Venezuela.

AÑO	TITULO	DESCRIPCION	SUSCRIPCION DE VENEZUELA
CONVENIOS			
1948	Declaración Universal de Derechos Humanos	Representa la primera expresión mundial de derechos para todos los seres humanos.	Firmado y ratificado en 1948
1963	Declaración de las Naciones Unidas sobre la eliminación de todas las formas de discriminación racial	Proclamación de derechos humanos a cargo de la Asamblea General de las Naciones Unidas. La Declaración constituye un importante precedente para la Convención internacional sobre la eliminación de todas las formas de discriminación racial, jurídicamente vinculante.	Firmado y ratificado en 1967
1965	Convención internacional sobre la eliminación de todas	La Convención es un mecanismo jurídicamente vinculante que obliga a todos los miembros de las Naciones Unidas a eliminar la	Firmado y ratificado en 1969

	las formas de discriminación racial	discriminación racial y promover el entendimiento entre todas las razas.	
1989	Convenio 169 de la OIT	Sucesor del Convenio 107. Constituye un instrumento jurídico internacional actualizado y más exhaustivo que define los derechos de los pueblos indígenas y los principios a los que los Estados, organizaciones multilaterales y otros agentes deberían atenerse.	Firmado y ratificado en el 2002
1992	El Programa 21 y la Declaración de Río (Conferencia de las Naciones Unidas sobre el Medio Ambiente y el Desarrollo)	Estos instrumentos reconocen a los pueblos indígenas como “grupo principal” y declara que los esfuerzos para aplicar un desarrollo sostenible deberían reconocer, promover y fortalecer el pap	Firmado y ratificado en 1992
1993	Convenio sobre la Diversidad Biológica [Artículos 8(j) y 10(c)] (Conferencia de las Naciones Unidas sobre el Medio Ambiente y el Desarrollo)	El Artículo 8(j) del Convenio reconoce la importante contribución de los pueblos indígenas a la conservación del medio ambiente. El Convenio insta a las Partes Contratantes a respetar, preservar y mantener los conocimientos, las innovaciones y las prácticas de las comunidades indígenas y locales, y promueve el reparto equitativo de los beneficios derivados de su utilización. El	Firmado y ratificado en 1994

		Artículo 10(c) insta a las Partes a proteger y alentar la utilización consuetudinaria de los recursos biológicos, de conformidad con las prácticas culturales tradicionales que sean compatibles	
1994	Convención de las Naciones Unidas de Lucha contra la Desertificación	En los Artículos 16 (g) y 17 (c), la Convención exige la protección de los conocimientos, técnicas y prácticas tradicionales indígenas.	Adoptada en 1994 y ratificada en 1998

DECLARACIONES

1992	Declaración de Cancún – Conferencia Internacional sobre la Pesca Responsable	El Artículo 9 de la Declaración de Cancún declara que “los Estados deben tomar medidas que aseguren el respeto de los intereses de los pescadores artesanales e indígenas de pequeña escala.	Ratificada en 1994
1993	Declaración y Programa de Acción de Viena – Conferencia Mundial de Derechos Humanos	Esta Conferencia supuso un avance histórico en el fomento y la protección de los derechos de grupos frecuentemente marginados, incluyendo pueblos indígenas, mujeres y niños. Mediante la Declaración de Viena, la Conferencia reafirmó “la dignidad intrínseca y la incomparable contribución de los pueblos indígenas al desarrollo y al	Sucrito en 1993

		<p>pluralismo de la sociedad y reitera firmemente la determinación de la comunidad internacional de garantizar- les el bienestar económico, social y cultural y el disfrute de los beneficios de un desarrollo sostenible.” Asimismo, la Conferencia exigió la creación de un Foro Permanente.</p>	
2002	Declaración de Atitlán	<p>La Declaración hace hincapié en la importancia que tienen para los pueblos indígenas los derechos a la tierra, los recursos naturales y la libre determinación para la plena realización de la seguridad y la soberanía alimentarias</p>	<p>Participacion de pueblos indígenas venezolanos</p>
2007	Declaración de las Naciones Unidas sobre los derechos de los pueblos indígenas	<p>Tras 20 años de negociación, la Declaración estableció una norma esencial para eliminar las violaciones de derechos humanos cometidas contra los pueblos indígenas en todo el mundo, para combatir la discriminación y la marginación, y para defender la protección de medios de subsistencia indígenas. La Declaración hace hincapié en los derechos de los pueblos indígenas a perseguir el desarrollo de acuerdo</p>	<p>Venezuela voto a favor de la declaracion.</p>

		con sus propias necesidades y aspiraciones, incluyendo el derecho a conservar y reforzar sus propias instituciones, culturas y tradiciones.	
2009	Declaración de Anchorage	En el Artículo 9 de la Declaración, se insta a los organismos de las Naciones Unidas a atender a los impactos del cambio climático en sus estrategias y planes de acción, en particular los impactos a los pueblos indígenas. En particular, la Declaración llama a la FAO, así como a otras instituciones relevantes a establecer un grupo de trabajo de pueblos indígenas para hacer frente a los impactos del cambio climático sobre la seguridad y soberanía alimenticia de los pueblos indígenas.	No hay mayor información si Venezuela participo en esta cumbre celebrada en Alaska

Fuente: Adaptación del publicado por la Organización de las Naciones Unidas para la Agricultura y la Alimentación. Viale delle Terme di Caracalla - 00153 Rome, Italy. Diponible en: www.fao.org

Reflexiones finales de la PARTE II

Se ha podido observar, de lo revisado en esta segunda parte de la investigación, cómo hasta el siglo XIX los pueblos indígenas han venido siendo invisibilizados por la estructura del Estado en Venezuela, así como en los países vecinos de Colombia, Ecuador y Bolivia. Las bases en las que emergen las instituciones estatales tienen una característica de homogeneización y dominación que han servido de impulso a la formación de un contra poder “desde abajo” liderado por los movimientos sociales; finalmente, en el siglo XX, esta situación provocó grandes cambios como las reivindicaciones territoriales campesinas que, en principio, abarcaban también la causa indígena, dando cabida así a lo que se ha denominado constitucionalismo pluralista, en los últimos 30 años en América Latina.

La colonización como proceso de cambios socioeconómicos en las excolonias españolas constituye el fundamento de la historia de los pueblos indígenas en América Latina. Detrás del choque cultural y en su posición de sujetos vulnerados como hasta ahora, los conquistadores desde el punto de vista jurídico intentaron regular el tratamiento que para ellos era –justo- dar a estos grupos humanos, con lo cual se pudo observar que los siglos en los que la colonización comenzó y se transformó en institución, permitió que la estructura de poder permeara sobre el modo de vida del indígena, forzando a cambiar sus creencias y desarticulando sus organizaciones político-territoriales por la principal política que sostenía la empresa de la conquista que era la ocupación de las tierras⁴⁶⁴. Con los procesos de independencia, tal y como revisamos para el caso de Venezuela específicamente, se asume que el tratamiento del indígena sería distinto: la igualdad de derecho supuso que los pueblos indígenas tendrían igualdad también de –condiciones- que le permitieran acceder al aparato estatal recién fundado para incluir sus demandas y reivindicaciones.

Sin embargo, los pueblos indígenas, los mestizos, los negros fueron los grandes excluidos del proyecto de independencia y de la conformación del Estado. El reconocimiento de los derechos de los pueblos indígenas y la revisada brecha de implementación de estos para el caso de Venezuela y de sus países vecinos, parece denotar una modernidad que tiene la apariencia típica de las construcciones nacionales que pretendieron consolidar sociedades homogéneas donde los individuos quedaban incrustados en sistemas de valores relativamente estables.

⁴⁶⁴ Bustillos, L. (2016). “Del Estado-Nación al Estado-Plurinacional Inconcluso...”, op. cit. p. 355 y sig.

Los derechos que se les reivindicaron en estos períodos revisados fueron muy limitados y giraban en torno al permiso que desde la sociedad occidental debían tener estas poblaciones para vivir de la forma que lo hacían. Así mismo, el tratamiento que se le daba a estos grupos humanos se centraba en lograr la transculturización de estos. Desde la colonización hasta las regulaciones constitucionales de los últimos 30 años, la dinámica social fue determinada desde la razón y los principios de la sociedad occidental.

Por tanto, vemos cómo se configuró Venezuela, en la colonia y luego tras su independencia, en la consecuencia de la suma de cuatro factores: el primero de ellos que las sociedades hasta ahora se pensaban (y querían ser) homogéneas y bajo este principio buscaban legitimar la estructura del Estado; en segundo término, la creencia en la superioridad de la cultura occidental; en tercer lugar, la ausencia de un sistema de Derechos Humanos; y por último, las contradicciones entre dos sistemas jurídicos, políticos y sociales distintos⁴⁶⁵.

Para el siglo XX y XXI, sin embargo, hemos podido deducir, a partir de lo revisado en este último capítulo, el proceso de la reforma agraria y la aceptación y el reconocimiento del multiculturalismo para Venezuela, tal vez impulsado, además, por los países vecinos que como se vio, desarrollan en las nuevas constituciones, poniendo sobre el tapete, frente al Estado-nación, la necesidad de una revisión de la conformación de un modelo Plurinacional, es decir, la búsqueda de la posibilidad de que estos pueblos indígenas sean incluidos en condiciones de igualdad en una estructura plurinacional.

En general, hemos podido visualizar que en la actualidad la región cuenta con las condiciones jurídicas y políticas para avanzar en la reivindicación de los derechos de los pueblos indígenas y promover la conformación de una estructura estatal plurinacional que los garantice y, sobre todo, los haga efectivos. La plurinacionalidad en América Latina aparece como una consecuencia jurídica y política frente al reconocimiento del Pluralismo Jurídico igualitario, superada ya la subordinación.

El debate final de fondo que aparece como resultado del análisis realizado en estas dos Partes de la investigación, a la hora de analizar los alcances del PJ nos dejan en claro que hay fundamentalmente dos vectores que poner en relación:

⁴⁶⁵ *Ibid.*

En un primer lugar, el ámbito competencial que se le reconoce a los pueblos indígenas en relación con el Estado determina qué decisiones pueden estos tomar, qué competencias tienen, qué conflictos pueden resolver, etc. En cada caso de los que se han revisados, este espacio está determinado de una manera u otra. Para los casos de Bolivia y Ecuador es específica la lista competencial que hace el texto constitucional, girando alrededor de la determinación de la jurisdicción indígena. En Colombia, en cambio, están más difusas.

En un segundo momento, producto de este análisis, surge la pregunta de hasta qué punto el derecho estatal se transforma para incorporar de un modo u otro, la participación de los pueblos indígenas. En este vértice se constituyen los derechos que fundamentan el pluralismo jurídico y aparece la apuesta del estado plurinacional. Examinar la concreción de este envite por la plurinacionalidad en Ecuador y Bolivia nos permite afirmar que además del reconocimiento de los ámbitos propios de decisión de los pueblos indígenas, el Estado puede transformarse, cambiando la lógica de relación signado por la pugna Estado Vs. Pueblos indígenas. Los derechos de los pueblos indígenas se plantean más allá de los derechos colectivos de protección, de resistencia frente al estado y sus instituciones se transforman y el derecho estatal pasa a ser un derecho participado por los pueblos, y, por tanto, en cierta medida ese es el derecho fruto del Pluralismo político, cultural y jurídico que se espera.

Este es el debate de base: se puede tener un ámbito de autonomía amplia con unas decisiones propias también amplias y ninguna participación en el derecho estatal, ninguna manera de incidir en la formación del derecho estatal. El ámbito de autonomía real en ese caso es mucho más limitado al supuesto en el que se tiene menos capacidad decisoria propia, pero mucha más incidencia en las decisiones del estado. Los tres ejemplos revisados de Colombia, Ecuador y Bolivia nos sirven para dar esta clave interpretativa hacia la distinción del verdadero pluralismo jurídico. Hemos revisado los diversos elementos que nos permite plantear claramente el camino o desafío de la plurinacionalidad. El debate constitucional que nos apertura Ecuador y sobre todo Bolivia, con la ley de deslinde y cada uno de los elementos analizados regulados en ese nuevo proceso constituyente, nos llevan a pensar el PJ de forma más compleja. Ya no es solo el ámbito de protección y de decisión propia que brinda la Constitución y el Estado para los pi; el desafío está en el comprender que el propio derecho estatal termina siendo un producto más o menos del propio

Pluralismo: el encuentro de diferentes culturas que tienen espacios de negociación, de coordinación, de discusión y por tanto de decisión.

En ese sentido, imaginemos que hay que dirimir un conflicto constitucional y estuviéramos en un tribunal constitucional puramente plurinacional en los términos planteados en Bolivia, la posibilidad de incorporar un debate amplio, desde una perspectiva de pluralidad, de cosmovisión, de interculturalidad, de negociación, etc., nos permitiría hablar de un estado que reconoce el pluralismo jurídico tal y como lo hemos venido definiendo a lo largo de esta investigación. Este es el aporte que la revisión del Derecho constitucional colombiano, ecuatoriano y principalmente el de Bolivia nos da para discurrir el pluralismo jurídico en la forma en que se ha hecho hasta ahora.

Aunado a esto, no parecen ser las normas del derecho internacional las que mejor alumbran la practicidad de un verdadero pluralismo jurídico. Se pudieron observar diferencias en el cumplimiento de los derechos humanos de los pueblos indígenas debido a una situación de inequidad frente a grupos más privilegiados de la sociedad, que hacen poner en tela de juicio la efectividad del vasto reconocimiento de derechos en textos constitucionales. Se trata de una desigualdad que depende de circunstancias particulares en las que se pudo resaltar que los pueblos indígenas pueden disfrutar más de algunos derechos (por ejemplo, los políticos y civiles) que, de otros, como los económicos, sociales y culturales. Pero en términos generales, los pueblos indígenas reconocen que su inserción en la estructura y la práctica de los derechos humanos está basada en un acceso diferenciado y desigual a los mismos. Esto, a su vez, puede ser el resultado de distintos factores, tales como la ineficacia de los mecanismos de implementación de los derechos humanos, la insuficiencia de políticas en materia de derechos humanos, los obstáculos que enfrentan los pueblos indígenas cuando quieren ejercer sus derechos o las diferentes formas de discriminación que siguen sufriendo en todo el mundo, tal y como lo afirma Rodolfo Stavenhagen.

Frente a la regulación jurídica de este reconocimiento de los derechos de los pueblos indígenas se requieren de acciones de diferente naturaleza para mejorar los mecanismos de protección de ellos y de sus derechos. Los detalles prácticos se convierten en fundamentales para mejorar los mecanismos de protección de derechos de los pueblos indígenas “con las estructuras institucionales existentes, los sistemas legales y las relaciones de poder, que a su vez se relacionan

con un sistema social más complejo en el que las y los indígenas son, para empezar, las víctimas históricas de violaciones a los derechos humanos. Mejorar el acceso a los tribunales; establecer una oficina de Derechos Humanos con atención especial a los pueblos indígenas; instaurar agencias especiales de monitoreo; adoptar medidas reguladoras y nuevas leyes apunta todo ello en la dirección correcta; pero a menos que se aborden directamente las cuestiones centrales, el progreso será lento, en el mejor de los casos”⁴⁶⁶

De lo anterior podemos concluir que hay circunstancias que condicionan y ralentizan al pluralismo jurídico al mejor estilo de un nudo gordiano⁴⁶⁷, como consecuencia de instituciones fundadas desde la visión mono-nacional, que ahora buscan implementar políticas desde la pluralidad nacional. En ese sentido aparecen ciertos elementos tales como el reconocimiento territorial de los pueblos indígenas, la gestión propia de los recursos naturales, la redistribución del poder, las agendas económicas, la cooptación política de los líderes indigenistas, los intereses de los terceros, etc., como impedimentos y campos liminales para el desarrollo del pluralismo jurídico.

Esta revisión del tránsito de los derechos de los pueblos indígenas, desde su reconocimiento formal hacia su ejecución material, manteniéndose en muchos casos, atados al paradigma monocultural contra el cual se ha constituido, los entenderemos como tarea final de esta investigación y a ello se dedicará la siguiente parte: a la revisión de los límites al pluralismo jurídico, reconociendo que el problema de la realización del mismo no constituye únicamente una dificultad de comprensión teórica, sino que responde a conflictos materiales de base, donde la lucha de intereses, principalmente socioeconómicos, culturales y políticos, impiden el desarrollo del reconocimiento de los derechos de los pueblos indígenas.

⁴⁶⁶ *Ibid.* p. 262.

⁴⁶⁷ *Cfr/* Bustillos, L. (2016). “Del Estado-Nación al Estado-Plurinacional Inconcluso...”, op. cit. p. 380 y sig.

PARTE III
LOS LIMITES DEL PLURALISMO JURÍDICO

Introducción

El problema de la realización pragmática del pluralismo jurídico, según se ha estudiado en los capítulos precedentes, no constituye únicamente una dificultad de comprensión teórica, sino que responde a conflictos materiales de base, donde la lucha de intereses, principalmente socioeconómicos, culturales y políticos, han venido marcando el desarrollo del reconocimiento de los derechos de los pueblos indígenas.

Según lo revisado, a partir de los siglos XX y XXI se producen procesos de cambios importantes en el contexto internacional y regional que permite hablar de un desarrollo en los derechos diferenciados para pueblos indígenas en América Latina y en Venezuela particularmente. Esto último como consecuencia de los acomodados que se originan dentro de la estructura de poder y que van marcando la dinámica de las demandas y reivindicaciones en un periodo de tiempo determinado.

Frente a la regulación jurídica de este reconocimiento de los derechos de los pueblos indígenas se requieren de acciones de diferente naturaleza que logren mejorar los mecanismos de protección de estos y de sus derechos. Es así como los detalles prácticos se convierten en fundamentales para mejorar los mecanismos de protección de derechos de los pueblos indígenas. El Pluralismo jurídico tiene que lidiar con las estructuras institucionales existentes, con los sistemas legales y con las relaciones de poder de un sistema social complejo. El acceso a los tribunales, las agencias especiales de monitoreo en los términos en que Stavenhagen lo expuso, así como los mecanismos de coordinación entre los diversos sujetos del pluralismo jurídico, son elementos que apuntan al desafío de la coexistencia de los diversos sistemas jurídicos para el caso de Venezuela.

Hay, sin embargo, circunstancias que condicionan y ralentizan el desarrollo del pluralismo jurídico según se ha señalado, al mejor estilo de un nudo gordiano: como consecuencia de instituciones fundadas desde la visión mononacional, que buscan implementar políticas a partir del reconocimiento de la pluralidad nacional. En este sentido y como se explicó, del mismo modo que Alejandro Magno, atraídos por el desafío de desatar tal nudo, intrincado y resistente, queda la tarea de preparar el tránsito de los derechos de los pueblos indígenas, desde su reconocimiento formal hacia su ejecución material, como el reto de superación de los que demarcaremos como campos limítrofes o liminales del pluralismo jurídico en Venezuela.

Pero para poder llevar a cabo con éxito este objetivo debemos tomar en serio lo que dijo el antropólogo francés Pierre Clastres cuando expuso que el principal enemigo de los pueblos originarios es el Estado Nación que conculca sus derechos y tradiciones y los castiga mediante la aplicación de la violencia política de dominación⁴⁶⁸. Y en Venezuela esto no deja de ser una realidad que impide que el pluralismo jurídico se materialice. Y es que debemos tener en cuenta que son varios los elementos que se conjugan en la demarcación de estos campos liminales para el pluralismo jurídico en el país. En primer lugar, las empresas multinacionales les quitan arbitrariamente las tierras a los pueblos indígenas para explotar irracionalmente los recursos naturales que allí se encuentran, por lo que son desplazados hacia dentro y fuera de Venezuela. Las concesiones hechas por el Estado a empresas depredadoras de China y Canadá en los que ha denominado “el arco minero” ha venido acabando de forma indiscriminada con asentamientos de los pueblos indígenas de los estados Bolívar y Amazonas⁴⁶⁹.

En segundo lugar, los indígenas son hostigados por los militares venezolanos que trafican con minerales como el oro, plata, el coltán, la bauxita, etc. Las actividades ligadas al tráfico ilegal de drogas entre Venezuela, Colombia y Brasil, el irrespeto de las demarcaciones de las tierras indígenas y el uso de la fuerza militar en contra de los indígenas que reclaman sus derechos, hablan de un panorama bastante alejado de la materialización que del pluralismo jurídico se espera, a partir de las regulaciones de carácter legal que se han venido dado en Venezuela y en la mayoría de los países de la región.

En tercer lugar, el Estado venezolano ha politizado e ideologizado al movimiento indígena venezolano. Es cierto, como veremos más adelante, que si bien se han incrementado considerablemente las leyes y los mecanismos institucionales que protegen a los pueblos

⁴⁶⁸ Clastres, P. (1978). *La sociedad contra el Estado*. Monte Ávila Editores, Caracas.

⁴⁶⁹En este sentido, y teniendo en cuenta el problema extractivista de los recursos naturales por parte de las multinacionales en los territorios y pueblos de los indígenas, el Dr. Marco Wilhelmi hace la siguiente reflexión: “Pues bien, ante dicho proceso, es posible plantear dos perspectivas de análisis sobre el alcance de los cambios normativos en materia de derechos indígenas. Por un lado, se podría defender que los avances constitucionales, y en especial la puesta en práctica de los procesos de consulta previa, han servido de freno, aunque limitado, a la explotación indiscriminada de recursos. Según esta visión, el hecho de tener que pasar por la consulta previa con las comunidades implicadas por proyectos de inversión privados o públicos, habría llevado a evitar, ralentizar o matizar los impactos negativos de tales proyectos. Al mismo tiempo, habría servido como espacio de inserción de los pueblos indígenas en las decisiones administrativas y con ello una cierta reconfiguración del estado más acorde con la pluralidad cultural que alberga”. Aparicio W., M. (2015). “Los pueblos indígenas...”, ob. cit., p. 140.

indígenas, estos han sido obligados a subordinarse, de la misma forma como los clérigos cristianos en tiempo de la colonización española, a través del evangelio.

Lo que se gana en lo jurídico no se puede perder en lo político. El Estado venezolano se sumó al desarrollo constitucionalista en favor del reconocimiento del pluralismo jurídico, sin embargo, cabe acá la reflexión de la luchadora indígena guatemalteca y premio Nobel de la paz, Rigoberta Menchú: el Estado no es violento porque ejerce la coacción contra los pueblos indígenas, es violento porque no es capaz de reconocerlo, ni mucho menos rectificarlo, y es exactamente eso lo que ocurre en Venezuela. Esto nos lleva a cuestionar si acaso el pluralismo jurídico tiene posibilidades reales de concretarse; en palabras de Aparicio: "... tales avances normativos, ¿deben ser vistos desde la esperanza o desde el desencanto?"⁴⁷⁰. Apostamos por lo primero, pero tememos que lo segundo sea lo dominante.

El pluralismo jurídico entendido como categoría epistémica del Derecho, hemos visto, conlleva consigo una racionalidad emancipatoria en relación con los pueblos indígenas que ya se ha demostrado en las dos primeras partes de esta investigación. Aceptar la diversidad social, cultural y jurídica y la necesidad de su regulación, es prácticamente una obviedad. Sin embargo, el pluralismo jurídico ha de ser visto en todas sus dimensiones, mucho más que una mera yuxtaposición de lo diferente, y en ese sentido no puede sobrellevar una desorganización axiológica, social y tampoco jurídica; producto de esta, se precisan los tres campos liminales en el desarrollo del pluralismo jurídico y los desafíos a partir de los cuales, desde lo revisado en esta investigación, pueden ser aceptados.

En cuanto a la precisión del campo liminal de lo social, referido a los intereses políticos y económicos como brechas para un desarrollo pertinente del PJ, se examina a partir de una circunscripción de la participación ciudadana, de tal modo de articular con ello la propuesta del Horizonte pluralista, democrático e intercultural (HDPeI), como desafío a la superación de estos límites, para el caso venezolano.

En el campo liminal axiológico del PJ, se propone la superación del falso dilema entre la universalidad de los valores y la particularidad cultural. Para lograr esta mixtura de lo

⁴⁷⁰ Aparicio W., M., (2015). "Derechos y pueblos indígenas: avances objetivos, debilidades subjetivas". *Revista de Antropología Social*, 24, p. 128. Disponible en: <https://www.redalyc.org/articulo.oa?id=83842545006>

culturalmente diverso, se plantea articular las diversas identidades a partir de la revisión del diálogo como ruta de salida, de los puntos de conexión e inflexión y de la propuesta de un concepto formal y externo de bien.

Finalmente, en relación con el campo liminal jurídico, haciendo prevalecer la idea de la coherencia entre los sistemas jurídicos, se compara el problema de las relaciones entre sujetos y grupos cultural y jurídicamente diversos, según un modelo comunicacional. Si bien el respeto, la reciprocidad y la igualdad como valores universales se plantean necesarios en todo diálogo, la coherencia de los mecanismos jurídicos de coordinación entre los diversos sujetos del PJ, actúa como el suelo legitimador de un diálogo intercultural.

Capítulo 5. Los intereses políticos y económicos como impedimentos al respeto de la pluralidad jurídica

1. Acerca de la liminalidad política y económica del pluralismo jurídico

Tratar de analizar hasta qué punto los avances del PJ se han venido dando en el terreno del reconocimiento de los derechos indígenas, sin tomar en cuenta que los mismos han sido hasta cierto punto causa y efecto, con efectos negativos y positivos, de las políticas económicas de corte productivista y extractiva desplegadas a raíz precisamente de su aparición en el escenario político, es el objetivo de este tercer subcapítulo que a su vez desvela, con ello, el tercero de los campos liminales del PJ, desde su categoría epistémica, para, como se sabe, trasladarlo finalmente a su análisis en la realidad venezolana.

Partimos de la aserción de que los derechos sirven en buena medida para enmendar las falencias sociales, para suplir o superar limitaciones reales en medio de las relaciones de las sociedades, como las derivadas de la ausencia de justicia. En ese sentido, queremos afirmar con Aparicio, que hablar de derechos es hablar de agotamiento, de la necesidad de solventar deudas y que con ello aludimos la naturaleza de contradicción insoslayable que tiene el Derecho, *per se*: “su eficacia depende de la fuerza real que tengan sus destinatarios, y cuanto mayor sea dicha fuerza (o capacidad de amenaza) menos necesarios son”⁴⁷¹. Desde allí, podemos comenzar advirtiendo que son los intereses políticos y económicos, inversamente proporcionales a la eficacia del PJ en las políticas públicas de los Estados que lo reconocen y lo aceptan; y directamente proporcionales a la liminalidad política y económica que lo circunscribe.

“Por esta razón, la proliferación de textos jurídicos, estatales e internacionales, que reconocen derechos no redundan necesariamente en una mayor trascendencia de estos (en general escasa), situación que empeora a medida que las desigualdades aumentan”⁴⁷².

Esta es la consecuencia más clara de lo que se vino desdibujando desde los comienzos del reconocimiento internacional a los Derechos de los Pueblos Indígenas, en el tenor que se ha venido

⁴⁷¹ Aparicio W., M. (2020) “Introducción: Derechos en disputa y resistencias indígenas”. En: Aparicio W., M. y Varo Barranco, A. (Editores). (2020). *Resistencias indígenas*. Contribuciones del X Encuentro Multidisciplinar de Pueblos indígenas. Universitat de Girona, España, p. 14.

⁴⁷² *Ibid.*

haciendo los últimos años. Cuando Rodolfo Stavenhagen, en su etapa como Relator Especial de Naciones Unidas hablaba del concepto de “brecha de implementación” (*implementation gap*), al respecto de la situación de los derechos humanos y las libertades fundamentales de los indígenas, se refería precisamente a este hecho de que pese a los avances en la normativa de derechos humanos, en lo referido a los derechos indígenas el principal escollo se encontraba en la falta de desarrollo y aplicación de las previsiones tanto internacionales como constitucionales⁴⁷³. Con relación al desarrollo que sugirió el apareamiento del NCL ya lo estudiamos en el párrafo anterior. La inexactitud con la que se han desarrollado y aplicado las medidas políticas y económicas, nacionales internacionales y sus efectos limitantes para el PJ, las revisaremos de seguida.

Revisaremos dos esferas de análisis concretas: por un lado, intentaremos identificar el problema de la implementación a partir de una mirada general latinoamericana, de tal suerte que podamos afirmar fundamentalmente, la falta de voluntad política de sus gobiernos locales. Por otra parte, revisaremos los supuestos de participación ciudadana que consagra el PJ, en tanto que ellas determinan la función y alcance de los derechos de los pueblos indígenas, en contextos de profundas desigualdades socioeconómicas y culturales. Desde allí dejaremos trazada la ruta del horizonte democrático, para adentrarnos en el análisis de estos campos liminales, para el caso del PJ en Venezuela.

1.1. La situación en los países de la región

A lo largo de los años se ha manejado el pluralismo como un tema de gran importancia dentro del discurso jurídico-político de la reivindicación y la solidaridad, por lo que en Latinoamérica se debate sobre el tema de la pluralidad jurídica y así lo transcriben algunos países del bloque, a partir de lo que ya hemos revisado en el NCL, en sus constituciones, pero resulta evidente, sin embargo, la desconfianza a la transferencia de estos derechos soberanos a las instituciones supranacionales⁴⁷⁴.

⁴⁷³ *Ibid.*

⁴⁷⁴ Paco Ancalle, R. A. (2015). “La consulta previa a los pueblos indígenas como mecanismo a su libre determinación en el nuevo texto constitucional boliviano aplicado en el conflicto del territorio indígena del Parque Nacional Isiboro” *Sécre-Tipnis*. Tarragona, Universitat Rovira i Virgili.

Disponible en:

[http://iusfilosofiamundolatino.ua.es/download/LA%20CONSULTA%20PREVIA%20A%20LOS%20PUEBLOS%20INDIGENAS%20COMO%20MECANISMO%20A%20SU%20LIBRE%20DETERMINACION%20EN%20EL%](http://iusfilosofiamundolatino.ua.es/download/LA%20CONSULTA%20PREVIA%20A%20LOS%20PUEBLOS%20INDIGENAS%20COMO%20MECANISMO%20A%20SU%20LIBRE%20DETERMINACION%20EN%20EL%20)

Es importante resaltar que, se considera al pluralismo como la posibilidad de la existencia simultánea de diversos sistemas jurídicos, lo que hace suponer un pluralismo de sistemas y no una pluralidad de mecanismos o de normas jurídicas. Una concepción del pluralismo del derecho admite que coexistan diversos sistemas del mismo origen, especialmente sistemas estatales, ya sea un pluralismo estatal o nacional. En ese sentido la concepción pluralista del derecho puede admitir la coexistencia de una pluralidad de sistemas de diferente naturaleza.

La implementación del modelo económico de desarrollo, sin embargo, ha provocado en los pueblos indígenas, problemas de contaminación ambiental, como son la exploración y la explotación de los yacimientos petrolíferos o de la construcción de las carreteras, afectando áreas indígenas y otros. Esta es una realidad común para toda América Latina. Dentro de este marco, es importante revisar el alcance de las acciones correspondientes que las comunidades interponen ante la Corte Suprema de justicia de sus Estados y también los alcances de estas quejas a nivel internacional.

Por su parte, la Constitución Política del Estado Plurinacional de Bolivia⁴⁷⁵, en las acciones de defensa de los derechos esenciales, el artículo 128 establece la acción del amparo constitucional, y su procedimiento en el artículo 129 referido a la autoridad o persona demandada, se cita la forma en la que se prevé la acción de libertad. Asimismo, en el párrafo IV se establece la resolución final de la audiencia pública que recibe la información de la autoridad o la persona demandada, en ausencia de ello, se hace en base a la prueba ofrecida por la persona accionante. La autoridad judicial se encarga de examinar la competencia del servidor público o la persona demandada, y si es procedente el amparo solicitado⁴⁷⁶. Así lo revisamos en los capítulos de la Parte II de este trabajo. Lo mismo se revisó en los casos de Colombia y Ecuador.

Es importante resaltar que, la globalización, la gobernanza y el desarrollo sustentado, presentan un bagaje conceptual que se transforma en la compleja orientación del enfoque desafiante ante el cual se encuentran los diversos actores. La participación se constituye como un concepto difícil, la promoción del marco de la buena gobernanza por el FMI y el Banco Mundial limitan la

[20NUEVO%20TEXTO%20CONSTITUCIONAL%20BOLIVIANO%20APLICADO%20EN%20EL%20CONFLICTO%20%20DEL%20TIPNIS.pdf](#)

⁴⁷⁵ Constitución Política del Estado Plurinacional de Bolivia. Gaceta Oficial del Estado Plurinacional de Bolivia, 7 de febrero de 2009

⁴⁷⁶ Paco Ancalle, R. A., op. cit. p. 38.

participación en los proyectos decididos por las partes y no por los centros del poder, pero no puede negarse el desplazamiento hacia un camino desalentador y amenazante para los pueblos indígenas, sus tradiciones, sus culturas y sus territorios, que se encuentran cada vez más, en el centro de estas disputas.

A tal efecto, las realidades del pluralismo jurídico se constituyen como un tema central de las investigaciones de antropología del derecho desde la creación de la disciplina a finales del siglo XIX e inicios del siglo XX. Hasta hace poco tiempo no lo eran, ya que el objeto de los estudios no tenía una existencia legitimada, a menos que fuera derecho⁴⁷⁷.

Por su parte, el modelo del gobierno clásico posee sus límites, y demuestra las realidades que hasta ese momento se subestimaron, como las del pluralismo jurídico, un pluralismo normativo, y un enfoque pluralista de juridicidad. A pesar del reconocimiento del derecho estatal como uno de los aspectos de la juridicidad, la base de los enfoques antropológicos en la actualidad comienza a tener una influencia amplia en el derecho. Además, se debe mencionar que la reorientación de estos puntos de preocupación no sólo se aplica a los campos epistémicos de las ciencias sociales y del Derecho entre ellas, sino cada vez más se urgen dichas reflexiones también, para poder comprender y abordar las formas de regulación que nacen en los países, hacia su interior y en relación con su actuación internacional, como lo muestra el ejemplo de la creciente preocupación por la responsabilidad social de las empresas⁴⁷⁸.

Cabe destacar que, las historias de los hechos que acontecen en las comunidades indígenas no pueden deshacerse. La perspectiva occidental no otorga las historias completas, la actuación es errada y hasta violatoria, no obstante, la visión del pasado no está alejada del presente, sino que solo se encuentra ante la guía para el trazado del futuro como un ejemplo o una base para la corrección o la sanación de las rupturas del presente, con la esperanza de que tengan consecuencias en el futuro.

Las propuestas de salidas interculturales buscan ponderar la finalidad de protección y el medio de impacto sobre el sujeto, individual o colectivo, de la protección. El amparo de tipo liberal se pavonea como sujeto de forma libre y racional, como el demandante del derecho fundamental,

⁴⁷⁷ Sauliére, S. (2011). “La constitución ecuatoriana del 2008: Resultados e Innovaciones”, en: Encuentro internacional pluralismo jurídico en sociedades multiculturales, Lima.

⁴⁷⁸ *Ibid.*, p. 22.

aparentando la eliminación de la diferencia y con ello, peligrosamente también de lo particular, como ocurre con el discutible tema de la universalidad de los derechos humanos de los pueblos indígenas⁴⁷⁹.

Desde otra perspectiva, la extensión de las categorías de los hechos globalizados se constituye como una oportunidad para la promoción de los hechos multiculturales en busca del fortalecimiento de los criterios de defensa de la diferencia y dimensiones de tolerancia o la generación de cambios autónomos, cuando se busca la toma de conciencia de algunos hechos como una expresión de impedimentos culturales. Dichos procesos no se evidencian de una sola manera, se definen y negocian las competencias y se construyen las fronteras, pero más allá de ello se juega con la autonomía.

Por lo tanto, se concluye que el discurso no es una forma individual, o una expresión de las condiciones únicamente personales, sino que se encarga de la reproducción de los sistemas sociales. Este se puede orientar a la desigualdad, discriminación, etnocentrismo, prejuicio, paternalismo el racismo, o a la igualdad⁴⁸⁰.

Con respecto a la comunicación entre los integrantes de las distintas culturas se demuestra que los factores políticos y culturales influyen en las relaciones grupales y en la forma en que los miembros de la sociedad hacen referencia al pueblo indígena. Por lo tanto, son muchas las particularidades de los textos entendidos desde el trasfondo de la historia y en el contexto social con mayor amplitud de la inferioridad que asumen ciertos miembros de la sociedad mayoritaria. Ello se demuestra en los argumentos de los distintos actores involucrados, como las formas de etnocentrismo o de las justificaciones autoritarias y excluyentes. Así como la falta de respeto, conocimiento y valoración de la cultura. De esta manera, el análisis de las demostraciones y los razonamientos jurídicos que exhiben la forma en que los argumentos tienen un trasfondo sociocultural como una parte esencial, por lo que no pueden ignorarse.

El tratamiento otorgado por la Corte Constitucional y el Consejo de la Judicatura de Colombia, por ejemplo, sobre los problemas jurídicos-administrativos interculturales ayudan a la inclusión de esas dos posiciones. Una mirada pesimista al respecto tiene una primera visión de restricción de la autonomía de los pueblos para solventar los diferentes problemas relacionados con sus

⁴⁷⁹ *Ibid.*,18.

⁴⁸⁰ *Ibid.*, p.19.

sistemas jurídico-administrativo. Mientras que la segunda, más optimista, es abierta a las consideraciones que nacen del reconocimiento de un horizonte más plural, democrático, de estructuras culturales diversas.

La primera visión se centra en la necesidad de la defensa de los derechos fundamentales y mínimos universales éticos, que ayuda a la trascendencia de la especificidad de las distintas culturas y la construcción del consenso universal en un determinado sistema de valores. De esta forma es que se define el límite jurídico-material de la jurisdicción especial indígena que busca la garantía de los principios de la legalidad basado en el sistema jurídico. Dicha visión se sustenta en la legalidad de los sistemas de derecho propios a las limitaciones y, se suma la autonomía jurídica debido a que disminuye la capacidad de coerción en las sociedades de las autoridades de los pueblos indígenas sobre sus integrantes.

Por otro lado, también supone la extensión del reconocimiento para que el otro pueda ser diferente, pero consigo también el poder existente para reprimirlo. Esta es una postura que se sustenta en la posibilidad del mantenimiento de la cultura diferente, el respeto a la diversidad que no es objeto de la disposición por la ley. Por lo que sobresale así la última posición del principio de diversidad étnica y cultural, al que la Constitución le otorga valor del reconocimiento y la protección con la finalidad del Estado⁴⁸¹.

Es importante resaltar la Constitución del 2008 de Ecuador, considerada como uno de los textos constitucionales de mayor alcance en Latinoamérica como una carta política que reconoce ampliamente instituciones y derechos, en cuanto que presenta una regulación detallada sobre la protección de la naturaleza, como otra base importante para el reconocimiento jurídico. En este sentido, al ser una norma suprema en el ordenamiento jurídico, las disposiciones se aplican de forma directa e inmediata. El valor jurídico predomina sobre cualquier disposición de norma en el ordenamiento jurídico. Y podríamos rescatar el valor de ese tipo de NCL con relación al límite positivo de los excesos políticos y económicos frente a los pueblos indígenas, sus culturas y sus territorios.

La Constitución de 2008, brinda cambios esenciales en la vida de las personas y a la institucionalidad del Estado con un nuevo modelo de desarrollo, con distinciones entre jurisdicción

⁴⁸¹ *Ibid.*, p.19.

indígena y ordinaria, que incluye en el sistema económico solidario y el buen vivir, todos estos como desafíos positivos de construcción de un verdadero y eficaz PJ⁴⁸².

De esta manera se considera la planificación, la inclusión de la transparencia y la participación social, como instrumentos de la implementación de la economía, el desarrollo de la justicia constitucional y las garantías, con la materialización de los derechos y la transformación de la institucionalidad. Todo ello ayuda a mejorar los mecanismos de democracia directa y la inclusión de la participación social como un equilibrio y el ejercicio de distintas formas de representación con la evolución de los ciudadanos.

Ahora bien, cabe acá hacer referencia al tema del constitucionalismo ambiental en Latinoamérica hace referencia a la designación del grupo de ideas jurídicas que comenzaron a presentarse desde 1992 en el siglo pasado, en las constituciones políticas de América Latina. En esta época empezaban a ocupar a nivel internacional, las ideas referentes a la protección del ambiente y el desarrollo sostenible, en este sentido, se constituye como un fenómeno político-jurídico. Ello trata lo que se denomina el envejecimiento de las constituciones políticas de la región, que poco a poco han ocupado del establecimiento de las bases para el desarrollo de la legislación ambiental moderna.

De esta forma se evidencia la incidencia en que los veinte países que forman parte de Latinoamérica tienen una influencia en la renovación de las instituciones en los textos constitucionales. Se puede observar que entre 1972 y 1999, en los 16 países se presentaron nuevas constituciones políticas que incluyeron las demandas de la sociedad Latinoamericana, lo que ahora se denomina movimientos sociales. Ello provocó que se incluyeran disposiciones como principios, relativas a la protección del ambiente y la promoción del modelo de desarrollo sostenible, lo cual creó, inversamente a lo que se esperaba, la etapa de envilecimiento de las constituciones.

Ha de señalarse que el 80% de los pueblos indígenas se caracterizan por ser agropecuarios y rurales en la región Andina, y ellos tienen una gran dependencia de los recursos naturales. El resto desarrollaron sistemas y redes comerciales, sistemas de emigración temporal a nivel nacional e internacional, y las artesanías de la importancia para la actividad comercial. Para ello, en el ámbito

⁴⁸² Antúñez, S., A. y Díaz, O., E. op. cit. p. 13.

constitucional se eliminaron la clasificación de los derechos por generaciones, y los derechos se reconocieron inmediatamente⁴⁸³.

En esta nueva década de 2020, nos encontramos en un momento en el que es posible hacer un cierto balance tras décadas de avances normativos, con algunos hitos como el Convenio 169 de la OIT (1989), la Declaración de Derechos de los Pueblos Indígenas de Naciones Unidas (2007), las Constituciones ecuatoriana (2008) y boliviana (2009) o determinadas sentencias de la Corte constitucional colombiana o de la Corte Interamericana de Derechos Humanos.

Sucede que en tal balance pesa sin duda que, junto con la ampliación del abanico de derechos, individuales y colectivos para los pueblos indígenas, se ha producido y se sigue produciendo, el avance de la lógica que se ha llamado de despojo/acumulación, una lógica que incide de manera cada vez más intensa e irreparable en las condiciones mismas de existencia, de supervivencia de los pueblos indígenas.⁴⁸⁴

El Derecho en Latinoamérica pues, aparece como un campo en disputa dentro de la geografía capitalista del despojo y la explotación; los intereses políticos y económicos pasan a ser el nuevo enemigo de los pueblos indígenas, una vez superada la invisibilidad legal a partir del tardío reconocimiento de sus constituciones. Yacotzin Bravo, entre otros, nos explica en este sentido, los desafíos que se plantean para el derecho en un escenario en el cual las lógicas del capitalismo transnacional y las políticas neoliberales ponen en crisis el paradigma de la soberanía estatal.

En particular, queda sin resolver el desafío latinoamericano para la comprensión y resolución de la paradójica presencia de procesos jurídicos que reconocen derechos humanos que potencian luchas y resistencias, y al mismo tiempo permiten la privatización de los bienes comunes⁴⁸⁵.

⁴⁸³ *Ibid.*, p. 14.

⁴⁸⁴ *Ibid.*

⁴⁸⁵ La clave para salir de este dilema, para Bravo, es concebir al derecho como un espacio de disputa. *Cfr/* Bravo Espinosa, Y. (2019). “El derecho como campo en disputa dentro de la geografía capitalista del despojo y la explotación”. En Benente, Mauro, Navas Alvear, Marco (Compiladores), “Derecho, conflicto social y emancipación. Entre la depresión y la esperanza”. Editorial CLACSO. Buenos Aires. p.66.

1.2. La participación ciudadana entre el pluralismo y la democracia. La consulta previa como pilar de un horizonte democrático, pluralista e intercultural

El informe presentado por el Instituto Interamericano de Derechos Humanos define a la consulta previa, libre e informada como un instrumento o mecanismo propio de los órdenes democráticos para la toma de decisiones. Se trata de un requerimiento internacionalmente reconocido como obligación para los Estados, toda vez que constituye parte de los derechos de los pueblos indígenas⁴⁸⁶.

Este derecho se contempla dentro del Convenio 169 de la OIT (Organización Internacional del Trabajo) en su apartado referido a los Pueblos Indígenas y Tribales en Países Independientes, así como también se incluye en la Declaración de las Naciones Unidas sobre los Derechos de los Pueblos Indígenas, lo que le otorga carácter supranacional a este tipo de requerimientos y garantías jurídicas. Desde estos instrumentos se valora a la consulta previa como un mecanismo al servicio de la mejora en la participación de los pueblos aborígenes en los procesos de toma de decisiones.

Asimismo, se reconoce que el acceso y garantía de este derecho permite a los integrantes de estos pueblos influir en el resultado de sus decisiones sobre el desarrollo dentro de sus comunidades. De igual modo, es una vía para hacer efectivo el principio de la autodeterminación de los pueblos, toda vez que deben seguir procedimientos sistemáticos para poder ejercer el llamado consentimiento libre, previo e informado.

El derecho a la participación cubre varias dimensiones, los pueblos indígenas tienen derecho a participar en planes y programas de desarrollo nacional y regional que pueden afectarles de forma directa; en el uso, administración y conservación de los recursos naturales en las tierras, y en la creación de los programas de formación profesional de carácter especial⁴⁸⁷.

Bello explica cómo este derecho forma parte de otro que se consagra en instrumentos constitucionales como el de la República Bolivariana de Venezuela, donde se prevé la participación política de los pueblos indígenas en el artículo 125, para lo cual el Estado debe garantizar la

⁴⁸⁶ Instituto Interamericano de Derechos Humanos. (2016). “El derecho a la consulta previa, libre e informada: una mirada crítica desde los pueblos indígenas”, en: The Christensen Fund, Buenos Aires. <http://untref.edu.ar/sitios/ciea/wp-content/uploads/sites/6/2015/05/El-derecho-a-la-consulta-una-mirada-cr%C3%ADtica-desde-los-PI.pdf>

⁴⁸⁷ ACNUDH. (2011). “Los Derechos de los Pueblos Indígenas a la Consulta Previa, Libre e Informada”: <https://www.acnur.org/fileadmin/Documentos/Publicaciones/2011/7602.pdf>

representación indígena ante instancias gubernamentales como la Asamblea Nacional y otros cuerpos beligerantes a nivel federal o estatal.⁴⁸⁸

Esto convierte a la participación en el mecanismo “directo mediante el cual los indígenas ejercen el derecho, y la consulta es el medio indirecto para lograr tal participación”.⁴⁸⁹ Siendo esta participación en tres niveles: directa, compartida y bajo la forma de consulta, la cual se abordará en el presente punto.

“La consulta previa, libre e informada es un derecho y un instrumento para la participación”.⁴⁹⁰ Por tanto involucra las decisiones en los asuntos que conciernen a las comunidades indígenas. El autor señala que esta consulta reviste una especial importancia, ya que contribuye a la protección de los derechos indígenas cuando los mismos se encuentran en situación de riesgo ante sociedades y colectivos mayoritarios ya sea en número o grado de poder dentro de la esfera de decisiones tanto políticas como privadas.

En los estatutos internacionales, la consulta previa se establece como una obligación por parte de los órdenes gubernamentales. En muchos instrumentos jurídicos se señala que por medio de este derecho se garantiza la preservación de la integridad física de una comunidad. Además, “al aplicar la consulta previa, libre e informada se reconoce el derecho de los pueblos indígenas a la autonomía y al autogobierno, y a la cultura propia, y el derecho de definir sus prioridades en el proceso de desarrollo”.⁴⁹¹ Por lo que constituye en un derecho auxiliar de las garantías fundamentales que, constitucionalmente, deben estar consagradas en la ley.

Este aspecto resulta importante en lo que al tema de la demarcación de territorios se refiere, especialmente cuando en el mismo se encuentran innumerables recursos naturales cuya preservación/explotación impactarían sobre el entorno social de las comunidades contenidas en estos espacios. La consulta, en este caso, permite determinar si los intereses y necesidades de los pueblos involucrados pueden ser afectados y en qué nivel por algún programa de explotación de los recursos existentes.

Según el texto de la ONU, la consulta previa también abarca tópicos relacionados con la cultura del pueblo, tal es el caso de la educación en la lengua materna, la cual puede verse amenazada en

⁴⁸⁸ Bello, L., ob. cit. p. 49

⁴⁸⁹ *Ibid.*, p. 50.

⁴⁹⁰ ACNUDH, ob. cit. p. 16.

⁴⁹¹ *Ibid.*, p. 17

innumerables ocasiones por efecto de la globalización. Otro de los contextos en los que la consulta deba ser tomada en cuenta, es en el caso legislativo cuando las medidas a aplicarse pueden entrar en conflicto con los sistemas normativos propios de la comunidad aborígen. ⁴⁹²

Los programas de formación profesional constituyen otro contexto en el que la consulta previa resulta fundamental, ya que los mismos pueden no corresponderse con las necesidades de los pueblos indígenas, por lo que estos deberán ser consultados de modo que se adecuen a sus condiciones y requerimientos. La consulta también se considera importante cuando se requiera trasladar a la comunidad indígenas a otros lugares; en caso de incursiones por parte de las fuerzas del orden para erradicar cultivos ilegales y cuando se emprenden proyectos o actividades en zonas habitadas, pero que no se encuentran tituladas.

La consulta también se considera en caso de aplicar medidas destinadas a la protección de niños en contextos relacionados con la explotación económica, trabajos peligrosos, interferencia en la educación y cualquier situación que ponga en riesgo el sano desarrollo y la salud de los menores de edad. Otra circunstancia considerada para la consulta se produce cuando los pueblos indígenas se encuentran divididos por fronteras internacionales, por lo que resulta fundamental para la aplicación de las leyes que garanticen los derechos de las comunidades mantener contactos y relaciones de cooperación.

Según el texto de la ONU, la consulta previa, libre e informada debe considerar unos principios fundamentales como la buena fe, información y libertad. En el primer caso, las relaciones de comunicación y entendimiento en las que debe efectuarse la consulta deben estar mediadas por la buena intención y el respeto entre las autoridades y los miembros de la comunidad que participan en la consulta. ⁴⁹³ Sobre el principio de la información, se explica que los convenios que se establezcan entre las figuras gubernamentales y los miembros de la comunidad indígena deben hacerse con conocimiento absoluto de las causas en torno a los mismos. Por su parte, la libertad debe referirse al modo de participación de los involucrados, procurando que sus cuotas de participación sean iguales ante las de los demás agentes vinculados a los procesos.

Sobre los procedimientos para la consulta, los más apropiados son aquellos que involucran a instituciones representativas de las comunidades indígenas, incluyendo el acuerdo de todos los

⁴⁹² *Ibid.*, p.17

⁴⁹³ *Ibid.*, p. 20

demás procedimientos, tiempos, entornos y contenidos contemplados dentro de la consulta. Esto permite a los indígenas gozar de la autonomía necesaria para escoger a sus representantes y los métodos más acordes con su cultura.

De acuerdo con el texto de la ONU, es importante acotar que todo procedimiento debe partir del principio del respeto a la cosmovisión y cultura de los pueblos indígenas involucrados en la consulta, lo que forma parte de las garantías democráticas y del respeto a la diversidad.⁴⁹⁴ Por otra parte, la legitimidad del proceso, como condición conferida por el gobierno en su facultad de coordinador de este, debe considerarse para poder ser reconocida tanto por este como por las autoridades comunitarias indígenas.

El diálogo debe ser otro elemento considerado, el mismo debe reconocer la comunicación intercultural, así como el bilingüismo entre los actores involucrados, lo cuales deben tener la libertad para difundir el conocimiento, puede requerir el apoyo de traductores. De igual modo, la inclusión del pluralismo jurídico como guía para el desarrollo de los procesos de consulta también resulta importante, así como el reconocimiento de los principios y procedimientos del derecho propio de la comunidad indígena como parte de las normas para el entendimiento.

Si bien estas condiciones y principios deben guiar los procesos de consulta ante las comunidades indígenas, la práctica real señala que la misma no se lleva a cabo bajo las condiciones descritas anteriormente, ni por lo que establece el Convenio 169 respecto a las consultas previas, libres e informadas. El resultado es que la aplicación no es uniforme y muchas comunidades señalan que las leyes se implementan de forma deficiente.

La aplicación del derecho a la consulta presenta retos a superar que se relacionan con la protección de los derechos indígenas en contextos bélicos y/o narcotráfico, así como la coalición de los derechos de los pueblos ante los escenarios de explotación de recurso naturales en manos de intereses económicos. Otro desafío es promover una cultura que realmente aplique y respete las normas, también se requiere considerar la visión de los pueblos indígenas dentro de los planes de desarrollo, entre otros desafíos que requieren de los diálogos interculturales para poder ser superados.

⁴⁹⁴ *Ibid.*, p. 24

En líneas generales, el informe del Instituto Interamericano de Derechos Humanos explica que, si bien no se sigue una fórmula inequívoca para llevar a cabo los procesos de consulta en todos los países, si existen algunos lineamientos o características de base que suelen orientar el desarrollo de esta.⁴⁹⁵ De este modo se explica, por ejemplo, que la consulta debe ser realizada de forma previa y la misma no debe agotarse en la mera transmisión de una información.

A tenor de lo expresado en líneas anteriores, la consulta debe ser de buena fe como parte de todo un proceso transparente en el que los actores involucrados se sientan en confianza mutua. Asimismo, se deben canalizar los procesos por medio de representantes de las comunidades indígenas, siguiendo todo un esquema sistemático de pasos debidamente informados, con el objetivo de que el alcance de la consulta sea el entendimiento y el consenso en la toma de decisiones.

A pesar de los lineamientos nombrados hasta ahora, numerosas organizaciones han señalado que si bien la obligación de consultar a los pueblos por medio de los comicios electorales, para elegir un modelo de gobierno o a un candidato se sigue cumpliendo como parte del obligado ejercicio democrático, dicha obligatoriedad no se aplica al Estado al momento de considerar a los pueblos indígenas en la toma de decisiones por parte de las instituciones públicas, las cuales ejecutan modelos extractivistas de desarrollo.⁴⁹⁶

Existen problemas que impiden el cumplimiento de la consulta, destacándose los megaproyectos en los que se involucran grandes intereses económicos; a pesar de las iniciativas de reforma constitucional, llevadas a cabo en diferentes países, los problemas burocráticos y la falta de voluntades políticas han acarreado la desaparición cultural de comunidades enteras.

Otra contradicción frecuente es la expresa voluntad para cuidar de los recursos animales y vegetales de las zonas donde existen asentamientos aborígenes; sin embargo, la misma voluntad no se produce al momento de proteger a los habitantes de dichos espacios. Todo esto trae problemas como usos limitados del agua, la madera y la práctica de la cacería dentro de los espacios habitados cuando estos son declarados reservas biológicas o parques naturales.

Un problema que se suma a estas limitaciones es el de las mujeres indígenas, quienes a lo interno suelen ser reconocidas en muchas comunidades como elementos de alta influencia en la vida de

⁴⁹⁵ Instituto Interamericano de Derechos Humanos. op. cit. p. 17.

⁴⁹⁶ *Ibid.*, p.40.

estos sectores; sin embargo, existen problemáticas impulsadas por agentes externos a la comunidad, tal es el caso de los conflictos bélicos, que las han convertido en botín de guerra y objeto de innumerables violaciones a los derechos humanos que siguen siendo invisibilizadas dentro de los contextos de pacificación postconflicto. Esta invisibilización viene, principalmente, de parte de los organismos Estatales, bajo la lógica patriarcal, que si bien están obligados a reconocer los derechos de quienes integran la comunidad aborígen, invisibilizan a las mujeres en la praxis real.⁴⁹⁷

Definir la naturaleza jurídica del derecho a la consulta previa supone una revisión desde sus orígenes hasta los alcances de ella. En líneas generales se suele aceptar que la naturaleza y esencia de la Consulta Previa (CP) está definida por la categorización de un derecho fundamental. La consulta previa, al estar relacionada con la protección de derechos como la identidad, la integridad étnica y cultural, o la participación representativa, puede considerarse como un derecho fundamental, sin duda, de naturaleza jurídica colectiva, ya que para su pleno ejercicio es necesario la participación de todos los integrantes a la comunidad y no surte efectos a título individual.

El derecho a la CP en cuanto a su naturaleza colectiva se enmarca en los derechos fundamentales de tercera generación, protegiendo a estos grupos identificados, para el caso, como pueblos indígenas. Con ello estamos afirmando el carácter difuso de los derechos de tercera generación, lo que se traduce que, respecto a su violación, en principio no es posible determinar específicamente quiénes serían los afectados. En discrepancia con este tipo de afirmaciones, los derechos colectivos tienden a referirse a grupos más específicos. Los derechos colectivos de los pueblos indígenas, sin duda, son propios de quienes los integran e incluyen también a los derechos individuales, en cuanto a que los grupos humanos que son sus titulares están formados por individuos, y dicha circunstancia crea condiciones para el ejercicio de derechos individuales.

En ese entendido, los derechos colectivos de los pueblos indígenas implican y protegen el derecho individual a la cultura de cada persona. El derecho colectivo a un medio ambiente sano ampara tanto la salud de la comunidad como la de cada uno de los individuos que la forman. Sin embargo,

⁴⁹⁷ *Ibid.*, p. 42.

los derechos colectivos son entendidos como indivisibles, es decir, pertenecen a un grupo, y con él, corresponde a todos y cada uno de sus miembros individuales, con abstracción del grupo ⁴⁹⁸

Los principios que conforman la CP están basados, así, en el derecho a la igualdad, es decir, la no discriminación o aislamiento; la dignidad, o sea, el estado social a ser tratados como sujetos y no como objetos; y la autodeterminación, que se basa en las decisiones propias de la población a establecer un desarrollo social, político, económico, para su comunidad, o mantener el estatus que llevan.

No obstante, el derecho a la consulta previa apareció dentro del contexto de las políticas neoliberales que disminuyó el poder del Estado y que buscaban con ese derecho, crear espacios en donde los indígenas y los empresarios inversionistas pudieran hacer negociaciones, ignorando la asimetría que existe entre unos y otros. Solo es suficiente imaginar estos espacios tomando en cuenta las diferencias relativas a la disponibilidad de los equipos legales, el acceso a la información, los recursos financieros y los vínculos con los poderes a nivel local, nacional e internacional, entre otros⁴⁹⁹.

Cabe destacar que, son cuatro las características esenciales que se toman en cuenta para determinar el contexto en el que se producen los cambios de rumbo en las políticas de intervención, los cuales afectan los derechos de los pueblos indígenas. La primera es que América Latina vive un proceso de búsqueda de concesiones para las explotaciones y las industrias extractivas, la construcción de hidroeléctricas, la explotación de los recursos naturales y los distintos megaproyectos que afectan las tierras y los territorios de pueblos indígenas y tribales.

La segunda característica se vincula con la preocupación generalizada del cambio climático y de la crisis ecológica, lo cual ha provocado el surgimiento de políticas y programas como *United Nations Reducing Emissions from Deforestation and forest Degradation*, y de otras iniciativas, algunas que son cuestionables y contradictorias, pero aparecen orientadas a conservar la biodiversidad y la protección de la diversidad étnica y cultural.

⁴⁹⁸ Cfr. / Peces-Barba, G. (2001). “Los derechos colectivos. Una discusión sobre derechos colectivos”, Dykinson, Madrid, 67-76. Y: Chávez, C. V. (2000). *De la exclusión a la participación: pueblos indígenas y sus derechos colectivos en el Ecuador*. Editorial Abya Yala. Revisar también la articulación de los fundamentos filosóficos de estos derechos, y las coordenadas del paradigma del reconocimiento de estos desde el ámbito de las Teorías de la Justicia. En: Pérez De La Fuente, O. (2003). *Pluralismo cultural y derechos de las minorías*. Disponible en el archivo: 2003 - e-archivo.uc3m.es

⁴⁹⁹ *Ibid.*, p. 195.

La tercera característica se centra en el reconocimiento a nivel internacional, la expansión y la apropiación de la normativa que establece el nuevo paradigma relacionado con los estados y las denominadas minorías.

Para finalizar, la cuarta categoría se trata del aumento de las organizaciones indígenas y afrodescendientes, ya sea en el modelo de organizaciones no gubernamentales como en las del orden más orgánico y tradicional, que amplía la visibilidad, movilización política y la incidencia ante el Estado⁵⁰⁰.

El contexto en el que suceden estas reformas se propaga en un modelo neoliberal, en cuya agenda se establece la ampliación de la ciudadanía de los sectores sociales que han sido excluidos por la modernidad. En la actualidad, son todos bienvenidos al mercado, es decir, las mujeres, indígenas, afrodescendientes, homosexuales, entre otros. De esta manera se define la ciudadanía por el neoliberalismo, ello en lo relativo al acceso al mercado, enfatizado en los elementos más prácticos, el estado neoliberal otorga diversas diferencias sobre el modelo previo al estado liberal-burgués-capitalista.

En dicho contexto se promovían en los pueblos indígenas diversas funciones que previamente eran responsabilidad del Estado, como la justicia. No obstante, se entiende que en la agenda de los sectores sociales no se limita al acceso del mercado, el cual es un efecto posiblemente no previsto por los ideólogos y estrategias del neoliberalismo que es un aumento de la ciudadanía y la capacidad de la incidencia ante el Estado y el peso concreto que tiene la cultura en la conformación y la proyección de las movilizaciones de los pueblos en defensa de la localidad, el territorio, la naturaleza y la autonomía⁵⁰¹.

Cabe destacar que, al reconocer la existencia de pueblos indígenas originarios y su dominio ancestral sobre sus territorios, se garantiza una libre determinación en el ámbito de unidad del Estado, el cual consiste en el derecho a una autonomía, autogobierno, cultura, reconocimiento de sus instituciones, y una consolidación de las entidades territoriales, de conformidad con la Constitución y las leyes como ocurre por ejemplo en Bolivia, según ya vimos. Por lo que es evidente el respeto a una libre determinación de los dominios ancestrales, ya que quien mejor que

⁵⁰⁰ *Ibid.*, p. 196.

⁵⁰¹ *Ibid.*, p. 199.

estos pueblos para conocer lo conveniente o no en todos los aspectos, políticas sociales, actividades económicas salud o infraestructura, que ayudan o no a provocar un daño en la integridad del pueblo.

Debido a ello, el respeto de los territorios gobernados por los pueblos indígenas se plantea como un deber del Estado a través, justamente, de la promoción de la consulta previa, libre e informada relativa a todas las actividades previstas o planificadas para desempeñar en el territorio.

Asimismo, la Consulta Previa se constituye como el derecho esencial que poseen los pueblos indígenas cuando se implementan las medidas legislativas y administrativas, o cuando se realizan proyectos, obras o actividades en su territorio, que buscan una forma de protección de la integridad cultural, social y económica y garantiza el derecho a participar.

Todo ello se sustenta en el derecho de los pueblos de decidir sobre sus propias prioridades en lo relativo al proceso de desarrollo, en la medida en que se logre afectar la vida, creencias, instituciones y el bienestar espiritual y las tierras ocupadas o utilizadas, así como de controlar, hasta donde sea posible, su desarrollo en los ámbitos económico, social y cultural⁵⁰².

A partir de la perspectiva pluralista, el poder puede observarse centralizado, como algo fluido y de acuerdo con las situaciones, por lo que no existe una élite, sino un sistema multicéntrico, que posee varios centros que conviven en un continuo vínculo conflictivo y de negociación. Así como también la independencia, permeabilidad y la heterogeneidad de los distintos segmentos del estrato político que buscan garantizar totalmente al grupo insatisfecho⁵⁰³.

Aun cuando, el artículo 6 del citado Convenio 169 consagra el derecho a consulta previa que tiene como fin el lograr un consenso sobre los temas planteados. Se postula como una conjugación de la libre determinación y las relaciones ente el Estado y este sector de la población, cuando existen intereses en pugna. De este modo se pretende lograr decisiones legitimadas por la aprobación de los interesados, que ha de surgir de un procedimiento que permita la plena comprensión de los sujetos involucrados.

⁵⁰² Paco, A., R., ob. cit. p. 41

⁵⁰³ Canto, S., R. (2017). "Participación ciudadana, pluralismo y democracia", en: *Tla-melaua*, núm. 10, pp. 21-35. http://www.scielo.org.mx/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S1870-69162017000100054

En este sentido explica Aparicio⁵⁰⁴ que este derecho tiene una dimensión objetiva, por lo que la consulta previa opera como un aseguramiento para que la voluntad de los más débiles sea escuchada y debidamente valorada. Comporta un mecanismo de contención al imperio de Estado, en virtud que reconoce la desigualdad entre los sujetos, donde unos pueden cercenar la esfera jurídica de otros.

De este modo el crear un procedimiento de consulta previa conlleva reconocer la poca representación de las comunidades originarias en las instancias estatales, que los ubican al margen, aun cuando se denominen de “democracia representativa”. Asimismo, explica que la forma en que concibe la igualdad y la disparidad que se observa entre los grupos, torna ilusoria dicha garantía.

Así expone Aparicio que:

en efecto, los derechos colectivos, y entre ellos los de los pueblos indígenas, surgen como respuesta a la desigualdad entre grupos, el problema en el caso de los derechos indígenas es que dicha igualdad llega en la mayor parte de los casos a extremos que desactivan radicalmente sus posibilidades de incidencia.⁵⁰⁵

Una de las dificultades para que la consulta previa se materialice como un mecanismo de participación plena de la comunidad tal como fue planteada es que ella parte de un proceso creado por el Estado mismo y con grandes formalismos jurídicos, lo que impide que sea un auténtico encuentro de culturas. La relación basada en la “consulta” limita a uno de los actores al papel pasivo de la relación jurídica. No hay, por tanto, un diálogo en las condiciones en que hemos revisado ha de darse el proceso dialógico del PJ.

Por otra parte, el derecho a la consulta previa a los pueblos originarios o indígenas se ha convertido en fuente de conflictos internos de carácter sociocultural, ambiental y legal, que cada vez más se acrecientan en las realidades latinoamericanas.

Otra dificultad es la asociada al hecho de que con frecuencia la consulta se realiza entre las entidades privadas que buscan explotar los recursos naturales y comunidades con necesidades básicas desatendidas, situación que lleva, en la praxis, a que se acepten importes y cedan en sus

⁵⁰⁴ Aparicio W., M. (2015). “Derechos y pueblos indígenas: avances objetivos debilidades subjetivas”, en: *Revista de Antropología Social*. No. 24. p. 142.

⁵⁰⁵ *Ibid.*, p. 143.

derechos, para satisfacer sus necesidades inmediata⁵⁰⁶s. En este sentido, se observa que la consulta previa no logra los objetivos planteados y que sirve en ocasiones como una suerte de escudo legitimador del poder colonial, lo que sin duda deja sin sobrepasar el desafío político que el PJ está llamado a superar en este campo liminal que examinamos.

1.3. La propuesta de un horizonte democrático, pluralista e intercultural para el diálogo hermenéutico y agonístico. Desafío primero

Es importante resaltar que, existe un vínculo indispensable entre el conflicto y el diálogo, como la redefinición de una idea de consenso que se propone a partir de la racionalidad comunicativa. De esta manera, es indispensable el internalizar el problema que sustenta el conflicto, del antagonismo y la decisión, debido a que sólo si se reconoce el antagonismo es posible captar toda la tarea a la que se consagra la policía democrática.

La reflexión acerca de los límites que traban una concreción efectiva del PJ no se centra únicamente en el establecimiento de las limitaciones de las condiciones para un consenso racional, sino también en el desactivar el antagonismo potencial existente en estas relaciones sociales a través de los cambios paradigmáticos que supone el Derecho con esta propuesta epistemológica que hemos venido estudiando del Pluralismo Jurídico. Es una mirada a través del contexto de conflicto, que se ha podido llegar hasta este punto en el cual nace la necesidad de la presencia permanente de lo político, conformando lo social.

A partir de esta perspectiva, y como resultado del cuestionamiento del consenso racional comunicacional, se plantea la reflexión que sustenta el sentido deliberativo de la democracia, así como también de las perspectivas comunitarias radicales que rehacen el pluralismo, en función de replantearlo, en sus limitaciones, como un conflicto en un sentido constitutivo e integrador.

Cuando Aparicio señala que por mucho que se pueda hacer un uso contra-hegemónico de los derechos, no puede olvidarse que éstos tienden a garantizar la seguridad jurídica a través de la individualización de los sujetos, está planteando el meollo de la paradoja a partir de la cual nace la necesidad de este último desafío para el PJ.

⁵⁰⁶ Cfr.: Aparicio W., M. (2018). “Lo que nos cuenta el (no) derecho a la consulta previa. Una reflexión sobre derechos y pueblos indígenas”. *Tiempo de paz*, (131), Pp. 60-72.

El Derecho se encarga de recoger y categorizar las circunstancias que le sean precisas para reivindicar su estatus precisamente jurídico, esto es, para legitimarse. En ese sentido continúa Aparicio explicando que ese efecto individualizador del Derecho, frente a las pretensiones colectivas, choca con, o quizás sea consecuencia de, una especie de tensión ontológica de los derechos en el Estado liberal⁵⁰⁷. Al respecto cita a Bauman cuando recoge la idea de la siguiente forma: “está en la naturaleza de los ‘derechos humanos’ el hecho de que, aunque se hayan formulado para ser disfrutados de forma individual [...] sea preciso luchar por ellos y conquistarlos de forma colectiva”⁵⁰⁸.

Este airado rechazo que han generado en la doctrina jurídica convencional, el reconocimiento de los derechos de los pueblos indígenas a partir de su naturaleza de derechos colectivos, aunado a las limitaciones recién revisadas de los procedimientos de participación igualitaria de estos pueblos indígenas (CP), se enmarca, en el ámbito político y económico, el campo liminal del PJ tercero. Y es precisamente aquí donde nace el desafío a este término, como una suerte de articulación, de la propuesta del Horizonte Democrático, Pluralista e Intercultural (HDPeI) del profesor Faundes.

Debido a lo antes expuesto, y contextualizando la propuesta de Faundes, se considera que, para poder hablar de un presupuesto democrático en las sociedades modernas, asumiendo los campos liminales recién analizados, es necesario integrar la dimensión antagónica de lo político. Ello debido a que el fin de la democracia no se centra en la eliminación de las pasiones ni en desplazarlas a una esfera privada, sino que las mueve y las pone en escena, según los dispositivos agonísticos que benefician el respeto al pluralismo. En otras palabras, aunque con la mayor incorporación de los actores sociales en el conflicto no se podrá evitar completamente el agonismo, como una tensión característica de las relaciones políticas, se permite articular de forma democrática, los procesos institucionales debatidos en el campo político dinámico y complejo, efectivizando o salvando de sus propios límites, al PJ.

Esa misma tensión agonística es constituida en un presupuesto de la democracia que desequilibra y modifica, pero también abre la posibilidad de una mayor democracia. Con respecto a la conformación de las identidades colectivas, se debe aclarar que toda la identidad contempla una

⁵⁰⁷ Aparicio W., M. (2020) “Introducción: Derechos en disputa y resistencias indígenas”. En: Aparicio W., M. y Varo Barranco, A. (Editores). *Resistencias indígenas*. Contribuciones del X Encuentro Multidisciplinar de Pueblos indígenas. Universitat de Girona, España. p. 14.

⁵⁰⁸ Bauman, Z. (2003). *Modernidad líquida*. Primera edición, Fondo de Cultura Económica, México. p. 16.

diferencia y estipula que servirá al exterior, y que las identificaciones colectivas implican en cada persona una contraposición o delimitación de ellos⁵⁰⁹.

Aunado a ello, establece que siempre se presenta la posibilidad de que esa relación sea transformada en un vínculo antagónico. A nivel interno de la comunidad política, el otro no debe ser un oponente al que se debe combatir, sino un adversario legítimo con el cual se comparte el espacio. Sin embargo, la categoría de enemigo nunca se desvanece por completo, ya que continúa siendo pertinente y necesaria sobre las personas que superan el orden, por el que no se entra en un círculo de iguales.

Por otro lado, el asunto decisivo de la política democrática no se centra en la llegada a un consenso sin exclusión, sino en el establecimiento de la discriminación nosotros-ellos de forma que sea compatible con el pluralismo. El enfrentamiento a nivel global actúa con formas de consenso que establecen la adhesión a algunos valores ético-políticos que le otorgan legitimidad al marco de las instituciones en las que se circunscriben. Empero, también desempeñan conflictos que necesitan de la constitución de las identidades colectivas relacionadas a las posiciones diferenciadas. De esta manera, la propuesta agonística establece la evidencia en dos ejes, que se supeditan entre el conflicto y el diálogo.

A tal efecto, se considera que un acuerdo total en términos de la democracia nunca será completamente posible y, especialmente si se contempla la anulación de la posición política de los sujetos. La máxima inclusión, el respeto de las posiciones sociales y políticas, inclusive, son el centro del conflicto. Ello contempla la búsqueda de puntos de encuentro que ayudan a articular el orden social que nunca termina por la deliberación, articulación esta que nos arroja directamente a la tensión agonística, en los términos de la filosofía política de Chantal Mouffe y su propuesta de un pluralismo agonista⁵¹⁰.

Por otro lado, también en lo concerniente al ámbito cultural, se debe mencionar que el reconocimiento aparece como una lucha que nace de las dimensiones prepolíticas, subjetivas e intersubjetivas, y también se piensa como una disputa política. En este sentido, se discurre que las

⁵⁰⁹ Faundes, J. (2015). “Pensando un horizonte democrático, pluralista e intercultural para el reconocimiento de los pueblos indígenas en América Latina, desde una relectura crítica a Laclau y Mouffe”, en: *Revista chilena de derecho y ciencia política*, no. 6. Pp. 85 y sig.

⁵¹⁰ *Ibid.*, p. 89

luchas por el reconocimiento constituyen el contenido del pluralismo agonístico, establecido en las articulaciones democráticas, en la lucha del poder por el poder.

En este sentido, se ha de considerar una suerte de distancia con la fórmula del pluralismo democrático radical, en especial en lo relacionado a las demandas indígenas en América Latina, pues si bien el reconocimiento puede ser razón de un conflicto cultural, además, con él se puede cuestionar el principio de igualdad, en términos de Faundes, como una matriz que ordena la democracia liberal imperante⁵¹¹.

Se debe reflexionar, sin embargo, en el peligro que conlleva la emergencia radicalizada de las identificaciones de carácter nacionalista, religioso o étnico, que se puede derivar del proceso agonístico opuesto a las deliberaciones democráticas. También se observa en distintas sociedades la disolución de proyectos políticos, a partir del centralismo en que solo compiten por el poder político.

Cabe destacar que, en la paradoja democrática, se otorga una definición de lo que se considera por pluralismo agonístico, una alternativa para el modelo de la agregación y el modelo deliberativo, caracterizado por el reconocimiento del carácter democrático proveniente del hecho de aceptar que el poder se centra en la base de la sociedad, y en cada identidad hegemónica, que busca una forma de direccionamiento del poder de forma compatible con los valores de democracia. De esta forma se contraría la pretensión del enfoque deliberativo, de que en la medida en que se democratiza la sociedad, las relaciones sociales van perdiendo de forma progresiva el poder.

En este sentido, el pluralismo agonístico, se constituye como un reconocimiento de la dimensión conflictiva de la sociedad democrática pluralista. Por lo cual, el pluralismo agonístico no socava las bases de la democracia como lo considera *Habermas*, sino que contrario a ello, permite que coexistan las identidades sociales de diferentes proyectos de democracia en la confrontación antagónica, en donde se relacionan en los términos políticos como un vínculo de amigo-enemigo que no tiene efectos en la sociedad civil⁵¹².

⁵¹¹ *Ibid.*, p. 91.

⁵¹² Almarza, S., M. (2006). "Chantal Mouffe y el giro de la filosofía política moderna. Nuevos horizontes para pensar la política". Informe Final para optar al grado de Licenciado en Humanidades con mención en Filosofía. Universidad de Chile, Santiago. p. 39.

Por otro lado, se asevera que la relación de amigo-enemigo es de gran importancia en la política únicamente entendida desde esta distinción. Por otra parte, se entiende por distinción de nosotros-ellos lo que es necesario delimitar en la frontera, por lo que puede abordarse desde el nosotros. Si se parte de la premisa de que la condición de existencia del nosotros se basa en un ellos, continúa con la idea de exterior constitutivo, por lo que se acepta un matiz de diferencia. No obstante, también el nosotros, va a permitir diferentes formas de unidad entre sus componentes, pero Schmitt considera que únicamente es posible que nazca una forma de unidad como una entidad.

Aunado a ello, en la paradoja democrática, nace la idea de la democracia necesitada de igualdad política, idea que proviene de la convicción previa de que cuando se está en democracia, se convive en una sustancia común. Dicha sustancia se conoce como una necesidad de homogeneidad.

Por lo tanto, con esa necesidad de homogeneidad se evidencia en la democracia la búsqueda del reconocimiento de los tipos de vínculos, antes de la formación de la comunidad política democrática, por lo que se analizó la naturaleza de la amistad que define el nosotros de la democracia. Para este autor no era posible la coexistencia de la democracia con el ideal de la homogeneidad, debido al pluralismo de dos conceptos irreductibles, los que se excluyen en la insuperable contradicción⁵¹³.

Como consecuencia, desde su punto de vista, el único pluralismo legítimo era el pluralismo de Estados, y se rechazó todo tipo de pluralismo en el interior de la democracia, y sostuvo la negativa de lo equivalente a la negación de lo político. El Estado, a partir de ello, ha aparecido como una identidad completamente dependiente de la variedad de las agrupaciones humanas que conformaban la sociedad, con los que se vincula una constante tensión a través de las negociaciones, lo cual debilita grandemente la forma de un árbitro entre las fracciones en competencia, se optó por la formación de una nueva tensión.

De esta manera, la democracia no podría ser una unidad en control de un principio, sino que la naturaleza le corresponde una tensión en los diferentes grupos en continuo conflicto. Esta idea propone una vuelta a los valores de democracia que se olvidaron y usaron, como el origen del reconocimiento de que el seno de la democracia centrado en la confrontación del carácter antagonista e irreconciliable, por lo que se asevera en primer lugar que un proyecto de democracia

⁵¹³ Almarza, S., M. op. cit. p. 25.

parte del reconocimiento de la legitimidad de la otra persona. Ello debido a que, si esto no sucede, no podría existir un espacio común simbólico, sino que habría una sola intención de las diferentes identidades de erradicación⁵¹⁴.

Dicho espacio común del simbolismo se determina por la concepción de la ciudadanía como una república, si se consideran los aspectos positivos de la concepción, y se ignoraba la idea esencial del bien común y la reformulación de las nociones del bien común y de comunidad política se estaría ante la formulación del proyecto de democracia radical sustentado en la idea de una ciudadanía radical.

Para todo ello, es indispensable principalmente que se deconstruyan las identidades fundamentadas en la virtud de la creación de unas nuevas, integradas por los ciudadanos democráticos identificados de forma colectiva en los principios de la libertad y la igualdad, pero evitaba considerar el principio de racionalidad, y se considera las diferentes posiciones subjetivas y las relaciones sociales que resultan de ello⁵¹⁵.

Frente a estas reflexiones el escenario ante el cual nos encontramos es de una fórmula sencilla: el PJ a pesar de posicionarse como la categoría epistémica más idónea para el estudio del Derecho, presenta cuando menos tres campos liminales ante los cuales el desafío es alto.

En lo filosófico, la paradoja de lo universal frente a la particularidad de las culturas se sobrepasa con una idea externa y formal de bien que hemos propuesto.

En lo jurídico, las falencias de los mecanismos de coordinación, la poca receptividad incluso del NCL de dispositivos efectivos de reconocimiento de los sistemas jurídicos propios para los pueblos indígenas, y la necesidad de configurar en todos los ámbitos, ese nuevo paradigma gnoseológico del Derecho, son necesarios para la superación de lo que se ha considerado como falsa utopía.

Y en el plano social, referido en lo económico y en lo político, de manera especialmente intensa en las últimas décadas en toda América Latina, aparece una necesaria perspectiva, más amplia, para poder valorar procesos de resignificación política colectiva. Si se entiende que la disputa de poder, y de sentidos, va más allá de los textos jurídicos y de las proclamas, será más factible

⁵¹⁴ *Ibid.*, p. 25.

⁵¹⁵ *Ibid.*

defender un proceso que apunte a la transformación de las condiciones materiales de existencia, de la subjetividad política de los de los pueblos indígenas⁵¹⁶.

Ante la necesidad de enfatizar la dimensión política de los derechos de los pueblos originarios y su vinculación con los sujetos y prácticas de un pluralismo jurídico agonista en los términos planteados, se propone la ruta trazada por Faundes con relación al planteamiento de una democracia, nunca alcanzable del todo, que es condición de un proceso de reconocimiento incluyente de los pueblos indígenas que hemos denominado un horizonte democrático, pluralista e intercultural⁵¹⁷.

El profesor Faundes funda su propuesta del HDPeI en la crítica al concepto de reconocimiento de Axel Honneth que él mismo denomina la “lucha por el reconocimiento”⁵¹⁸. Tomando la existencia de la identidad cultural de los PI, plantea superar la visión de la diferencia, a partir del principio de igualdad, en el entendido de las democracias liberales constitucionales, al estilo de lo propuesto por Ben Habib.

Es importante referir la mirada que hace Faundes al reconocimiento del derecho a la identidad de los PI por cuanto sus ejes centrales justifican la herramienta hermenéutica del HDPeI que nos interesa. El primero de esos ejes está dado por la definición intercultural de los derechos humanos. Y el segundo, por la necesaria transformación de la democracia y la ciudadanía en una perspectiva plural, intercultural y constituyente; lo que viene a constituir el referido horizonte democrático, pluralista e intercultural, como punto de llegada, nunca posible del todo, como él mismo subraya⁵¹⁹.

Con relación a la justificación de los ejes sobre los cuales funda su propuesta, Faundes dedica uno de sus primeros trabajos a explicar el democrático pluralista, presentado desde una propuesta intercultural latinoamericana. Al efecto, desarrolla un enfoque preferentemente teórico, ofreciendo los presupuestos conceptuales para comprender en el marco de las luchas democráticas

⁵¹⁶ Aparicio W., M. (2020) “Introducción: Derechos en disputa y resistencias indígenas”. En: Aparicio W., M. y Varo Barranco, A. (Editores). (2020). *Resistencias indígenas. Contribuciones del X Encuentro Multidisciplinar de Pueblos indígenas*. Universitat de Girona, España, p. 13.

⁵¹⁷ Faundes, J. (2015). “Pensando un horizonte democrático, pluralista e intercultural para el reconocimiento de los pueblos indígenas en América Latina, desde una relectura crítica a Laclau y Mouffe”, en: *Revista chilena de derecho y ciencia política*. No. 6. p. 87.

⁵¹⁸ Honneth (1997). Citado por Faundes, J. (2015). Ob. Cit.

⁵¹⁹ Faundes, J. (2015) Ob. Cit. p. 85.

latinoamericanas, las respectivas disputas de los pueblos indígenas, como sujetos políticos que luchan por su reconocimiento y el ejercicio efectivo de sus derechos.

Como explicamos al comienzo de este párrafo, se funda en las propuestas teóricas del pluralismo agonístico de Laclau y Mouffe, bajo una mirada de la democracia sostenida en articulaciones democráticas («hegemónicas»), re- comprendida crítica e interculturalmente. Esta perspectiva la condiciona, como se explicó, a la postura de Honneth. Se trata pues de una mirada intercultural del derecho y la justicia que reconoce a los pueblos indígenas como sujetos con su propio derecho, partícipes políticos de un consenso plural y contextualizado, siempre limitado por conflictos, como escenario para salvar la aporía que puede verse constituida a partir de los campos liminales del PJ.

Si, como se justificó, el reconocimiento de los derechos de los PI en general, según la propuesta de Faundes, supone la existencia de una relación dual, de alcance paradójico, conflicto-diálogo, para apostar por un tipo de democracia plural, agonística, siempre imperfecta y sujeta a reversiones, en tanto que sobre ella el PJ desafía sus propios límites, no queda más que revisar la derivación del pluralismo jurídico agonista, en ese sentido.

De acuerdo con lo que Faundes llama: desplazamiento de la matriz liberal «igualdad-libertad», hacia otra de carácter democrático intercultural, se incorpora radicalmente la cuestión de la inclusión plural de las identidades indígenas, del conflicto consustancial a su reconocimiento y la reapropiación del ejercicio del poder público, como derecho a la decisión. Así, la interculturalidad emerge como un valor democrático fundamental para la comunidad política, como como una categoría ética del convivir con otros⁵²⁰.

De acuerdo con Faundes, esta nueva matriz política e institucional requiere ser instalada axiológicamente en el orden positivo, como acuerdo fundamental común de apertura a la diferencia cultural y a los derechos que ella involucra, lo que permitirá articular los procedimientos y establecer los puentes necesarios para el reconocimiento, como diálogo «entre pueblos» postulado como la base social.

Recoger este enfoque transicional como elemento esencial de las democracias latinoamericanas, en general, y para el caso de Venezuela, en particular, es el desafío final que, a partir del método hermenéutico, propondremos en el capítulo final, siguiente.

⁵²⁰ *Ibid.*, p. 87.

2. La universalidad de los valores y la pluralidad cultural. Del miedo a lo desconocido al odio por la diferencia

Acerca de la liminidad axiológica del PJ: Necesariamente la superación del falso dilema entre el universalismo, versus el particularismo cultural, nos lleva a la idea de la razón dialogada a la que alude Habermas cuando nos expone que, sin perder la heterogeneidad, se permitirá la articulación de las diferencias, logrando una unidad, una integración no homogeneizadora de lo diferente⁵²¹.

La ética de la responsabilidad como concepto, aparece hoy día construida por el consenso y la solidaridad de las voluntades, y, de hecho, se ha venido convirtiendo en la nueva ética universalista, en una ética dialogada que se articula a través de la interacción social⁵²². En este sentido el desafío de superar su propio límite axiológico llama al PJ, a rescatar la diversidad cultural y normativa, abandonando sus urgencias universalistas, pero estableciendo un orden dentro de lo variado, una unidad que no sacrifique lo múltiple.⁵²³

2.1. El diálogo frente a la pluralidad cultural, una necesidad imperiosa e inexorable

Para la construcción de un Estado plural multicultural que no lesione el bien común, es indispensable el diálogo, la eliminación de los prejuicios por las diferencias culturales y la importancia de la “otredad”, debido a que el conocerse no se trata de lógica, sino de intención moral. Ello en tiempos de sensibilidad, cuando a la razón no se le reconoce su gran importancia no puede descansar únicamente en la lógica. Es importante resaltar que la Nación no se define por la formación de un espacio unido por la ciudadanía, sino debido a la búsqueda de la comunicación entre las diversas culturas. Ello demuestra la necesidad del Estado multicultural que permita la diversidad de la sociedad y la cultura, el cual sea compatible con la democracia, debido a que dicha multiculturalidad, hace referencia a la opción de desarrollo en el ámbito de la democracia en una diversidad de identidades, valores y formas culturales⁵²⁴.

La pluralidad necesita de explicación y de matización de los planteamientos. Lo multicultural se usa como una suerte de fórmula mágica para solventar los problemas y presentarlos de tal manera

⁵²¹ Cabedo Mallol. Op. Cit. p. 82.

⁵²²Ideas de Karl-Otto Apel, explicadas por Cabedo Mallol, Op. Cit. p. 83.

⁵²³ De Trazegnies. “Posmodernidad y derecho...”. Citado por Cabedo Mallol, Op. Cit. p. 82.

⁵²⁴Oscar Alba y Sergio Castro (2016). *Pluralismo Jurídico y Norma de Conflicto en Escenarios de Interculturalidad. Pluralismo Jurídico e Interculturalidad*, en: IDEI, Bolivia. <https://www.bivica.org/files/sistema-juridico-interculturalidad.pdf>

que, las personas que están de acuerdo con ellos, debido a un entendimiento erróneo, polaricen la opinión pública en lugar de atesorarla en aras del bien común⁵²⁵.

En el momento de analizar estas nociones es necesario tener claro que existe un multiculturalismo liberal, otro comunitario, y frente a estos, otro plural y completamente analógico-barroco. Por su parte, mientras el multiculturalismo liberal es caracterizado por la predominación de la moralidad de los individuos, el comunitario defiende la prioridad moral de las comunidades, y frente a estos dos, aparece finalmente el multiculturalismo pluralista, en una suerte de combinación de las dos anteriores⁵²⁶.

Cabe destacar que, como se ha visto a lo largo de este trabajo, el pluralismo jurídico se sustenta en la necesidad de proporcionar respuestas a la concepción monista del Estado, en donde sólo es posible identificar al mismo con la Nación. Este sustento del pluralismo se funda en que puede existir un Estado con múltiples naciones. Sin embargo, al presentarse un conflicto con la concepción de que únicamente el Poder Legislativo tiene legitimidad en la producción de normas jurídicas, se produce la necesidad de un cambio en la Constitución de Estados modernos, ciertamente, pero todo este giro paradigmático supone un asidero axiológico que en sí mismo, puede parecer difícil de asumir. Este es el que hemos dado en llamar, como primer hallazgo de la presente investigación: campo liminal filosófico-axiológico del PJ.

Se ha visto cómo el orden jurídico nacional no abarca únicamente las normas que se emiten por las instancias señaladas, sino también cómo este orden jurídico nace de otro tipo de instancias con caracteres más bien públicas y colectivas, lo que se entiende como “comunales”. En este sentido, la realidad es la que produce la necesidad de una regulación de convivencia que por lo general es forzada y no está exenta de tensiones. Por lo que resulta necesario un tratamiento libre de simulaciones, para que pueda llegarse a alcanzar la unidad basada en el respeto y tolerancia de diversos modos de vida.

A nivel normativo se evidencia la pluralidad, no se forma nada nuevo, únicamente se reconoce lo que ya existe y se busca respetar la diversidad, de manera que se integra el Estado con la Nación, a través de las vías de comunicación entre el derecho indígena y el derecho oficial, el cual no significa una subordinación de uno a otro. Contrario a ello, significa que existen simultáneamente

⁵²⁵ *Ibid.*

⁵²⁶ Alba, O. ob. cit. p. 12.

diversos sistemas jurídicos en el mismo ámbito, en el que uno de los pilares más importantes es el diálogo entre sus diferentes actores⁵²⁷.

La construcción de un Estado pluralista debe aceptar el pluralismo jurídico y las consecuencias provenientes del mismo. Por otro lado, el Estado a lo largo del tiempo adquirió nuevas funciones que cambiaron la arquitectura institucional, debido a que las modificaciones no se realizaban con la finalidad de mantener un equilibrio de la acción del Estado, y la unidad del derecho se vio afectada.

Es importante recordar como se dijo en la Parte I de este trabajo, la multiculturalidad se enfoca en la tolerancia y la coexistencia entre las culturas, y la interculturalidad se sustenta en el respeto, la convivencia, el diálogo y el aprendizaje mutuo. Asimismo, la multiculturalidad posee una concepción formal de justicia sustentada en el reconocimiento de derechos, y la interculturalidad busca garantizar la justicia sustancial que equilibra la justicia cultural con la justicia social⁵²⁸.

Por otro lado, el enfoque intercultural comparte un ideal de igualdad entre culturas, y suma la necesidad de un diálogo y un aprendizaje mutuo. Las relaciones y el aprendizaje de las culturas resultan inevitables, y se presenta en desigualdad de condiciones, lo cual produce el colonialismo, asimilacionismo o discriminación, entre otras consecuencias. Por lo tanto, se tiene como fin que dichas relaciones se han de realizar en condiciones de igualdad. Este intercambio siempre resulta conflictivo, por lo que más allá de intentar eliminarlo, busca orientarse a un desarrollo personal y colectivo.

Debido a ello, el respeto y la convivencia culminan con las relaciones desiguales de culturas, que conforman un ambiente armónico de diálogo y aprendizaje mutuo, de esta manera, la interculturalidad no se dedica a asumir la perspectiva del otro, sino a que sea posible la intervención de uno, y se abren así diversas perspectivas interculturales⁵²⁹. Resulta oportuno resaltar además que, el diálogo no ha de considerarse nada más como una técnica pedagógica que trae consigo resultados ya conocidos desde el inicio por los promotores y operadores, sino que se constituye como un proceso abierto, útil y necesario para el desafío que se nos presenta.

⁵²⁷ Antúnez, S., A. y Díaz, O., E. (2016). “La justicia indígena y el pluralismo jurídico en Ecuador. El constitucionalismo en América Latina”, en: *Derecho y Cambio Social*, Chile.

⁵²⁸ Elisa Cruz, R. (2012). “Pluralismo cultural y derechos humanos: la crítica intercultural”, en: *Justicia Juris*. No. 8. Pp. 41-55.

⁵²⁹ *Ibid.*, p. 42.

En contra de las perspectivas sustentadas en el consenso, que buscan crear acuerdos entre las diferentes doctrinas, el diálogo intercultural produce modificaciones en las concepciones, valores y tradiciones de las personas y los grupos. No tiene como fin el alcanzar un consenso sobre los principios garantistas de la coexistencia, sino establecer un proceso de convivencia razonable⁵³⁰.

Así, la interculturalidad emerge como un valor democrático fundamental para la sociedad, como una categoría ética del convivir con otros y como nueva matriz política e institucional, la cual requiere ser instalada axiológicamente en el orden positivo, como acuerdo fundamental común de apertura a la diferencia cultural y a los derechos que ella involucra. Esta matriz permitirá articular los procedimientos y establecer los puentes necesarios para el reconocimiento, como diálogo “entre pueblos” postulado como la base social originaria del Estado⁵³¹. Estamos hablando del PJ.

En consecuencia, la urgencia de un diálogo intercultural no busca, en palabras de Faundes, un consenso de tipo deliberativo o racional comunicativo habermasiano, sino más bien un consenso nunca posible del todo, de clave intercultural y paradójica, mostrado en el binomio: conflicto y diálogo⁵³².

Faundes nos ofrece el apoyo de Rancière:

La esencia de la política es el disenso. El disenso no es la confrontación de intereses u opiniones... La manifestación política deja ver lo que no tenía razones de ser visto, aloja un mundo en otro... Es la razón por la cual la política no puede identificarse con el modelo de la acción comunicativa. Ese modelo presupone socios ya constituidos como tales y formas discursivas de intercambio como implicando una comunidad del discurso, donde la coacción siempre es explicitable. Pero lo propio del disenso político es que los socios no están más constituidos que el objeto y la escena misma de la discusión. Aquél que hace ver que pertenece a un mundo común que el otro no ve, no puede estar premunido de la lógica implícita de ninguna pragmática de la comunicación⁵³³.

Ahora bien, esta premura de un diálogo intercultural como superación del límite axiológico para el PJ se aproxima también, a partir de la hermenéutica de H. -G. Gadamer, al planteamiento de la filosofía contemporánea del diálogo y la alteridad, en el cual se busca la forma específica de la

⁵³⁰ *Ibid.*, p. 44.

⁵³¹ Yrigoyen, R. (2017). “ABC 5 ¿Qué es el pluralismo jurídico igualitario?”. *Alertanet*: 3-7.

⁵³² Faundes P., J.J. (2017). “El consenso democrático de Habermas. Debates frente a la demanda por el reconocimiento de la identidad cultural de los pueblos indígenas en América Latina.” En: de B Glaudenir, B Maia y F Nicoalu. *Filosofía ciudadana e Emancipacao*. Brasil: Sobral Edicoes, UVA, pp. 102-124.

⁵³³ Rancière (2006). Citado por Faundes. Ob. Cit. p. 114.

relación con los otros. Revisar el planteamiento gadameriano para salir del solipsismo entre lo universal y lo particular, nos acerca a la construcción hermenéutica de las identidades.

Una de las tesis importantes que, quizá, deba traerse a escena en este momento es que sólo el diálogo puede remover las estructuras pétreas de las creencias y los significados, y solo él -el diálogo- puede construir el puente necesario entre la universalidad valórica y la particularidad cultural⁵³⁴. Allí la importancia de la hermenéutica interpretativa para la superación de este campo liminal.

La hermenéutica de Gadamer se ha usado sobre todo para defender una ontología jurídica que ve el derecho como un objeto en permanente constitución y haciéndose en el proceso de su interpretación y aplicación.⁵³⁵ Es por ello por lo que el punto que más nos interesa resaltar de la propuesta de Gadamer es el hecho de que él comienza a pensar la filosofía desde las experiencias básicas de la existencia humana. En Gadamer la experiencia de la interpretación ya no puede ser reducida al método científico, ya que se trata de un movimiento de la vida misma de carácter preteórico.

Es la vida misma la que se desarrolla y conforma hacia unidades comprensibles, y es el individuo concreto el que comprende estas unidades como tales. Este es el punto de partida autoevidente para el análisis de Dilthey. (...) "Es el viejo principio hermenéutico de la interpretación de los textos que vale también para el nexo de la vida porque en él se presupone de un modo análogo la unidad de un significado que se expresa en todas sus partes (...)."⁵³⁶

Tal y como explica Méndez Cabrita, la filosofía hermenéutica de Gadamer se pregunta por el lugar que ocupa el intérprete como interpelado en el acontecer de un sentido. En virtud de ello, comienza a ganar interés la necesidad de recuperar la verdad que acontece en las disciplinas del arte, de la filosofía, o de la historia, repensando críticamente la conveniencia o no de la aplicabilidad del

⁵³⁴ Aguilar Rivero, Mariflor (2005). *Diálogo y alteridad. Trazos de la hermenéutica de Gadamer*. Colección Paideia. UNAM, México. Pp. 51-75.

⁵³⁵ García, A. Juan A. "Filosofía hermenéutica y derecho". En: *Azafea, revista de filosofía*. Volumen 5, 2003. Recuperado de: <http://revistas.usal.es/index.php/0213-3563/article/view/3775>

⁵³⁶ Gadamer, H. G. (2012). "¿Qué es la verdad?" (1957). En *Teorías contemporáneas de la verdad* (pp. 471-484). Tecnos, p. 283)

modelo dogmático a estas disciplinas. Y lo propio sucede con el Derecho y, en la aplicabilidad de este modelo dogmático, cabe perfectamente la categoría del Pluralismo Jurídico⁵³⁷.

La interpretación cobra con esta noción su verdadera dimensión, ya que siempre hay oportunidad para el advenimiento de un nuevo sentido. Cada situación re-emerge en el diálogo para ser interpretada, volviendo a hablar, interpelando a los interlocutores, lo cual significa que pueden generarse sucesivas interpretaciones, y al sobrevenir esta pluralidad de sentidos, se genera un diálogo interminable e infinito entre la tradición y el intérprete. Para llevar a cabo este diálogo genuino hay que aguzar el oír hermenéutico, tal y como dice Méndez Cabrita. Solo en ese escenario el Derecho puede permitirnos traer el paradigma del Pluralismo Jurídico a escena.

Así lo dice Díez Fischer: "Hemos intentado aguzar el oído interior para prestar atención a las voces que vienen de otro lado que dé la razón, que son, a su vez, la razón misma. (...)aparece la posibilidad complementaria de una hermenéutica tras la huella de lo inaudible, que trasciende hacia los límites del lenguaje, alcanzando la interioridad del logos"⁵³⁸.

Toda interpretación entraña, en sus formas más genuinas, las posibilidades de un diálogo mediante el cual fusionan sus horizontes de sentido, para dar lugar a un sentido compartido. Este diálogo acontece como diálogo vivo. Surge la interrogante acerca de qué considera Gadamer lo que es un diálogo vivo, en esto nos apoyamos en la respuesta que ofrece Mariflor Aguilar "¿Cuáles son los aspectos que incluye o debe incluir un texto para ser considerado un "diálogo vivo"? Desde nuestro punto de vista "llenar de contenido un horizonte de interpretación" consiste en la construcción de la alteridad mediante el proceso dialógico(...)"⁵³⁹

Se trata, como dice Aguilar, de recuperar la alteridad, el modelo dialógico se abre a ella como experiencia de apropiación comprensiva de sentido, que implica una relación de co-pertenencia entre dos sujetos involucrados en dicho proceso de apropiación comprensiva. En la hermenéutica filosófica de Gadamer el diálogo ocupa un lugar preponderante, y en el marco de su tematización,

⁵³⁷ Méndez Cabrita, C. M., Marín Pérez, A. A., Cruz Enríquez, A. F., & Rosero Martínez, C. G. (2019). "El paradigma hermenéutico. Una propuesta para el reconocimiento del "otro" en las comunidades indígenas del Ecuador". *Dilemas Contemporáneos: Educación, Política y Valores*. Volumen 6. Pp. 63-84.

⁵³⁸ Díez, F. Díez. "La hermenéutica de Gadamer como escucha tras las huellas ¿Una hermenéutica de lo inaparente?", *Escritos*, vol.26. (no.56), 2018, pp. 21-61. ISSN 0120-1263 / ISSN: 2390-0032 (en línea) <http://dx.doi.org/10.18566/escr.v26n56.a02> <http://www.scielo.org.co/pdf/esupb/v26n56/0120-1263-esupb-26-56-00021.pdf>

⁵³⁹ Aguilar, M. *Diálogo y alteridad*. UNAM. México, 2005. Pp. 60 - 61.

el filósofo nos recuerda su “predisposición para la existencia dialógica”, y sostiene que es necesario cultivarlo en sus posibilidades más propias y defenderlo en su posibilidad interna de verdad.

Si bien esta mirada nace desde la epistemología del discurso jurídico y de su interpretación hermenéutica en un desarrollo endógeno de la puesta en escena del Sistema Jurídico, proponemos de seguida una mirada ahora más bien exógena: sustentada en el proceso hermenéutico, saltar a lo exógeno para poder alcanzar una aplicabilidad de esos Sistemas Jurídicos, en tanto y en cuanto Pluralismo Jurídico.

La hermenéutica, más allá de la posesión de una verdad definitiva dogmáticamente establecida como es la pretensión de la norma concreta como resultado de un método científico, nos permite plantearnos una metodología que nos ayuda a arribar a verdades particulares o singulares. Así, cada actor, cada comunidad, cada realidad, aparece como una conquista compartida entre la norma y los distintos actores sociales, considerados también como sujetos del PJ. En cada caso, los distintos actores sociales, reconocidos como el "otro" indispensablemente identificado, deben establecer alianzas para arribar a verdades "comunes".

La hermenéutica nos demuestra también en ese sentido, que no se puede pretender que el derecho a través de un solo sistema jurídico adopte posturas de imparcialidad en la conquista de verdades absolutas, sino que debe emprender la búsqueda de todo lo que puede ser intelegido, en el marco de la ética y de la dignidad⁵⁴⁰.

Se plantea, desde aquí, un camino hermenéutico para superar el desafío axiológico que se le plantea, en esta investigación, al Pluralismo Jurídico.

Hans Georg-Gadamer sostenía que la hermenéutica es el arte de dejarse decir algo por el otro, de ver al otro como un yo y, en base a ello, construir y también formarnos en esa capacidad de entendernos con los demás, en la exigencia de realizar lo que tenemos en común. Debemos, como propone Méndez Cabrita al final de su trabajo, ampliar los horizontes de comprensión y de interpretación, como habitantes de un mundo que, por ser la casa de todos, nos convoca a mejorar, a dejar ser en nosotros el bien que ya somos, activando los resortes de la solidaridad que es lo

⁵⁴⁰ De acuerdo con el círculo hermenéutico, se entiende por intelegido lo percibido no de manera pasiva, sino que en la intencionalidad del individuo es intelegido de manera activa por el sujeto cognoscente, dándose así una dinámica dialógica. Allí el origen del diálogo necesario para superar este campo liminal del PJ en el nivel axiológico.

único que nos puede salvar como humanidad. Es este, y ninguno otro, el plano desde el cual se puede y se debe plantear el conocimiento y puesta en marcha del fundamento axiológico del Pluralismo Jurídico.

Visto así, la asunción del modelo cualitativo, en su expresión hermenéutico-interpretativo, podría ser considerado una visión epistemológica suficiente para interpretar a cabalidad el diálogo como ruta para superar el término que, frente a la pluralidad cultural, se ha venido conformando para el Pluralismo Jurídico.

2.2. Los puntos de conexión y de inflexión en la universalidad de valores

En este contexto, se hace necesario establecer cuáles son los puntos de conexión y los puntos de inflexión que el diálogo genera en torno a la universalidad de los valores. Esto en el entendimiento de alcanzar conexiones que permitan el pluralismo, pero sin que ello implique una asimilación. Al respecto y como un punto de conexión, es útil referir lo determinado por la Corte Constitucional de Colombia en tanto que establece que los límites de la autonomía son los basados en los valores sustentados en el acuerdo intercultural. De acuerdo con esta Corte, dichos valores son la vida (prohibición de la pena de muerte), la integridad física (prohibición de tortura) y de la libertad (prohibición de la esclavitud). Asimismo, para la Corte, el liberalismo cultural consagra que los derechos individuales deben tener prioridad ante los valores no liberales. No obstante, la primera no admite excepción a la regla de los valores básicos del liberalismo que deben tener reconocimiento en todas las culturas, y se estipula que los derechos individuales pueden restringirse si existen evidencias de que es el único medio que obstaculiza la desaparición de la cultura liberal o iliberal⁵⁴¹.

Al considerarse como universales los valores de la cultura, en tanto que concepción particular de los derechos humanos, las relaciones entre las culturas se crean en desigualdad. El carácter universal de los derechos humanos contempla un permiso para su imposición donde lo que no se respeta, puede ser exigido en todos los casos, inclusive a través de la coacción y se denomina *culturización forzada*. Sin embargo, en el extremo opuesto se encuentra una actitud relativista, la

⁵⁴¹ Llano, F., J. (2016). “Pluralismo jurídico, diversidad cultural, identidades, globalización multiculturalismo: perspectiva desde la ciencia jurídica”. En: *Novum jus*. No. 10. Pp. 49-92.

cual acepta los derechos humanos como particulares de la cultura occidental, y renuncia a la posibilidad de difusión, ya que cree que tiene el mismo valor tradicional que las otras culturas⁵⁴².

Es necesario aclarar que, mientras la alternativa universalista asevere que existen límites a las prácticas de diversas culturas, que se definen por los derechos humanos, el relativismo coloca a todos los valores de índole cultural en las mismas condiciones, por lo que no permite violaciones de derechos humanos sustentadas en el respeto a ciertas tradiciones. Aunque para muchos es difícil renunciar a una concepción universal de derechos humanos, en este punto se hace necesario, debido a que, con una relativización de estos, se podría ayudar a establecer los límites de los derechos diferenciados de acuerdo con los diversos grupos sociales. Dichos límites no se dedican únicamente a garantizar que los sujetos conozcan las diferentes ofertas culturales, también cuestionan las concepciones de vida de sus culturas y eligen de forma libre las que consideren más adecuadas.

De igual manera, ayudan a conseguir una justicia mínima dentro de las culturas, ya que por lo general las personas que buscan mantener concepciones de vida buena, valores y tradiciones justas, son las que tienen una mejor posición en las relaciones de poder en el grupo. De esta forma, los derechos humanos limitan su poder sobre los individuos peor posicionados en dichas relaciones. No obstante, la imposición que trae consigo esa concepción universal de los derechos humanos se cuestiona, no solo porque crea un vínculo de desigualdad entre las culturas, sino porque no es efectivo para la protección de estos mismos.

La actitud mencionada produce la alterofobia, que lleva consigo las violaciones de derechos humanos que se presentan en las culturas ajenas, pero no las que se producen en la propia, como la injusticia de género existente en la sociedad occidental, a pesar del respeto formal de los derechos humanos. Un ejemplo de ello es que resalta la doble moral con lo que se enfrentan algunos problemas; en Francia mientras que el uso público del *burka* por las mujeres de origen árabe crea debates, el gobierno llegó a aceptar las familias poligámicas de origen *magrebí*, sin importar la vulneración que trae para los derechos de las mujeres. Ello se evidencia en la tolerancia de la poligamia en la sociedad francesa, que posee fuertes caracteres patriarcales en su cultura⁵⁴³.

⁵⁴² Cruz, E. op. cit. p. 45

⁵⁴³ *Ibid.*, p. 47

Igualmente, diversos autores hicieron referencia a las contradicciones en que se incurrían cuando para la protección de los derechos humanos se implementaban prácticas contrarias a los mismos, a partir de la tortura hasta el exterminio de las poblaciones completas, como por ejemplo en las intervenciones humanitarias. Empero, una de las razones más fuertes para el cuestionamiento de la universalidad es la *aculturación forzada*, la cual solo es eficaz para proteger los derechos humanos mientras dure la dominación de una cultura sobre otra, en dicho caso el colonialismo occidental acerca de las culturas no comparte completamente sus valores, pero las prácticas contrarias a los derechos humanos se instauran una vez finaliza la coacción.

En este sentido De Sousa hace una crítica a los modos de poder y derecho al exponer que es necesario el reestructurar desde sus bases teóricas la noción de “pluralidad de ordenamientos jurídicos, de poder y de conocimiento”. Sobre esta idea, el autor cuestiona ¿Hasta qué punto es necesaria la tan clamada universalidad, que acompaña la acepción de los derechos humanos? La idea de establecer un único sistema imperante que aplique a toda la población conlleva a una falacia, esto obedece a que, si bien se postula la igualdad, la misma se torna un constructo creado por quienes detentan el poder. Resulta paradójico el hablar de reconocimiento de la diversidad cultural cuando se subordinan todos los otros ordenes, a un único régimen creado por un ente central: el Estado⁵⁴⁴.

De este modo el autor analiza las relaciones de poder y la concibe como parte del conjunto de vínculos que en la estructura social se presentan, pero que tienen como nota distintiva la desigualdad con la que se abordan los intereses de las partes, en la cual una de ellas resulta afectada para beneficiar a la otra. Con frecuencia esos intereses están orientados a la explotación de los medios de producción, para generar capital. En aras de romper con esta verticalidad de los intereses se postula la idea de emancipación, sin embargo, el autor es consciente que esa idea de mayor igualdad en las vinculaciones solo puede existir como una consecuencia del poder. Aun cuando parezca contrario, ese plano ideal de paridad que se propugna solo puede crearse a partir de las concesiones de quienes detentan ese poder⁵⁴⁵.

⁵⁴⁴ De Sousa Santos, B. (2003). “Los modos de producción del poder, del derecho y del sentido común” en *Crítica de la razón indolente: contra el desperdicio de la experiencia*. Volumen I, Bilbao: Editorial DescléedeBrouwer. p. 298

⁵⁴⁵ *Ibid.*, p. 332.

Igualmente, alude a la unidad práctica social del derecho, que es concebida como un lineamiento estructural de la conducta colectiva e individual, basados en la identidad e identificación de la comunidad o el individuo, con los nexos descritos para cada espacio.

En esta misma línea argumentativa Bonfil⁵⁴⁶ discute la idea del régimen mexicano sobre la integración de los pueblos originarios, en virtud de que impide que puedan conservar sus tradiciones. Esta idea de indigenismo a que se hace referencia resulta un medio para preservar eternamente un modelo de clases o estratos y las vías de explotación que subyacen en la creación de sus pautas de acción, para instaurar una cultura única, de impulso social que viene de naciones colonialistas. De este modo, cuestiona el nexo “entre la cultura de clase y conciencia de clase”, ello con el fin de desvelar la particular desigualdad y opresión que padecen los miembros de las poblaciones indígenas. En razón que su dominación y explotación es distinta a las que soportan los otros estratos sociales, las cuales creadas por el sistema capitalista.

De esta forma la liberación de las etnias no se acaba con una pugna entre las clases, porque parte de un régimen hegemónico colonial, sino que precisa de una reestructuración de las bases del Estado como presupuestos para arribar al reconocimiento de la diversidad cultural. Además, cuestiona el multiculturalismo que impulsan las naciones neoliberales, que requieren de la sumisión de las etnias, en virtud que estima al “indio” como una clase social colonial como un significante cultural vacío, pero que infiere un vínculo desequilibrado, entre el indio y el resto de los estratos sociales⁵⁴⁷.

Este pensamiento es compartido por Dussel⁵⁴⁸, quien explica que el proceso de transformación sufrido en América estuvo principalmente enfocado a modificar la conciencia, por medio de la coactiva aceptación de una cultura extraña para los pueblos originarios, que desechó e invalidó sus creencias religiosas y actividad económica y social. El autor señala a este periplo de conquista como un ente aun latente, y que inicia con la consideración del nativo como “indio”, este grupo es el resultado de la explotación del capital que ofrece la actualidad.

⁵⁴⁶ Bonfil, B., G. (1986). *Del indigenismo de la revolución a la antropología crítica*. En: ENAH. México. p. 57.

⁵⁴⁷ *Ibid.*

⁵⁴⁸ Enrique Dussel (1994). “El encubrimiento del indio: 1492. Hacia el origen del mito de la modernidad”, en: *Cambio XXI/Colegio Nacional de Ciencias Políticas y Administración Pública*. México. p. 86.

Esta conquista pretende despojarlos de sus elementos ancestrales, se inicia desde la llegada de los misioneros para la evangelización de toda la población, que posiciona a un dios sobre otro, esa idea de homogenizar a la sociedad se tradujo en servidumbre, muerte y tortura.

Se desecha su intelectualidad creada por sus ancestros y se postula un conocimiento único que los ubica en una posición de inferioridad. Este hecho persiste en virtud de que, basada en esa idea abstracta de ciudadanía, se postula la propiedad privada, se critica la idea de comunidad como forma de organización de los pueblos originarios, para dar paso a la explotación individual de los recursos con el fin de obtener capital.

Estos criterios, son contestes con los planteamientos de Clavero⁵⁴⁹, quien examinó el vínculo entre el colonialismo y la servidumbre frente al constitucionalismo y sus libertades, en ambos supuestos está marcada la sujeción a único régimen, si bien en la actualidad se presenta con una mejor cara, defiende la idea de igualdad, el bien de todos, pero, que desconoce los elementos distintivos de las culturas ancestrales. Tal como lo explicaba Stavenhagen⁵⁵⁰, se precisa de un nuevo régimen jurídico que reconozca las minorías étnicas, que postule su libertad de determinación.

Por lo tanto, es indispensable proponer una alternativa en la que los derechos humanos no se impongan ante culturas liberales o no occidentales, sino en la que las culturas los adopten al considerar el bien para sí mismos. Ello sucede porque se cuestiona el carácter universal que se le reconoce a estos derechos sin negar la necesidad de difusión, es indispensable el evitar la aculturación forzosa y también el relativismo cultural. Estas dos alternativas provocan la política del choque de civilizaciones⁵⁵¹.

Asimismo, el reconocimiento cultural se constituye como una dimensión de los derechos humanos, y como consecuencia enfrenta diversos desafíos y debates profundos debido a que obliga a una transformación de las instituciones sociales, como el derecho, el Estado, la ciencia, la educación, la medicina, el arte, entre otras. Todo ello propone la nueva modernidad que retoma la inflexión entre pasado y presente, sujeto y el mundo social, para poder formular la idea de un estándar uniforme a nivel cultural en base a la universalidad y la libertad acorde al reconocimiento diversidad. Dicho fenómeno provoca la pérdida del miedo a otro y desarrolla una actitud y una

⁵⁴⁹ Clavero, B. (2015). *Consulta indígena e historia colonial: Colombia y las Américas, de México a Bolivia entre derechos humanos y derecho constitucional*. En: Giuffré Editores. Florencia. p. 590.

⁵⁵⁰ Stavenhagen, R. (2010). *Guía de las minorías étnicas*. En: CLACSO. Buenos Aires. p. 12.

⁵⁵¹ Cruz, R., E. op. cit. p. 48

capacidad para tratar la diversidad. La interculturalidad trae como consecuencia un fenómeno local, que es de gran relevancia para todas las comunidades indígenas pertenecientes a las áreas rurales de América Latina y para las personas parte de la metrópolis⁵⁵².

La perspectiva de los derechos humanos proveniente de las luchas y los reconocimientos, evidenciaron el carácter inmoral de esta clase de desigualdad, lo cual incentivó la inclusión de un aspecto cultural en el concepto de lo social y estableció una noción de igualdad y libertad. Ello fue considerado como un logro conceptual y político, ya que reconoció que esos grupos sociales se excluyeron de toda clase de participación política de las decisiones y se transformó en un instrumento de gran relevancia en lo relacionado con el reconocimiento de la diferencia y para atender la desigualdad social por motivos culturales.

En sus inicios la política social se limitaba a la atención de los efectos de índole cultural en la entrega del salario social, como un efecto indirecto o relacionado con los problemas de la accesibilidad, ello por el nuevo concepto de la inclusión de la cultura como un factor determinante para garantizar así la integración plena de los grupos sociales, que por lo general no se beneficiaron de programas sociales⁵⁵³.

En los últimos años, se han implementado diversos términos como la multiculturalidad y la pluriculturalidad, que hacen referencia a la diversidad cultural. No basta con tolerar a la otra persona, vivir juntos obliga a crear una institucionalización que sea capaz de integrar a todas las personas y a incentivar los planes de vida a nivel personal y colectivo, que incluye a todos y ayudan al desarrollo de las identidades individuales y colectivas basadas en la universalidad, que expresa las diferencias y fortalece los aspectos comunes de la sociedad⁵⁵⁴.

Es importante resaltar que, el desafío que se presenta es la ampliación del concepto de universalidad como una perspectiva cultural. Ello bajo las condiciones de una política social restringida y selectiva, por lo que el Estado presume de las capacidades de estándar y se dedica a la construcción de una universalidad sustentada en los criterios negados o subsumidos de los saberes y las culturas originarias en los conocimientos occidentales, en que se han sustentado completamente en el racionalismo instrumental.

⁵⁵² Guendel, L. (2011). "Política social e interculturalidad: Un aporte para el cambio". En: *Ajayu*. No. 9. Pp. 1-52.

⁵⁵³ *Ibid.*, p. 8.

⁵⁵⁴ *Ibid.*, p. 12.

Lo antes expuesto no fue suficiente para originar los programas y los proyectos aislados y ambiguos que se filtraron en las culturas sociales de las naciones. Varios de ellos únicamente buscaron el adecuar los conceptos de racionalización social a la diversidad cultural ya existente, y se presentó como esfuerzos sistemáticos para la inclusión y la incorporación social en los que la etnicidad se observa como un problema social que obstaculiza el avance del proyecto, que busca la modernización y no en el reconocimiento completo de los derechos⁵⁵⁵.

Por lo tanto, el desafío más grande es el incorporar la diversidad cultural como un principio de organización política social y una dimensión necesaria para completar la universalidad. En los ochenta y los noventa, debido a las ideas de la corte neoliberal, fueron postulados diversos enfoques en privilegios de algunas poblaciones y comunidades, incluyendo las poblaciones indígenas. Debido a ello, la universalidad produce efectos de desafíos morales, conceptuales y operativos. A partir de la perspectiva moral, que busca incluir todas las diferencias, ello significa que se construye el equilibrio entre la atención de la desigualdad y la diferencia. Contempla diversas estrategias financieras, de actuación y gerencia que define los estándares dirigidos a la cultura.

2.3. Positivismo y pluralismo jurídico, ¿dos puntos antagónicos en la construcción de valores?

Por otro lado, las explicaciones acerca de la pluralidad de los sistemas normativos establecen elementos propios de la teoría de los sistemas. Dicha propuesta se sustenta en que las sociedades se constituyen por relaciones de comunicación y los esfuerzos para poder entender el derecho, son llevados a cabo internamente en la sociedad, por lo cual la comprensión del derecho se vincula con la comunicación y es consecuencia del lenguaje.

Cabe recordar, como ya se vio en los capítulos precedentes, que el análisis del pluralismo jurídico realizado por la teoría de sistema se puede evidenciar claramente, en la propuesta realizada por Teubner. En dicha propuesta, el pluralismo jurídico no se define como un grupo de normas en conflicto, sino como diversos procesos de comunicación que observa la acción social a través del código binario de legal e ilegal. Para poder comprender dicho código binario y los sistemas plurales

⁵⁵⁵ Ianello, P. (2015). Pluralismo jurídico. In *Enciclopedia de filosofía y teoría del derecho* Instituto de Investigaciones Jurídicas. p. 767.

de normas, es necesario conocer en que consiste el sistema legal como autopoiesis, en la cual se implementan herramientas del giro lingüístico y se aparta de la sociología del derecho positivista.

El derecho, como hemos afirmado a lo largo de este trabajo, se entiende como un sistema autopoietico que busca demostrar que el sistema legal se autodiferencia, esto es, que el sistema produce y reproduce sus elementos por medio de la interacción de ellos. Dentro del sistema jurídico un sistema autoreferenciado produce una relación circular entre decisiones legales y normas. Las decisiones legales son válidas porque se sustentan en las normas, las cuales tienen fuerza únicamente en lo relativo a las decisiones legales⁵⁵⁶.

Se debe aclarar que la evolución de los sistemas legales se entiende como el grupo de mecanismos de variación, selección y de retención que se identifican en el subsistema, y la interacción de dichos mecanismos con otros parecidos de los diversos subsistemas sociales. En base a ello, la acción de los operadores jurídicos del sistema en un momento específico desarrolló ciertas estructuras jurídicas.

Con relación a este asunto, se han realizado críticas sobre los problemas planteados por esta corriente, ya sea en el plano analítico como en el instrumental. Los problemas analíticos se centran en dos aspectos relacionados; uno de ellos no es propio del pluralismo jurídico y se origina por la imposibilidad para conseguir un acuerdo sobre la definición de derecho. Los pluralistas consideran que existen una variedad de derechos dentro de los sistemas sociales. Empero, no se ha conseguido un acuerdo sobre el significado de tal afirmación.

El segundo problema proviene de la aserción negativa en la que los pluralistas han conseguido un consenso. No todo el derecho es derecho estatal, si se acepta la proporción entonces los límites de lo jurídico comienza a romperse. En este sentido, la posición pluralista relativa a ello se centra en aseverar que las reglas evolucionan de manera espontánea en la vida social, dicha idea de derecho vivo en la sociedad trae consigo problemas ontológicos acerca de la propia noción de derecho⁵⁵⁷.

De igual manera se establece que, los que apoyan el pluralismo jurídico deben decidir si enfatizar los patrones de ordenamiento social específico, lo cual por lo general realiza la sociedad, o se basa en la identificación institución y ejecución de las normas. El centrarse en la primera categoría significa que se recurre al problema relativo a la imposibilidad para determinar cuáles son los

⁵⁵⁶ *Ibid.*, p. 44.

⁵⁵⁷ *Ibid.*, p. 47.

patrones sociales de conducta que estarían acorde a derecho. Por otro lado, si aceptan la segunda alternativa los pluralistas deben renunciar a conseguir los análisis sociales centrándose solamente en las comparaciones institucionales.

Por lo tanto, los problemas instrumentales son consecuencia de los problemas analíticos ya señalados. En este sentido, es difícil establecer las relaciones entre el derecho y la sociedad sino se cuenta con una definición correcta de lo que significa. En base a ello, la observación y la elección de los datos no se puede implementar porque es difícil establecer los patrones relevantes a observar⁵⁵⁸.

Cabe destacar que, las visiones sistemáticas han ayudado a clarificar el concepto de pluralismo ya que demuestran las interrelaciones que poseen diferentes niveles de normas y que no provienen todas del Estado. Sin embargo, esas propuestas presentan sus propios problemas, debido a que en términos de lenguaje conseguir el código binario legal o ilegal se centra en buscar obtener los niveles de lenguaje que no se reducen a estas categorías.

Asimismo, el pluralismo jurídico como teoría plantea actuales discusiones sobre algunos problemas analíticos esenciales. Además de estos problemas, se considera que la idea de coexistencia de órdenes jurídicos es un asunto de gran relevancia en la teoría del derecho al momento de solucionar los casos complejos, como se examinará en el punto 5.2. La opción de que existan diversos ordenes jurídicos distintos en una sociedad no es consecuencia de una sociedad postmoderna, ya hemos visto que en otros tiempos de la historia se demostró dicha coexistencia. En los sistemas occidentales el derecho canónico y el derecho estatal coexisten y en gran variedad de casos los efectos de uno no sustituyen los del otro. El derecho posmoderno es plural y una característica fundamental es que no existe un principio unificador⁵⁵⁹.

Resulta oportuno recordar al respecto, que en América Latina no se fueron incorporando los textos constitucionales sobre los derechos de los pueblos originarios o respetando la herencia cultural, sino hasta hace muy poco, lo cual los excluía de la estructura normativa. El pluralismo jurídico adquirió importancia al tratar de explicar la existencia de sistemas de normas que emergieron después del proceso de colonización y que en muchos casos produjo un fenómeno de trasplantes legales.

⁵⁵⁸ *Ibid.*, p. 48.

⁵⁵⁹ *Ibid.*, p. 49.

Lo antes expuesto aconteció de esta manera debido a que los pluralistas dirigían su atención a la existencia de los sistemas de normas no occidentales, que presentaba valores que en ciertos casos son distintos a los aceptados por la sociedad. A partir de esa visión clásica nacen las dos posibilidades para el pluralismo como son la aceptación de una posición completamente descriptiva, por lo que se asevera que el derecho no es solo un derecho estatal y se muestra la interrelación entre los sistemas; y la búsqueda de algún criterio normativo que ayude a explicar las condiciones de prescripción de los distintos órdenes jurídicos y como estos deben interpretarse.

Por otra parte, se puede ver como insuficiente el PJ, debido a que, desde una perspectiva comparada, se comprende que existe un decaimiento del sistema de las familias jurídicas que sirven de base para un concepto de pluralismo jurídico, al tiempo que alcanza mayor importancia el concepto de convergencia de los sistemas⁵⁶⁰.

Sin embargo, el pluralismo jurídico se constituye como una teoría con mayor comprensión, que busca superar el monismo jurídico, que crea un sistema jurídico de conformidad a las dinámicas sociales particulares de cada comunidad, que buscan la preservación de las diversidades éticas y culturales, que coexiste con las normas, evidenciando así la importancia del contexto y de las tradiciones culturales sin caer en el relativismo cultural.

El pluralismo jurídico se planta frente al monismo jurídico, demostrando que el derecho debe adaptarse a los contextos, y que no solo las instituciones del Estado cuentan con la facultad de legislar, sino que la sociedad también hace crear las normas, y además, el punto central del derecho no es solamente la legislación, la ciencia jurídica ni la jurisprudencia, sino en un sentido correcto y amplio, la sociedad⁵⁶¹.

Cabe destacar que, el positivismo jurídico se centra en las normas de poder del Estado que van dirigidas a la justificación de los procesos del capitalismo y la industrialización en América Latina, lo que ha hecho nacer la posibilidad de que el proceso histórico busque por su propia voluntad, controlar las bases comunitarias por medio del pluralismo jurídico.

El positivismo jurídico restringido a la estructura lógica de la norma jurídica, se debilita; mientras que, por su parte el pluralismo jurídico gana terreno en la necesidad de observar la norma jurídica

⁵⁶⁰ *Ibid.*, p. 5.1

⁵⁶¹ Rengifo, C.; Wong J., y Posada, J. (2013). "Pluralismo jurídico: implicaciones epistemológicas". En: *Inciso*. No. 15. Pp. 27-40.

en un contexto más amplio, de modo tal que rescata al derecho. Continuar con la teoría del positivismo jurídico significa aceptar al derecho como un elemento rígido, alejado del hecho social, lo que hace necesario considerar entonces, al pluralismo jurídico⁵⁶².

Aunado a ello, la estructura normativa del derecho positivo del Estado, en América Latina, se encuentra sumergido en un universo complejo y dinámico de las actuales sociedades de masas, dedicadas a la producción de capital, lo que se deriva en desiguales y contradicciones sociales, inestabilidades continuas que expresan crisis de legitimidad y dificultan la producción y la aplicación de la justicia.

Igualmente, el considerar una crisis del positivismo jurídico, y la alzada del pluralismo jurídico, permite pensar y revisar lo relativo a la democracia, la igualdad, equidad, justicia y los otros valores o los principios relacionados con la sociedad⁵⁶³.

Cabe destacar que, la lucha en busca de la pluralidad no es solo un *infra* sino un *intra*, no es solo intercultural sino intracultural, y no es únicamente intersubjetiva sino intrasubjetiva, que no solo se presenta entre entidades sino de forma interna a la constitución de cada una de las identidades de manera individual o colectiva. Por su parte, la identidad cultural y el pluralismo epistemológico se presentan como una fuerza moral que discute la validez del pluralismo jurídico.

El reconocimiento del pluralismo epistemológico y la promoción de un espacio permanente para la sistematización, la innovación y el desarrollo del conocimiento de las culturas que se encuentran subordinadas en el ámbito de la racionalización social, no es suficiente si no se desempeña con un fin específico de incidencia en los estándares actuales o el establecimiento de los nuevos estándares sociales. Dicho estándar se encarga de definir un modelo de comportamiento social en los distintos ámbitos sociales.

De acuerdo con la perspectiva intercultural, es necesario revisar los estándares de conocimiento de las culturas subordinadas, en especial de las naciones o las regiones en donde los grupos sociales son mayores. En principio se puede considerar paradójico la propuesta de un estándar de los contenidos interculturales si dicha noción promueve que se unifique lo social⁵⁶⁴.

⁵⁶² Serrano, S., O. (2015). “Un diálogo en torno a la crisis del positivismo jurídico y el resurgir del pluralismo jurídico”. En: Misión Jurídica. *Revista de Derecho y Ciencias Sociales*. No. 3, pp. 171-187.

⁵⁶³ Serrano, S., O. ob. cit. p. 182.

⁵⁶⁴ *Ibid.*

Sin embargo, la labor de inclusión de la especificación de los territorios geográficos, sociales y culturales debe ser formulada como una estrategia global, no focalizada, de tal suerte que no contribuya con el universalismo, sino que busque el reconocimiento y la inclusión de la diversidad. De esta manera, en primer lugar, se debe preguntar lo referente a los estándares actuales que consideran el reconocimiento de la lengua, la cosmovisión y las tradiciones de los pueblos. Por lo cual es interesante revisar la epistemología de estos términos establecidos por Olivé⁵⁶⁵.

2.4. La propuesta de un concepto formal y externo de bien como superación a la contradicción. Desafío segundo

En virtud de lo hasta aquí expuesto, es necesario resaltar que, el PJ si bien posee un asidero axiológico en el que basa la coexistencia de sus diversos sistemas jurídicos, la constatación de un campo liminal axiológico-filosófico, se propone superar a través de la hermenéutica dialéctica del diálogo. Aunado a este, se propone en este último apartado, la existencia de un concepto formal y externo de bien.

El concepto de bien que hemos llamado externo o formal se presenta como una suerte de dossier abierto a ser llenado con los contenidos valorativos de cada uno de los sujetos del PJ, en función de los desafíos que acabamos de revisar. A los efectos, entendemos que son tres las condiciones necesarias para configurar este concepto:

- i. Pretensión de bien: cada sujeto de PJ, en tanto que grupo con cultura propia, demanda para sí mismo, un concepto propio de bien, imaginado, concebido correctamente por los miembros de tal grupo.
- ii. El reconocimiento, de cada grupo, de su propia pretensión de bien y de las pretensiones de los grupos con los cuales coexiste.
- iii. Partiendo del respeto que supone dicho reconocimiento, se ha de entablar un dialogo de carácter hermenéutico, democrático e intercultural, para lograr la puesta en marcha del PJ.

La incorporación de una cláusula axiomática nacida de este *concepto externo de bien* nos permite establecer los principios para abordar los conflictos interculturales que, en la práctica, significan colisiones no solamente valorativas, sino también con repercusión jurídica e institucional. Como

⁵⁶⁵ *Ibid.*, p. 21.

resultados del desafío propuesto al PJ, al enfrentar la universalidad de los valores y la pluralidad de las culturas, surge la necesidad de articular este concepto, a partir precisamente, de un procedimiento hermenéutico.

Aunque entendemos la dificultad de plantear una noción válida, al estilo del concepto de bien que proponemos y, entendiendo que ninguna condición humana trascendental justifica una construcción de tipo universal al modo “erga omnes”, se considera absolutamente justificable. En la medida en que dicho constructo conceptual alcanza a tener una concreción fáctica, en el filtro de las acciones permitidas dentro del consensuado PJ, se puede demostrar la necesidad de este concepto, con relación al respeto de la vida, al freno a la violencia, etc., como condición dialógica necesaria, recíproca e irrenunciable, de supervivencia y convivencia de los sujetos devenidos en actores del PJ.

El riesgo de sustentar axiológicamente el PJ en un mínimo deóntico, a través de esta definición de bien que explicamos, es muy alto: encerrar jerárquica y centralmente, con limitaciones de tipo geocultural, justo a una pluralidad de actores diversos y tantas veces contradictorios entre sí, no es tarea fácil. El consentimiento en la existencia de ciertos mínimos éticos, bajo la necesidad de redefinir la idea misma de consenso, supone el establecimiento de un espacio común entre fronteras culturales, que al mismo tiempo sirvan de frontera comunicativa. La idea de bien surge entonces como una suerte de espacio fronterizo intercultural, articulado por los propios actores del conflicto intercultural.

Pese a toda crítica posible, se presenta la hipótesis de la existencia de una condición esencial, como cimiento axiológico para la fundamentación del PJ. El desafío contempla el peligro de aceptar una fórmula aparentemente universalista y nos arriesgamos al trazado de un piso común mínimo. En este sentido, la idea de “bien” atiende a una fundamentación filosófica sobre la base de unos principios formales, no materiales propiamente dicho. Estos han de entenderse abiertos, en palabras de Höffe, a una definición material distinta en cada caso. Pero común, como hemos dicho, a todas las culturas y obviamente, presente en cada uno de los Sistemas Jurídicos en coexistencia.

Según la propuesta de la filosofía política de Otfried Höffe, la legitimación del “punto de vista moral” es suficiente y por demás, necesaria, para desarrollar los principios de una justicia política, como el elemento normativo clave para afrontar las grandes paradojas que en este punto se nos presentan como desafíos a la superación del campo liminal del PJ.

Las deficiencias normativas del anarquismo, así como la completa desmoralización del derecho por parte del positivismo jurídico constituyen el punto de partida para la construcción de su teoría acerca de la justicia política. Un punto intermedio que nos permite, en este sentido, sustentar el trazado de nuestra matriz final del trabajo.

En términos puramente éticos, este desafío se plantea la posibilidad de formular juicios morales universalmente válidos. Entendiendo que dicha exigencia de universalidad es al mismo tiempo la exigencia de adoptar un punto de vista imparcial y neutral que resulte aceptable para cualquiera, la formulación más refinada de esta exigencia de universalización la ofrece, según Höffe, la “fórmula universal” del imperativo categórico.⁵⁶⁶

Según Cubo Ugarte, las diversas formulaciones que ofrece Kant acerca de este imperativo categórico de fórmula universal ponen de relieve la necesidad moral de determinar la universalidad de las máximas como principios subjetivos de la acción. Para determinar el carácter moral o inmoral de las mismas hay que examinar, en primer lugar, si se puede pensar (*denken*) una máxima como una ley universal y, en segundo lugar, si se puede querer (*wollen*) que una máxima se convierta en una ley universal. Para esas dos posibilidades, únicamente las máximas universalizables son acordes con el “punto de vista de la moral”. “Una máxima que se puede universalizar sin más es un principio subjetivo de acción, cuya validez no depende de los intereses personales de esta o aquella persona; por este motivo, se trata en este caso de una máxima válida para cualquier ser racional⁵⁶⁷”.

Con relación al PJ, tomamos más bien en cuenta el subsiguiente punto expuesto en la teoría de Höffe, en la cual explica que la función normativa del “punto de vista moral” no sólo abarca el enjuiciamiento moral de las acciones individuales de los hombres, sino también el valor moral de las instituciones políticas. Aquí entonces podemos entenderlo aplicable a los sistemas jurídicos.

Frente a la “tesis de la separación” (*Trennungsthese*) característica del positivismo jurídico, según la cual el derecho es únicamente “aquello que el legislador político (venga este democráticamente elegido o no) establece como derecho conforme a un procedimiento jurídicamente

⁵⁶⁶ Cubo Ugarte Oscar (2017). “El punto de vista moral de la filosofía política de Otfried Höffe”. En: *Res Publica*. Revista de Historia de las Ideas Políticas. Publicaciones Universidad complutense. Madrid. Número 20(2). Pp. 341-355 Disponible en: <http://dx.doi.org/10.5209/RPUB.56474>

⁵⁶⁷ Cf. O. Höffe, “Der Standpunkt der Moral: ¿Utilitarismus oder Universalisierbarkeit?”, en K-O. Apel, D. Böhler, G. Kadelbach (eds.), *Praktische Philosophie/Ethik: Dialoge*, vol. 2, Frankfurt/M. Suhrkamp, 1984, p. 49. Citado por: Cubo Ugarte Oscar (2017). Ob. Cit. p. 342.

institucionalizado” Höffe enfatiza la función crítica del “punto de vista moral” para la valoración normativa de las instituciones jurídicas y políticas⁵⁶⁸.

Según esto, mientras el positivismo jurídico sostiene la no-relación entre la moral y el derecho, de modo que todo discurso jurídico se limita a la existencia del derecho positivo sin examinar ningún otro elemento que lo fundamente o justifique, Höffe defiende, con su presupuesto, la existencia de un vínculo esencial entre la moral y el derecho. “Numerosas experiencias políticas del siglo XX ponen de relieve el sentido que tiene la expresión “injusticia” (*Unrecht*) en el plano de las instituciones jurídico-estatales. También casos menos espectaculares, pero igualmente importantes, como la lesión de derechos fundamentales por medio de la prisión arbitraria, el ejercicio de la tortura, la explotación económica o la represión de minorías culturales o religiosas, ponen de relieve, según Höffe, que es necesario conectar el “punto de vista moral” con el análisis de las instituciones políticas⁵⁶⁹.

En este entendido, dicha correspondencia se constituye como una de las relaciones más esenciales y de mayor relevancia en el ámbito social, para justificar y necesitar el derecho, ya que expresa de manera clásica, el alegato de aquella frase: *Ubi societas, ibi ius; ibi litis*. Donde hay sociedad, hay derecho y hay conflicto, pues la manifestación del poder se exterioriza cuando hay dos o más personas; y cuando ello ocurre no falta la oposición o resistencia, que hace surgir el conflicto, por eso es necesario un proceso para resolver el conflicto de intereses surgido de dicha interacción, mediante formas civilizadas y democráticas que tengan como propósito lograr, en justicia, la paz social.

Este es el debate de las bases para el reconocimiento real de la justicia comunitaria o indígena, en toda Latinoamérica. Para ello es indispensable la participación de todos los sujetos del PJ.

Este es el debate ético-jurídico que, sobre los límites de la tolerancia, constituye el desafío del concepto vacío y externo de bien que se propone acá como superación del límite axiológico del PJ. Frente al tradicional debate de las sociedades occidentales ante las costumbres exóticas, primitivas o simplemente diferentes del otro, en este caso, indígena; ¿la pregunta que nos queda es acerca de hasta qué punto la dialéctica integración-diferenciación propia de la multiculturalidad nos puede permitir configurar una síntesis en la cual se conjuguen adecuadamente los sistemas

⁵⁶⁸ Cubo, U, O. (2017), ob. Cit. p. 343.

⁵⁶⁹ *Ibid.*

valóricos y normativos de las culturas en juego, al modelo de ese concepto formal y externo de bien?

Por otra parte, cuando se definió en el capítulo 3.2.6., la justicia intercultural, y se dio cuenta de la doble perspectiva de la articulación entre la dimensión contextual y la universal, ya hicimos referencia al hecho de que una reflexión filosófica latinoamericana no tiene que pensar la articulación entre universalidad y particularidad (singularidad, contextualidad, etc.) como una alternativa. Si en ese momento se comprendió que, sin universalidad, no hay posibilidad de elaborar un pensamiento auténticamente liberador, también se dejó establecido que esta universalidad tiene que ser comprendida como una instancia que, lejos de ser elaborada a espaldas de la realidad histórico-social, permita y facilite una reconfiguración contextualizada de los presupuestos que nos permitan legitimar y salvar al PJ.

En ese momento se explicó que si la cuestión de la relación entre la universalidad de la justicia y los contextos culturales particulares se exigía plantear, era por la necesidad de entender – en términos de las referencias que se pueden encontrar en Habermas, Honneth y Forst-, lo contextual no como una mera oposición concretista de lo universal, sino como un camino intermedio que acoge tanto la *Sittlichkeit* como las aspiraciones a una validación universalizables desde distintos contextos de lectura y apropiación del ideario normativo de justicia⁵⁷⁰.

Es clave entender acá, como se hizo en su momento en relación con el concepto de justicia intercultural en los términos en que Faundes y Salas lo plantean, que más allá de las dicotomías posibles a partir de las características *externa y formal* del *concepto de bien* que se propone, con la idea contextualizadora no estamos renunciando a la fuerza normativizante.

Se propone un concepto de bien y se requiere que sea formal, en el sentido de que no se define de un contenido específico; no se *da* un contenido de ese bien; es una suerte de archivo vacío a ser llenado, como hemos explicado, en cada caso, con lo que se considere oportuno. Hablamos de que el concepto de bien es solo la forma, la representación que cada cultura, cada sujeto del PJ como actor social, define acerca del “como saber que es bien”.

Y luego, decimos que ese concepto además de formal es externo, porque aludimos a su carácter representativo, precisamente. En el hecho de que cada actor social o sujeto del PJ puede y debe

⁵⁷⁰ Faundes y Salas. Ob cit. p. 709.

manifestar su forma de bien, esa es, en el contexto, independiente de todas las demás, pertenecientes a los otros actores. Así pues, el concepto de bien es externo en cuanto que no pertenece a ninguno de los sujetos del PJ; se encuentra más bien en una suerte de exterior, común a todos.

Debido a ello, es de suma importancia establecer claramente este concepto de bien como forma de superación al límite filosófico del PJ, por cuanto con él no se refiere solo a un reconocimiento ajeno al cumplimiento del pluralismo, sino que con el – el concepto externo y formal de bien – se pueden establecer las condiciones en las cuales se da, respetando los valores y principios de justicia y democracia, que han de ser comunes a todos los actores sociales.

En base a los procesos globales de justicia, y en las reivindicaciones de los derechos de los pueblos originarios, es indispensable que los Estados permitan, sustentada en el derecho natural de los sistemas jurídicos propios del país, la existencia de un concepto formal y externo de bien, en una suerte de modelo de integración de los principios y los valores de los diversos sistemas jurídicos que allí existen.

Este concepto se propone como la base para poder desarrollar mecanismos de ayuda en la coordinación de las relaciones del sistema de justicia ordinario y la justicia comunitaria, según se analizará de seguido. Finalmente, este concepto formal y externo de bien sobre la cual se estructura el presente desafío propone una plataforma para el PJ, enfocado en el verdadero reconocimiento de todos los poderes igualmente válidos. Así, este concepto de bien desde una perspectiva formal, en su aproximación conceptual, no ha de implicar la imposición de una realidad y conducta para cumplir con deseos ajenos al grupo social. Porque, además, el bien como valor es el resultado del examen de las circunstancias del entorno, que, si bien inclinan o señalan a los grupos sociales el obrar de un determinado modo, este se da en un medio externo. Por lo cual resulta errado el pretender que este concepto externo y formal de bien, en los términos en que se plantea, se emplee como justificativo, para promover una idea de igualdad que niegue las diferencias inherentes a los grupos, además si es la guía sobre la cual se construye el entramado normativo, el mismo debe nacer de los elementos culturales de cada grupo, de esa realidad que experimentan, que lo legitima y da validez.

3. La falsa utopía de la coherencia entre sistemas jurídicos. Acerca de los límites jurídicos del Pluralismo jurídico

El diálogo entre los sistemas jurídicos mal llamados alternativos y el sistema jurídico estatal no puede fundarse en una relación de subordinación de unos bajo los otros, pero tampoco en la simple yuxtaposición de todos, como si de una mezcla azarosa se tratara. La necesidad del nuevo paradigma gnoseológico del Derecho que hemos venido revisando se satisface con la propuesta del PJ en los términos en los que lo hemos hecho. Un concepto de derecho en el modelo pluralista abarca y entiende un derecho pluricultural, en todos sus sentidos.

Una reflexionando sobre esta coyuntura de las diferencias, parte de la noción de utilidad general, para articular los derechos de los sistemas jurídicos indígenas, con el derecho oficial. El problema entonces es definir eso que podemos comprender como de utilidad general, de tal suerte que no represente la superposición de ninguno sobre otro actor social.

Se revisarán las distintas opciones de punto de conexión para esa interacción intrasistemática que supone el PJ, desde la superación misma del concepto de sistema jurídico, paseando por el proceso del NCL, hasta llegar al punto donde se juntan y se separan esta reciprocidad, como estructura básica del pluralismo jurídico y expresión de la regulación intercultural de los derechos de los pueblos indígenas.

3.1. Superando el concepto de sistemas jurídicos alternativos

El proceso de la reforma política de la que son objetos los países de Latinoamérica tales como Argentina, Chile, Brasil, en los que se postula la democracia como forma ideal de gobierno en sus pactos sociales, incluyó además la reconstrucción de la sociedad civil, la redefinición del Estado y también implementa un nuevo sistema jurídico que contempla las necesidades y las demandas de los nuevos actores sociales en la región⁵⁷¹.

Cabe destacar que, el derecho positivo formal en vigencia desde el siglo XVIII, en la actualidad sufre una crisis de paradigmas, la cual se considera como una precondition para la formación de nuevas teorías y referentes. Asimismo, ese derecho ha demostrado poca eficacia, y presenta grandes incentivos para la corrupción y debido a ello su legitimidad se cuestiona. Por otra parte,

⁵⁷¹ García S., F. (2008). "Los retos del pluralismo jurídico". En: *Íconos: Revista de Ciencias Sociales*. No. 15. Pp. 27-41. <https://dialnet.unirioja.es/ejemplar/376395>

la diversidad socio cultural en la forma de vida que coexiste en estos países, se ha desacreditado debido a la prevalencia de un monismo jurídico.

Por su parte, las demandas sobre el reconocimiento de la cultura de los pueblos indígenas, afrodescendientes y de identidades latinoamericanas, las cuales no habían sido reconocidas de forma adecuada como pueblo, poniendo con ello en duda la vigencia de un sistema jurídico monocultural, ha sido considerado el escenario idóneo para las reformas constitucionales realizadas en los últimos decenios, aunado ello a las respectivas aprobaciones del Convenio 169 por la OIT, en el año 1989.

Estos elementos son indispensables para la construcción y la formación de una nueva normativa jurídica en Latinoamérica, caracterizada por la necesidad de una pluralidad jurídica abierta, flexible, participativa, diversa y democrática. Este fue el debate que propició los desafíos para el pluralismo jurídico⁵⁷².

En este sentido, el pluralismo jurídico se ha constituido como un tema de discusión permanente en el desarrollo de la antropología jurídica. A partir de los estudios de las normas e instituciones encargadas de mantener un orden en la sociedad, así como sus conflictos y procesos, y la forma en que el poder y la historia conforman nuevos conflictos jurídicos.

Tal y como vimos a lo largo de la Parte I, el PJ parte de la coexistencia en un mismo espacio sociopolítico de distintos sistemas jurídicos pertenecientes a las prácticas y las concepciones culturales diferentes. En cuanto al ámbito o el contexto relativo a su aplicación, pudiendo ser local, regional, nacional y trasnacional, sabemos que posee un grado de imbricación entre los diversos sistemas que actúan simultáneos, tanto en lo social, como en las disposiciones y las representaciones de sus actores sociales⁵⁷³.

Aunado a ello, hemos visto que cuando el derecho oficial se reserva la facultad de determinar la legitimidad y el ámbito de aplicación de los sistemas jurídicos, se hace referencia a un pluralismo jurídico formal unitario que nos confirma la inocuidad del PJ y la inutilidad de los mecanismos de coherencia entre los distintos sistemas jurídicos. En ese sentido se entiende que es indispensable avanzar a un pluralismo jurídico igualitario, es decir, que reconozca la validez de las normas de los diferentes sistemas de derecho horizontalmente. Debido a ello, el PJ tiene la potestad de

⁵⁷² García, S., F. Op. cit. p. 28.

⁵⁷³ *Ibid.*, p. 29.

plantear que se reconozcan los diversos sistemas jurídicos como parte integral del orden legal nacional, por lo que se evidencia una simultánea igualdad en todos los sistemas jurídicos.

El pluralismo jurídico no puede ser considerado como un uso alternativo del derecho, sino que es considerado, como hemos desarrollado a lo largo de esta investigación, una categoría epistemológica del derecho, un giro paradigmático en el proceso de construcción de las diferentes formas jurídicas que se encargan de identificar al derecho con sectores mayoritarios dentro de la sociedad. En este sentido, el pluralismo jurídico posee un reto, y este es lograr la construcción de un predominio de lo diverso, lo disímil, lo heterogéneo, de tal suerte que consiga un equilibrio entre el predominio de la voluntad general sin dejar de lado la pluralidad de los intereses específicos⁵⁷⁴.

En los procesos de cambio histórico la percepción de los pueblos originarios ha variado, pasaron de ser nativos de sus tierras, a ser considerados inferiores “salvajes” en la época colonial. Varios siglos más tarde la noción cambia surge el constitucionalismo con fines de integración en el que el Estado reconoce a los indígenas, pero quedan sujetos a un único sistema jurídico, pues el verdadero poder lo tiene la efigie estatal, como ya lo hemos revisado detenidamente. Explica Yrigoyen⁵⁷⁵ que para el siglo XX se implementa un modelo tutelar que arropa las potestades de estas comunidades, que se muestra sorda ante el clamor de los pueblos originarios de autorregularse, pues los concibe incapaces para establecer un modelo apropiado con su idea del bien, y que necesitan de un cuidado paternalista del Estado.

Posteriormente, surge frente a ese monismo cultural la noción de pluralidad, sin embargo, para lograr arribar a este, no basta con el reconocimiento de la existencia de las comunidades indígenas ni la consagración de algunos de sus derechos individuales y colectivos. Se precisa que se concrete el sentido de identidad y pertenencia con las autoridades y normas que ordenan su comunidad, que permita el desarrollo de los procesos establecidos ancestralmente para concretar la justicia y su participación en la construcción del modelo imperante⁵⁷⁶.

Es oportuno hacer referencia a que diversos estudios realizados en México relativo a los Juzgados Indígenas en Cuetzalan Puebla y de la Policía Comunitaria de Guerrero, los cuales son útiles para

⁵⁷⁴ *Ibid.*, p.31.

⁵⁷⁵ Yrigoyen, R. (2011). *Horizonte del constitucionalismo pluralista: del multiculturalismo a la descolonización*, en: Siglo Veintiuno Editores, Buenos Aires.

⁵⁷⁶ *Ibid.*

conocer sobre las demandas de género y los derechos humanos asumidos por las mujeres indígenas para poder redefinir los marcos de índole cultural de justicia comunitaria.

Además de ello, se establecieron diversos retos que las rondas Campesinas establecieron sobre la aplicación del pluralismo jurídico y político. En el ámbito jurídico, el desafío mayor es comprobar la forma en que la jurisprudencia de Perú reconoce las Rondas Campesinas y ellas logran contar con una ley que se dedica a la garantía de sus funciones, aunque en la práctica las autoridades ronderas enfrentan diversas dificultades por las autoridades de los gobiernos a nivel local y regional para su ejercicio y reconocimiento. Al respecto indica Yrigoyen que:

Sin embargo, el principio de la igual dignidad de las culturas quedó sin traducción institucional, dado que sólo la institucionalidad jurídica hegemónica retuvo la capacidad para decidir en los conflictos entre sistemas. El constitucionalismo pluralista sentó principios cuya efectiva implementación desborda a las instituciones soberanas monoculturales tradicionales, las que no representan en su estructura, composición y funcionamiento institucional la diversidad de pueblos y culturas del país. Y este fue uno de los retos que el segundo ciclo dejó al siguiente.⁵⁷⁷

Así mismo, en el ámbito político, como veremos en detalle en el apartado siguiente, esta superación del concepto de sistemas jurídicos como desafío del PJ, se convierte en el reto esencial para las organizaciones e instituciones jurídicas que no solo se dedican a la administración de justicia, sino también se han transformado en instancias de representación y de movilización política fuera de la influencia del Estado⁵⁷⁸.

Otra situación que nos permite comprobar el desafío de superación de este concepto de sistema jurídico que limita al PJ es el caso del pueblo *Rom* o gitano que residía en América y su vínculo con la *Kriss Romaní* o *Romaniya*. La *Kriss Romaní* o *Romaniya* es el sistema jurídico transnacional del pueblo rom (gitano), que se encarga de la aplicación del derecho entre los rom, y como se entiende se denomina *Kriss*; una expresión que designa tanto el derecho en general como la asamblea o consejo de ancianos encargados de aplicarlo. La coexistencia de diversas normas tradicionales y de instituciones que se encargan de regular la aplicación de su derecho interno y aplicable sólo al ámbito de las relaciones entre los romaní, en tanto que dicha población es parte

⁵⁷⁷ *Ibid.*, p. 149.

⁵⁷⁸ García, S., F., op. cit. p. 32

de la diversidad cultural de varios países de América Latina, y por tanto participan de las diversas regulaciones estatales de cada uno de los países en los que se encuentran, hacen que lo tomemos como ejemplo de PJ. En ese sentido este fenómeno jurídico, como algunos autores lo catalogan, se ha venido estudiando por las ciencias sociales, y especialmente por la antropología. Por lo que se considera acerca de la situación del pueblo *Rom* en Colombia y en Chile, se evidencia la forma en como la *Kriss Romaní* resuelven los conflictos internos dentro de los *rom*, dándole relevancia a los elementos culturales esenciales como son el parentesco, la familia y los ancianos.

La discusión de estas comunidades y la pregunta por si constituyen sus ordenamientos sociales una suerte de sistema jurídico se hace más polémica, debido a los linchamientos considerados procedimientos paralegales que traspasan el ámbito jurídico formal y que se salen del control de la fuerza del Estado. Además, sigue siendo un punto interesante para su revisión, que, a partir de los linchamientos acontecidos en el año 2007 en Quito, algunos aspectos esenciales del Derecho sean cuestionados a la luz de su existencia dentro de procesos pluralistas: la seguridad ciudadana, el derecho a la vida, la construcción de la sociedad en un estado de seguridad jurídica y social que deberían actuar como limitantes a acciones como el linchamiento⁵⁷⁹.

Por su parte, la coordinación entre el sistema de justicia formal y los demás sistemas de justicia no formales que existen en el país, se habrían de dedicar a regular el proceso y la integración de las competencias en una perspectiva intercultural, la cual debe ser redefinida para amplificar los alcances y el establecimiento de los límites, para los que los Poderes Judicial y Legislativo de cada Estado promuevan las iniciativas necesarias para alcanzar dicha finalidad⁵⁸⁰.

Asimismo, los juristas han aprendido a analizar un fenómeno que no es nuevo para los sociólogos y politólogos. Ello consiste en que, en el mismo espacio social, en el mismo territorio, coexisten, desde siempre, una diversidad de sistemas normativos. Ejemplo de ello son los nuevos pluralismo jurídicos que ya mencionábamos en los capítulos primeros y que nos hacen pensar inmediatamente en los grupos sociales que se esconden en los campos colombianos, las guerrillas, las organizaciones campesinas (brasileños sin tierra y las decenas de mexicanos cruzando las fronteras, etc.), los garimpeiros en el Orinoco, las mafias narcotraficantes, los grupos armados, e

⁵⁷⁹ García, S., F. op. cit. p. 36

⁵⁸⁰ *Ibid.*

incluso como citábamos en su momento, los sistemas normativos paralelos a los estatales dentro de los cuales encontramos los sistemas jurídicos de los indígenas⁵⁸¹.

En principio ya vimos los elementos requeridos en doctrina para poder hablar de los Sistemas Jurídicos. Las normas son consideradas una de las varias partes actuantes dentro de los sistemas normativos; al igual que lo que se entiende por derecho, no se puede limitar el PJ a la coexistencia de normas, sino que con ellas actúan e interactúan los hechos sociales que las justifican y las hacen nacer, y los valores que las fundamentan.

Por otro lado, frente a este debate encontramos que el funcionario, por ejemplo, como operador de derecho, se dedica a decir si la norma cuestionada forma parte o no del sistema. Los sociólogos en cambio referirán la existencia de las diferentes relaciones sociales, mediatizadas por determinadas normas; solo falta que los juristas atiendan al hecho y apliquen a la existencia de la diversidad de sistemas jurídicos, los elementos resultantes de este segundo desafío: un PJ eficaz, concebido como el paradigma correcto desde el cual se ha de regular la coordinación de los diversos sistemas normativos⁵⁸².

3.2. ¿Es el constitucionalismo un prerrequisito para la coordinación?

La inclusión de la justicia intercultural en los términos en que lo vimos en los capítulos precedentes, en los dispositivos constitucionales latinoamericanos, no ha sido suficiente para efectivizar la justicia, debido a la ausencia de reglas claras que definan los modos de la articulación y la coordinación de la justicia de parte del Estado.

La aplicación específica de la justicia intercultural y llamada comunitaria en otros ordenamientos establece de forma esencial, la importancia de los actores y las prácticas, en un actuar en conjunto, coordinado. Esto que se constituyó como un gran paso a la legitimación del PJ en el contexto latinoamericano, en los términos de las articulaciones específicas y de coordinación, entre la justicia estatal y la justicia ordinaria, se torna insuficiente.

Aparte de las normas constitucionales, existe una gran falta de reglas claras con respecto a la coordinación entre la justicia comunitaria y la justicia estatal. El reconocimiento del pluralismo jurídico por los Estados supone una especificación a nivel orgánico, de las disposiciones que

⁵⁸¹ Correas, O. (1997). "El pluralismo jurídico. Un desafío al Estado contemporáneo", en: *Revista mexicana de ciencias políticas y sociales*. No. 41, pp. 91-99.

⁵⁸² *Ibid.*, p. 94.

constitucionalmente sirven de declaración y de lineamientos generales. El desconocimiento del reconocimiento jurídico y su falta de desarrollo en leyes correspondientes no posibilita la coordinación adecuada de los sistemas jurídicos y establece el principal desafío jurídico para el PJ.

La naturaleza de los procesos constitucionales en África Austral se conoce debido a sus características de participación y de inclusión, así como por sus resultados, a partir de las Constituciones endógenas (*home grown*) que demuestran el pluralismo de las sociedades que lo dominan. Por medio de la observación de la diversidad en las constituciones de África Austral actualmente se puede conocer lo relativo a su propia legitimidad y a su capacidad para beneficiar la interacción de las diferentes fuentes de la legitimidad existente dentro de cada sociedad y que tienen basamento en sus Carta Magna.

Asimismo, se dedica a garantizar diversas normas esenciales y a definir cierta clase de ordenamiento institucional. Además, representa la existencia de un acuerdo en las sociedades en el Sur de África relacionada con los valores y las aspiraciones en común. Esta Constitución que tomamos como referencia, revela de alguna manera el contrato social que sustenta los países de la subregión, por lo que se ha constituido como la fuente primordial de la legitimidad política de los países. Los deberes relativos a la realidad y la importancia del control de constitucionalidad en la región le brindaron importancia, especialmente a lo relativo al resto del continente de África⁵⁸³.

El primer elemento para considerar es la norma, la cual es un imperativo que se encarga de regular la conducta de las personas a través de la coacción. Sin embargo, es necesario aclarar que no cualquier norma se constituye como derecho, para tener tal cualidad debe ser válida, y tiene que emanar de una institución con autoridad. Para que la norma pueda ser válida, es sabido, debe sustentarse en una norma con jerarquía superior, la cual a su vez debe sustentarse en una norma superior. La interrogante que surge es ¿en qué momento termina esa cadena? La respuesta es en la Constitución, la cual no se basa jerárquicamente en otra norma y se posiciona como una norma suprema del ordenamiento jurídico. Razón por la cual se puede considerar que la Constitución, le transfiere su validez a las normas inferiores

⁵⁸³ Instituto de Investigación y debate sobre la Gobernanza. (2011). “Constituciones: ¿Coexistencia, renacimiento o hibridación de las distintas fuentes de legitimidad?”, en: Encuentro internacional pluralismo jurídico en sociedades multiculturales, Lima. <http://www2.institut-gouvernance.org/docs/dossier-pluralisme-es-decembre-2011.pdf>

al mismo tiempo que se basan en ella⁵⁸⁴.

La regla del reconocimiento establece cual es la norma que es parte del sistema jurídico y cual no, esencialmente porque es útil para distinguir las normas morales y las jurídicas, y así como también de las jurídicas para detallar cuales son parte del sistema y en que jerarquía se encuentran. La regla de cambio establece cual será el procedimiento para modificar las reglas primarias, y las reglas de la adjudicación establecen cual es el tribunal que resolverá alguna regla primaria que se ha violado.

Así mismo, los principios hartianos de la norma relacionadas con el sistema, buscan el reconocimiento de diversas fuentes de derecho y de normas consuetudinarias. Por lo que, avanzando en el análisis, se observa que la norma se encarga de regular la conducta, y también de sustentar la validez de la norma superior que es parte del sistema de normas, y que tienen como referente a la Constitución. A ese grupo de normas válidas, empezando por la Constitución, se le conoce como sistema jurídico o como lo denomina Kelsen: *estática jurídica*, con lo que se entiende, clásicamente a la Constitución, fuente primordial del derecho⁵⁸⁵.

Sin embargo, debido a la existencia de dos o más sistemas de justicias, así concebidos, actuando simultáneamente en algunos países de Latinoamérica, se produjeron enfrentamientos y contradicciones entre los administradores de justicia de uno y otro sistema que han terminado por afectar a todos los ciudadanos, especialmente a los indígenas, por causa de su vulnerabilidad ante la justicia. En ese sentido, ya lo hemos visto, el efectivo acceso en igualdad de condiciones, al ejercicio de la justicia, constituye uno de los temas verticales en el PJ y un indicador esencial de la eficacia.

El pluralismo jurídico como una nueva categoría epistemológica del derecho, tiene a su cargo solventar las contradicciones entre los diversos sistemas de derecho, dentro de un ámbito jurídico hermético, enfrentado a la diversidad cultural y jurídica en nuestros países. Ello sin ignorar que la justicia indígena afronta desafíos y graves problemas, paralelos, y también diversas ventajas de cara a los procedimientos de la justicia estatal, como son la menor

⁵⁸⁴ Castro, S. (2016). “Elementos de doctrina para una constitución plural”. en: IDEI, Bolivia. <https://www.bivica.org/files/sistema-juridico-interculturalidad.pdf>

⁵⁸⁵ *Ibid.*

burocracia, el tratar de forma cuidadosa a la víctima, comprender más a los usuarios, y no sustentarse en la judicialización de los problemas sociales, sino únicamente en la búsqueda del establecimiento de equilibrios.

Por lo tanto, la justicia del Estado y la justicia tradicional indígena deben coordinarse de forma efectiva, en el caso que uno de sus miembros participe en el proceso, ello con la finalidad de garantizar una efectividad del derecho y también evitar la violación de sus derechos esenciales. En este sentido, la coordinación se debe encargar de buscar que el acceso a la justicia sea efectivo y el tribunal o la autoridad correcta venga a darle la solución a la controversia presentada⁵⁸⁶.

Asimismo, es necesario establecer claramente las competencias de las dos entidades jurisdiccionales y la elevación del principio del respeto mutuo. De esta manera se garantiza el acceso a la justicia de los sujetos y los pueblos indígenas para que este sea efectivo, ello sin importar cual es el organismo que resuelve el conflicto. Por su parte, la justicia indígena debido a sus características particulares está llamada a solventar los conflictos sociales emergentes en sus territorios y es indispensable que algunos de estos conflictos, debido a su naturaleza, sean sometidos a la justicia del Estado⁵⁸⁷.

Cabe recordar además que, del multiculturalismo a la descolonización se revelaron tres ciclos de reformas constitucionales, desde 1980 al 2010, relacionado con los derechos de reconocimiento de la diversidad cultural y pueblos indígenas. Todos estos cambios influyen en la definición del estado que los primeros movimientos de constitucionalismos asentaron proyectos políticos neocoloniales de sujeción indígena. De esta manera se evidencia como los países han incluido estos conceptos en su normativa interna, y se observan las diferencias en los países como Bolivia y Ecuador en donde la población es mayormente indígena de países en donde no predominan los indígenas. Por lo que se exponen los límites y los problemas de los derechos en cada Nación, los cambios que emanan del vínculo del ser humano y de la naturaleza⁵⁸⁸.

Cuando el Estado dejó de ser monista y se convirtió en un Estado multicultural y pluriétnico, debido a las razones que hemos venido analizando, para los casos de Bolivia, frente a Colombia,

⁵⁸⁶ R. Ariza; J. Martínez; G., Regalado y A. Valiente (2012). *Elementos y técnicas de pluralismo jurídico. Manual para operadores de Justicia*. En: Fundación Konrad Adenauer. Berlín.

⁵⁸⁶ Yrigoyen, R. (2011), ob. cit. p. 140.

⁵⁸⁷ Ariza, R. et al. (2012), op. cit. p. 62.

⁵⁸⁸ Yrigoyen, R. (2011), ob. cit. p. 141

por ejemplo, los constituyentes establecieron diversas acciones positivas, para que los pueblos alcancen una igualdad diferencial. Por lo que se define un trato diferente para ese sujeto colectivo de derecho.

Ejemplos como la Acción de Tutela tomado en cuenta como un mecanismo expedito dedicado a la reclamación de los derechos fundamentales, es importante resaltar. Los pueblos considerados como sujetos colectivos de derecho reclaman una protección colectiva, y la estructura del Estado está llamada a cambiar de forma esencial y producto de ello, tomamos como ejemplo en Colombia, es el reconocimiento de las autoridades de los pueblos indígenas para integrar la rama judicial como jueces de la República⁵⁸⁹.

De forma más bien genérica, es importante resaltar que, el más reciente fenómeno constitucional en América Latina conocido como el Nuevo Constitucionalismo Latinoamericano, dentro de sus características más importantes, plantea procesos constituyentes democráticos, en donde se recupera el poder constituyente como popular y se expresan las demandas de los distintos movimientos de la sociedad; se eleva el contenido de principios y de presupuestos axiológicos estipulados como valores superiores de la organización constitucional y del Estado; se configuran diversos modelos de Estado, especialmente en los casos de Ecuador, Bolivia y Venezuela.

En esta tendencia de reformas constitucionales dirigidas al reconocimiento de los pueblos indígenas destacan los casos de Bolivia y Ecuador que pretenden concretar la justicia social y cerrar la brecha de desigualdad entre los poderes del Estado y de las comunidades originarias. En estos países se propugna una justicia cultural que busca la verdadera igualdad formal y material de ambas culturas, a través de la construcción de un Estado plurinacional, en el que destaca la redefinición del espacio de poder y la potestad de autogobierno de los indígenas.

Destaca Aparicio⁵⁹⁰ que este deber del Estado de lograr la igualdad alude al contexto ambiental y cultural, en el caso de Ecuador, este se evidencia con la previsión de un conjunto de lineamientos rectores que ordenan la función institucional, conforme a los cuales el impulso económico debe

⁵⁸⁹ Sánchez, E. (2009). “La realización del pluralismo jurídico de tipo igualitario en Colombia”, en: *Nueva antropología*, no. 22, pp.16-21. http://www.scielo.org.mx/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0185-06362009000200003

⁵⁹⁰ Aparicio W., M. (2018). “Estado, organización territorial y constitucionalismo plurinacional en Ecuador y Bolivia. ¿Una década ganada?”, en: *REAF* no. 27, Universitat de Girona, Girona. p.117.

ajustarse al resguardo del medio ambiente y tiene como novedad el reconocimiento como ente jurídico de la naturaleza.

Esta transformación en los textos constitucionales de la región latinoamericana obedece a que luego de la colonia no culminó la opresión cultural y económica de las comunidades indígenas, sino que las entidades estatales se forjaron sobre la idea de dominación, y superioridad de unos sobre otros. Para hacer frente surge, el reconocimiento de ciertos derechos colectivos, sobre todo en referencia al espacio territorial, sin embargo, estos cambios se tornan insuficientes para cambiar la rígida estructura sobre la que se construyeron los Estados. Al respecto expone Aparicio que:

Así, la estructura del Estado liberal, y de la democracia de tipo representativo, permanecía incólume, y apenas concedía la posibilidad de reconocer algunos derechos y en buena parte de los casos a comunidades o colectividades, esto es, sin abordar su subjetividad política y jurídica como pueblo amplios de derechos especiales para los integrantes de los pueblos indígenas, nos encontramos con que el reconocimiento de la pluralidad no conlleva una reforma de la organización institucional y de los modos de producción jurídica, quedando lejos la superación, en definitiva, de la disociación entre la realidad formal (Estado nacional basado en una sociedad homogénea) y fáctica (base multicultural y existencia de un pluralismo jurídico fáctico).⁵⁹¹

De este modo, la plurinacionalidad aparece como la noción empleada para dejar atrás el simple multiculturalismo, perdido en propuestas liberales, con lo cual se procura el reconocimiento definitivo de todas las culturas; no basta con señalar la existencia de la diversidad, sino que es preciso, a partir de allí, que se genere un cambio orgánico y normativo en el Estado. En este sentido en el caso boliviano y ecuatoriano se replantean sus estructuras orgánicas:

Se modifica el paradigma multicultural liberal según el cual las instituciones indígenas son consideradas como derechos que la institucionalidad ordinaria, el Estado, reconoce. En el paradigma plurinacional, las instituciones propias de los pueblos indígenas no se reconocen frente al Estado, sino que son parte de este, y las conforman instituciones ligadas a un autogobierno de dimensión.⁵⁹²

Asimismo, la ordenación territorial de los pueblos originarios, por la relevancia en la autodeterminación de sus derechos, exhibe otra dimensión subrayada de participación, en virtud de

⁵⁹¹ *Ibid.*, p.120.

⁵⁹² *Ibid.*, p.121.

que configura una competencia de ambas instituciones o por lo menos eso es lo que se espera: la garantía de la participación de las comunidades indígenas en el proceso de deliberación sobre el uso de las tierras.

Igualmente, se amplía la variedad de derechos asumidos por los derechos humanos, pero otorgándoles nuevas facetas y agregándole nuevos derechos que provienen de las demandas de los distintos movimientos sociales; el reconocimiento de los derechos de los pueblos indígenas, considerando los valores establecidos en la Constitución originarios de sus culturas, y se adopta el pluralismo cultural y jurídico en varios niveles.

De esta manera, se puede evidenciar que el nuevo constitucionalismo latinoamericano (NCL) asumió el paradigma de derecho moderno que se sumergió en la crisis, debido a que el monismo jurídico se ha destrozado por distintos aspectos, uno de ellos son los pueblos indígenas. A tal efecto, los enfrentamientos de los pueblos indígenas han traído como consecuencias reformas en las constituciones de varios países⁵⁹³.

Sin embargo, como afirma Aparicio, si nos centramos en el terreno de la disputa jurídica, se pueden deducir dos perspectivas de análisis sobre el alcance de estos cambios normativos en materia de derechos indígenas. Por un lado, es imposible no resaltar estos avances constitucionales en Latinoamérica, que como se ha visto, se han sucedido en los últimos 3 decenios. Estos, sin duda, han servido no solo de freno a los procesos de explotación indiscriminada de los recursos existentes en los territorios que ancestralmente han pertenecido a los pueblos originarios, sino que, gracias a estas resistencias indígenas, se han logrado los avances normativos que estamos refiriendo y con ellos, se ha logrado una suerte de ralentización de los impactos negativos de los proyectos extractivos⁵⁹⁴. De la misma forma se puede afirmar, con Aparicio, que, como otra prerrogativa, este NCL ha permitido aperturar espacios de inserción de los pueblos indígenas en las decisiones políticas y administrativas, lo que sin duda se ve reflejado en ciertas pautas de reconfiguración del Estado más acorde con la pluralidad cultural.

⁵⁹³ Rosillo, M., A. (2017). "Pluralismo Jurídico en el constitucionalismo mexicano frente al nuevo Constitucionalismo Latinoamericano", en: *Revista Direito e Práx*, no. 08, pp. 3037-3068.

⁵⁹⁴ Aparicio W., M. (2020) "Introducción: Derechos en disputa y resistencias indígenas". En: Aparicio W., M. y Varo Barranco, A. (Editores). (2020). *Resistencias indígenas*. Contribuciones del X Encuentro Multidisciplinar de Pueblos indígenas. Universitat de Girona, España. p. 9-10.

No obstante, es innegable lo escaso de estos planteamientos y los límites que aún quedan por superar, más allá del NCL, para el PJ y para el reconocimiento y ejercicio pleno de los Derechos de los Pueblos Indígenas. Si bien el efecto movilizador de este NCL, la coincidencia del reconocimiento de los derechos indígenas con el despliegue de políticas neoliberales se plantea como nuevos desafíos para superar. “Esa constatación, podría llevarnos a pensar que el objetivo de tales reformas fue ya desde un inicio la relegitimación de un régimen político muy cuestionado⁵⁹⁵”.

El reforzamiento de los derechos de autogobierno de los pueblos indígenas es en ese sentido, tomado por algunos autores, tal y como cita Aparicio, surge como punto de inflexión en los procesos de vaciamiento de poder del Estado, impulsados por la globalización neoliberal. Y en ese orden de ideas se constituye en un elemento jurídico importante a resaltar en la justificación del campo liminal del PJ.

El uso del discurso jurídico, la articulación de demandas para la consecución de derechos debe entenderse como opciones derivadas de un cálculo estratégico que no sólo depende de lo que los textos normativos establezcan o puedan llegar a plasmar, sino de la fuerza acumulada para hacerlos efectivos y afectar verdaderamente las relaciones de poder. De ello no son excepción, ni mucho menos, los distintos reconocimientos de derechos indígenas, ni algunos de los ejemplos de mayor avance en el reconocimiento de la igualdad entre culturas como podría llegar a ser las Constituciones ecuatoriana (2008) o boliviana (2009)⁵⁹⁶.

Así vistas las cosas, es concluyente que, si bien este NCL supone un avance en la fundamentación jurídica del PJ, por cuanto tiene efectos importantes en términos de debilitamiento de la concepción hegemónica liberal del Estado y del Derecho, no ha sido suficiente en si mismo, ya que se ve limitado con cierta profundidad, en mayor o menor medida, por la presencia de elementos de una nueva hegemonía discursiva en construcción⁵⁹⁷.

⁵⁹⁵ *Ibid.*

⁵⁹⁶ *Ibid.*

⁵⁹⁷ *Ibid.*

3.3 *¿Dónde se juntan y donde se separan los sistemas jurídicos a “coordinarse” en el pluralismo jurídico? Desafío tercero*

Conforme se ha señalado hasta aquí, puede colegirse que el pluralismo es considerado como un sistema superador, no alternativo, en el cual es aceptada la diversidad social e ideológica en materia económica y política, el derecho a organizarse y a participar libremente en el ámbito político, lo cual se erige como un ingrediente esencial. En las sociedades con múltiples culturas y etnias como las latinoamericanas, la diversidad le concede un carácter específico al pluralismo, debido a que los grupos étnicos construyen no solo los sistemas sociales y culturales particulares sino ordenes jurídicos diferentes al que se instituye de manera tradicional.

Es importante resaltar que, en la sociedad concebida de esta manera como un espacio dinámico, esos órdenes jurídicos existentes como expresión del pluralismo son articulados y comunicados entre ellos, de manera que no conforman islas, ni compartimientos, sino que ejecutan y reciben permanentemente influencia en el orden jurídico mayor. Dicha comunicación y tensión permanente ha hecho evolucionar el derecho, y ello hace que sea difícil el organizar los distintos espacios jurídicos dentro de un marco coherente al momento de establecer los preceptos programáticos y normativos, de cara a superar la visión tradicionalista del Estado, la cual como se sabe, acusamos desde el Renacimiento, cristalizándose luego de la Revolución Francesa.

Por su parte, en Latinoamérica, la convivencia de las cosmovisiones y los valores de índole cultural y jurídico envuelve una suerte de conflictos, más aún si se considera la historia que supone la forma en que se desarrolló la conquista para los pueblos originarios. A partir del mismo momento y procedimientos utilizados en la colonización, a través de la accesión de las tierras y la imposición organizacional de lo social, político y jurídico, contrarios al orden propio que predominaba en los pueblos indígenas de la América precolombina, el problema del conflicto ha sido la dinámica que ha sobrellevado la historia. A través del proceso de asimilación de la cultura se puede traducir la adopción del diseño social homogéneo, con la imposición a los grupos minoritarios, del abandono en ciertos casos de su cultura tradicional, sus costumbres y su lengua, así como la adopción de los valores de la cultura que dominaban⁵⁹⁸.

⁵⁹⁸ Cuneo, M. (2015). “Pluralismo jurídico y jurisdicción indígena en América Latina”, en: *Sistemas de Coordinación Publicaciones Jurídicas*, Buenos Aires. Disponible en:

Aunado a ello, brota el pluralismo jurídico, en el ámbito del contexto internacional a los quinientos años de la llegada de los imperios europeos al continente, como resultado de los movimientos de reivindicación de los derechos de los pueblos indígenas, los instrumentos internacionales de derechos humanos incluidos en las legislaciones de América. Igualmente, las reformas constitucionales realizadas en varios Estados de Latinoamérica, como hemos visto, han permitido la adopción de un modelo de gestión novedoso, lo que hace suponer la afirmación de los pueblos indígenas como sujetos políticos y trae consigo el desmoronamiento de la idea de Estado-nación como una entidad homogénea, reconociendo de esta forma la diversidad de la cultura lingüística y jurídica y las diferentes consecuencias provenientes del reconocimiento.

Los operadores jurídicos están llamados a buscar respuestas que ayuden a una mejor convivencia de los órdenes jurídicos disímiles, con la dificultad de que los instrumentos y las pautas jurídicas proceden también de un ordenamiento jurídico colonizador, vienen del derecho continental e internacional y las normas constitucionales que se diseñan bajo su atribución, traen consigo la visión monista, contraria a la correcta percepción y regulación de la diversidad que nos corresponde. Todo ello refuerza la necesidad de evitar que predominen los criterios jurídicos que contradigan al PJ de tal suerte que se puedan encontrar rutas para su desarrollo, tanto a nivel legislativo como judicial⁵⁹⁹.

Con respecto al ámbito legislativo, varios países han incluido en su legislación ordinaria, diferentes mecanismos para reconocer los órdenes jurídicos de los pueblos originarios, y los países andinos son los que han tenido mayores avances en ello, y en otras legislaciones se han presentado avances, pero sin el mismo alcance y profundidad, como es el caso de Argentina.

Por su parte, la Organización Internacional del Trabajo demostró desde su comienzo una preocupación por los derechos de los pueblos indígenas, reconociendo así que estaban entre los sectores de los trabajadores que más sufren de una explotación laboral. Luego de ello, se comenzaron a implementar instrumentos que demostraron una vocación de protección de las minorías, en beneficio de un diálogo intercultural que permitiera una transición a un nuevo modelo de Estado plurinacional y pluricultural.

<http://www.juscorrientes.gov.ar/wp-content/uploads/jurisprudencia/publicaciones-juridicas/pdf/2015/PLURALISMO-JURIDICO-Y-JURISDICCION-INDIGENA-EN-AMERICA-LATINA.-SISTEMAS-DE-COORDINACION.-C%C3%BAneo.pdf?iframe=true&width=95%25&height=95%25>

⁵⁹⁹ *Ibid.*, p.25.

Para 1989, la OIT adoptó el Convenio 169 sobre los Pueblos Indígenas que sustituyó el término de poblaciones, y a partir de allí se constituyó como el acuerdo internacional de derecho indígena más conocido a nivel mundial, debido a que demostró un gran avance en el reconocimiento y la protección de los derechos de los pueblos indígenas, de su carácter de pueblos, de su derecho a asumir el control de sus instituciones, de su forma de vida y desarrollo y los derechos sobre sus tierras y territorios. Este convenio se aplica a los pueblos indígenas y tribales de países independientes, diferentes por sus condiciones sociales, económicas, culturales y económicas, que se regulaban de manera total o parcial, por sus propias costumbres o tradiciones o por una legislación especial⁶⁰⁰.

Según la concepción del monismo jurídico, sin embargo, el derecho solo se puede entender constituido como un sistema único y universal. En ese sentido el sistema jurídico considera los fenómenos jurídicos como ocurridos dentro de su derecho, por lo que la unidad restaura a través del sistema global, todos los fenómenos del derecho. Cualquier otro derecho queda ignorado, no se integra dentro del sistema, y no califica como un auténtico derecho, siendo considerados como un sub-derecho. allí no hay contradicción ni duda posible.

Una visión monista del derecho hace suponer que un sistema jurídico existe cuando las normas jurídicas son de producto exclusivo del Estado. Todas estas normas fuera del derecho Estatal no se consideraban como derecho. Empero, un sistema jurídico es identificado como un grupo ordenado y estructurado de las normas estatales⁶⁰¹.

Cabe destacar que, si bien las normas son o pueden ser parte del sistema jurídico, un sistema, en el sentido en que lo hemos definido en los capítulos anteriores, no se centra únicamente en las normas. El PJ entiende la contingencia de la aplicación simultánea de varios sistemas jurídicos, lo cual hace suponer un pluralismo de sistemas y con ello, la necesidad de mecanismos que los coordinen.

Aunado a ello, la concepción pluralista del derecho admite que coexisten una variedad de sistemas de distintas naturalezas, como son los sistemas jurídicos supranacionales, que son los de orden jurídico internacional; los sistemas jurídicos infraestatales, que son los órdenes jurídicos

⁶⁰⁰ *Ibid.*, p.27.

⁶⁰¹ Mejía, J. (2016). “Temas a discutirse en la temática de Justicia Indígena”, en: *IDEI*, Bolivia. <https://www.bivica.org/files/sistema-juridico-interculturalidad.pdf>

corporativos o los sistemas jurídicos transnacionales o; los desterritorializados, en el cual se encuentran las sociedades comerciales, el orden eclesiástico, entre otros⁶⁰².

Resulta importante resaltar que, diversos autores han aseverado que el debate entre monistas y pluralistas, debido a que el derecho proviene únicamente del Estado o si proviene de los grupos sociales distintos al Estado, este es un problema de semántica. Sin embargo, ningún actor tiene el monopolio del derecho, y desde su comprensión epistémica, el PJ impulsa un giro paradigmático que va más allá de la palabra, incluye una realidad diversa que ha sido obviada, cooptada, homogeneizada y que resiste.

Se debe resaltar que, el derecho no es considerado necesariamente producto del Estado, la parte más sustancial del derecho tiene su origen en la sociedad, debido a que el derecho surge de la necesidad de un orden de las mínimas relaciones sociales, como son la familia, las corporaciones, la propiedad, el contrato, las sucesiones, entre otros. Es incorrecto considerar que dichas instituciones legales se han introducido a través de las normas jurídicas o las leyes, la legislación que regula dichas instituciones supone que existen elementos de hecho como el matrimonio o la familia, por lo que es posible aseverar que la norma jurídica se condiciona por la sociedad.

De acuerdo con su naturaleza, el derecho se constituye como un orden interno de relaciones sociales o mejor, de una organización de grupos sociales, en otras palabras, es un grupo de reglas que establecen una posición y una función de los sujetos pertenecientes a un grupo y especialmente por la condición de dominio o de subordinación de estos, y las tareas que se asignaban en el grupo⁶⁰³.

Con respecto a la existencia de la pluralidad de los sistemas jurídicos, se considera que esta proviene de la crisis de la hegemonía del Estado moderno. Dicho Estado moderno se conformó por la eliminación y la absorción de los órdenes jurídicos superiores e inferiores a la monopolización de la producción jurídica. Empero, la vida social con mayor fuerza que el derecho estatal, se ha encargado de edificar de forma paralela y en oposición del Estado, diversos órdenes parciales dentro de las cuales sus relaciones pueden ser extendidas en condiciones más adecuadas.

⁶⁰² *Ibid.*, p.53.

⁶⁰³ *Ibid.*, p.57.

Estos son sistemas que no se reconocen por el Estado, y no tienen la opción de asegurar una total eficacia⁶⁰⁴.

No obstante, el derecho del Estado, en la medida en que desconoce estos sistemas, sufre también en cierto grado de ineficacia. Se deslegitima por cuanto no aplica a todos los integrantes de la comunidad. Al no tomar en cuenta a todos los actores sociales, pierde fuerza.

De esta manera, el derecho positivo no se dedica únicamente a decidir el carácter jurídico de otros órdenes sociales. Contrario a ello, está llamado a apoyar a todos los actores sociales, a regularlos y a servir de elemento cohesionador, no discriminador. Si en algún momento el Estado se dedicó a monopolizar la formación de la norma jurídica, asevera Santi, que no se está lejos del desistimiento de un proceso inverso. A lo que se denomina crisis del Estado moderno, en cuanto que contempla únicamente cierta cantidad de grupos sociales que buscan constituir una esfera jurídica independiente.

Igualmente, los sistemas jurídicos contemplan elementos distintos, que no implica la destrucción o deshabilitación de su carácter jurídico. Cada uno de los sistemas actúa de forma independiente y tiene una autonomía particular, de forma que cada uno en su esfera se desarrolla de forma libre y, la ausencia de reconocimiento de un sistema por otro no lo hace menos relevante. Cada uno de ellos actúa en un propio espacio y su fortaleza se consigue en sí mismo y de sus características intrínsecas, por lo que se considera que las organizaciones delictivas como las organizaciones necesitan de un orden, debido a que si bien organizadas y con reglas de funcionamiento, no cuentan con suficiente legitimidad y autoridad⁶⁰⁵.

⁶⁰⁴ *Ibid.*, p. 58.

⁶⁰⁵ *Ibid.*

Capítulo 6: Los desafíos del Pluralismo Jurídico en Venezuela. Hacia la propuesta de un pluralismo agonístico

El Pluralismo Jurídico y el reconocimiento de los derechos de los pueblos indígenas en Venezuela, se ha visto limitado desde su regulación constitucional en 1999 por algunos factores como la no aplicación de la Ley Orgánica de Pueblos y Comunidades Indígenas (LOPCI), la delimitación territorial pendiente y, más recientemente, en el extractivismo oficial expresado en el denominado plan Arco Minero del Orinoco, destruyendo los territorios y las “formas específicas de vida” de estos pueblos.

En Venezuela los derechos de los pueblos indígenas no han transitado, desde su enunciación formal, a su vigencia material. Los pueblos indígenas no escapan a la compleja situación en la que se sumerge la dinámica política venezolana, sino que se ve agravada en estos tiempos de pandemia que nos ocupan.

Buscando una salida que aglutine los elementos de un nuevo proyecto político social, sin abstraerse del conflicto asociado a las luchas por el reconocimiento, se propone este último capítulo de la presente investigación, con el afán de superar el principio democrático articulador del pluralismo jurídico bajo lo que se ha explicado en el capítulo precedente, como pluralismo agonista, de tal suerte que permita el avance en el aseguramiento de los derechos de los pueblos indígenas de Venezuela.

1. Consideraciones sobre los límites en la regulación jurídica del pluralismo jurídico y su proyección al caso Venezuela

Cuando afirmamos que hay elementos limitantes en el proceso de reconocimiento de los derechos de los pueblos indígenas en Venezuela, estamos enfatizando que el Derecho en sí mismo no ha desarrollado su papel creativo, sino que aparece como norma cerrada, secuestrando la realidad. En Venezuela, el abismo entre lo reconocido y lo ejercido constata que los derechos indígenas en el país siguen siendo derechos pendientes.

Con la entonces nueva Constitución de la República Bolivariana de Venezuela (CRBV), en 1999, sin duda se articularon un conjunto de condiciones políticas y jurídicas para la consagración de los derechos indígenas. La organización y unidad de los pueblos indígenas era un elemento clave de esta dinámica. Sin embargo, las mismas se han venido viendo restringidas por una enorme ausencia

de institucionalidad jurídica, a causa de lejanas y a veces contrarias políticas públicas interculturales. La ausencia de la delimitación territorial, la no aplicación efectiva de la Ley de Pueblos y Comunidades Indígenas (LOPCI) y la oficialización del extractivismo con el llamado Arco Minero del Orinoco (AMO), son entre otros, elementos que, aunados a la desestructuración social y económica del país, crean un escenario absolutamente hostil para el positivo reconocimiento de los derechos de los pueblos indígenas venezolanos, en un proceso de desconstrucción del Estado en el que dar cuenta del Pluralismo Jurídico (PJ) pasa a ser algo accesorio y de segundo plano.

En Venezuela, el abismo entre lo reconocido y lo ejercido constata que los derechos indígenas en el país siguen siendo una tarea pendiente. Los pueblos indígenas de Venezuela desafían muchos frentes amenazantes a cuya lista se agrega hoy, la actual pandemia del COVID-19, convirtiéndolos en actores aún más vulnerables, propensos a la desaparición cultural y la nefasta consecuencia de un cambio en el uso y gestión de las fuentes de vida existentes en sus territorios.

Se propone una reflexión sobre la existencia de un verdadero Pluralismo Jurídico en Venezuela, a través de una revisión de sus límites axiológicos, jurídicos y políticos, tratando de comprender la ruptura que ha habido entre el reconocimiento y la ausencia de materialización de este (PJ). Revisando la posibilidad de una salida jurídica, pasamos a reflexionar sobre el pragmatismo de la realidad de los pueblos indígenas venezolanos, a través de la examinación de cuatro variables, a saber: el extractivismo, la fragmentación de territorios, la cooptación ideológica y partidista y la participación política de los pueblos indígenas, enmarcadas estas en un proceso de desconstrucción negativa del Estado de Derecho, intentando hacer un balance frente a los efectos de una pandemia global que amerita, para su contención, unos estándares mínimos de salubridad difíciles de conseguir bajo estos escenarios.

Finalmente, se hace necesario renombrar el Pluralismo Jurídico en Venezuela, de cara a la concreción de una protección a los derechos de los pueblos indígenas, en una superación dialógica y hermenéutica⁶⁰⁶ que nos permita crear espacios de respeto, a partir de lo irremediable del conflicto buscando medios para sortear la encrucijada de la materialización de los derechos de

⁶⁰⁶ El Faki Rodríguez, Fátima J. (2020) “El pluralismo jurídico y el paradigma hermenéutico: El reconocimiento del derecho de los pueblos indígenas”. En: Aparicio W., M. y Varo A. (coord.), (2020), *Resistencias indígenas*. Contribuciones del X Encuentro multidisciplinar de pueblos indígenas. Universitat de Girona, España. p. 48. Disponible en: https://www.academia.edu/43825705/RESISTENCIAS_IND%C3%8DGENAS

nuestros pueblos indígenas reconocidos constitucionalmente hace veinte años y, sobre todo, con ello, que su ejercicio sea una herramienta que coadyuve a trascender el modelo extractivo de acumulación de capital que hoy día les acosa.

1.1. Deudas y atraso legislativo en la delimitación territorial. Propuestas ignoradas de mapeo de los pueblos indígenas

El proceso de demarcación de tierras indígenas en Venezuela se encuentra circunscrito a un proceso político iniciado en el gobierno de Hugo Chávez, quien en 1999 promulga una nueva Constitución en la que se reconoce por primera vez a estos pueblos, otorgándoles derechos entre los que destacan los de naturaleza territorial. Tal como lo exponen Bustillos, Aguilar y Grimaldo el “derecho al territorio de estas poblaciones se ejerce a través de la política pública de la demarcación, entendida como el proceso en el que se deslinda su espacio territorial”.⁶⁰⁷

El proceso de reconocimiento que por deuda histórica fue emprendido durante el gobierno de Chávez, en el que no sólo se reconocieron derechos desde una perspectiva individual, sino que también se incluyó el reconocimiento a derechos de manera colectiva para los pueblos indígenas, marcó un hito ante los modelos promovidos en los órdenes constitucionales anteriores. Posteriormente, otros instrumentos legales como la Ley Orgánica de Pueblos y Comunidades Indígenas reconocen, igualmente, el ejercicio de autonomía interna para la autogestión de dichas comunidades.⁶⁰⁸

Es importante acotar que el derecho de los indígenas sobre las tierras constituye un derecho de propiedad que goza del mismo valor que el resto de los derechos fundamentales consagrados en la Constitución. Es por esta razón que la Carta Magna establece expresamente en el artículo 119, la obligación por parte del Estado de demarcar los territorios indígenas con participación de estos, a fin de garantizar el derecho a la propiedad colectiva en los que al hábitat y tierras se refiere.⁶⁰⁹

Cabe acotar que el proceso de demarcación, referido inicialmente, se apoya no solo en la Carta Magna, sino que también se circunscribe en la Ley Orgánica de Pueblos y Comunidades Indígenas,

⁶⁰⁷ Bustillos, J., Aguilar, V. y Grimaldo, C. (2015). “Derecho Territorial Indígena como derecho humano. Un análisis del proceso de auto demarcación de territorios indígenas en Venezuela (1999-2014)”, en: *Revista Latinoamericana de Derechos Humanos*, no. 26, pp. 170 -179.

⁶⁰⁸ Ley Orgánica de Pueblos y Comunidades Indígenas. Gaceta Oficial de la República Bolivariana de Venezuela, 27 de diciembre de 2005.

⁶⁰⁹ Constitución de la República Bolivariana de Venezuela. Gaceta Oficial de la República Bolivariana de Venezuela, 30 de diciembre de 1999.

así como la Ley de Demarcación y Garantía del Hábitat y Tierras de los Pueblos Indígenas, las cuales regulan las normas alusivas a la demarcación territorial en Venezuela.⁶¹⁰ El valor de este proceso radica en que es la garantía que existe para el ejercicio del derecho al reconocimiento de la propiedad, así como de la posesión de las tierras ancestrales de las que son auténticos titulares los pueblos indígenas.

Por otro lado, la demarcación en Venezuela se reconoce legalmente a través de una serie de procesos que parten de la autonomía territorial, la cual también se enmarca en el Principio Internacional de la Libre Determinación de los Pueblos. Dicho proceso queda en manos de las comunidades, quienes utilizarán los canales legales adecuados para revisar y consolidar los títulos de propiedad sobre los territorios demarcados.

Según Bustillos, Aguilar y Grimaldo actualmente, la situación de buena parte de estos pueblos indígenas es delicada, ya que muchos se encuentran en situación de pobreza y de amenaza por parte de diferentes actores empresariales que ponen en riesgo la vida de estas comunidades por priorizar intereses económicos dentro de los territorios que aspiran a ser auto-demarcados a la espera de que dicho proceso mejore sus condiciones de vida.⁶¹¹

Esta situación se ha visto empeorada por la demora en la ejecución de las políticas de demarcación por parte del Estado venezolano, lo que ha obligado a las comunidades a empezar el trabajo, desarrollando sus propios expedientes de auto-demarcación con el objetivo de cumplir los requisitos exigidos por la Ley Orgánica de Pueblos y Comunidades Indígenas, quedando en manos del Estado la verificación y el otorgamiento de los títulos de propiedad.

Otro elemento que ha ocasionado problemas en la aplicación de la normativa es que la Ley de Demarcación y Garantía del Hábitat y tierras de los Pueblos Indígenas presenta vacíos legales referidos a los procedimientos que fueron, posteriormente, desarrollados en la Ley Orgánica de Pueblos y Comunidades Indígenas. Todo esto, combinado con los problemas políticos y burocráticos en la realidad venezolana, ha traído como consecuencia que el proceso de demarcación se haya realizado sin respetar la cosmovisión de los pueblos originarios sobre los territorios que habitan.

⁶¹⁰ Ley de Demarcación y Garantía del Hábitat y Tierras de los Pueblos Indígenas. Gaceta Oficial de la República Bolivariana, 12 de enero de 2001.

⁶¹¹ Bustillos, J., Aguilar, V., Grimaldo, C. ob. cit. p. 170

Bustillos, Aguilar y Grimaldo explican que el proceso de auto-demarcación se encuentra paralizado actualmente, luego de un proceso que previamente se había caracterizado como lento. Existen muchos obstáculos que se suman a los anteriormente mencionados, uno de ellos es que muchas comunidades no se ubican en el mismo estado, otras si han recibido apoyo por parte de grupos aliados a la causa indígenas, hay otras comunidades que esperan la validación de los datos recaudados y otros grupos ni si quiera han comenzado el proceso de demarcación.⁶¹²

Esta problemática ha venido acentuándose desde el año 2014, tras el fallecimiento del presidente Hugo Chávez, situación que inició un proceso de deterioro institucional, político y económico desde las bases del proceso político revolucionario venezolano. En el caso de los procesos de autogestión indígena, desde esa misma época, han dejado de generarse estrategias que promuevan dicha autogestión. Lo que ha hecho es incrementarse la aplicación de políticas asistencialistas que no solucionan los problemas de fondo relacionados con los derechos de los indígenas y que, por el contrario, obedecen a intereses populistas de los sectores políticos-partidistas.

Sobre estos problemas de aplicabilidad de la ley, Caballero explica que las dificultades de fondo se deben a la incongruencia entre el discurso gubernamental y la praxis real bajo las que se aplica el proceso de demarcación. El autor explica que “la problemática (...) tiene que ver con ciertas paradojas legales y conceptuales”⁶¹³. En un primer caso, se señala una contradicción abusiva a la propiedad de la tierra: por un lado, se reconoce los derechos originarios de los indígenas sobre las tierras, pero el subsuelo siempre será propiedad del Estado.⁶¹⁴

En otro caso, la demarcación se debería hacer en conjunto entre el Estado y los pueblos indígenas, pero es el primero el que decide y establece el ordenamiento territorial. Otra contradicción radica en que, si bien la ley establece el otorgamiento de títulos de propiedad colectiva, hasta ahora, la práctica no ha otorgado grandes extensiones de tierra bajo esta condición a los pueblos indígenas, son apenas algunas comunidades las que ha recibido el derecho de disfrute de las tierras.

En líneas generales, los autores indican que el proceso de la demarcación no ha sido transparente y no ha fluido de forma continua como consecuencia de esos vacíos legales, la desorganización administrativa, falta de planificación y dificultades de ejecución. En muchas ocasiones, los títulos

⁶¹² *Ibid.*, p. 172

⁶¹³ *Ibid.*, p.8

⁶¹⁴ Caballero, H. (2007). “La demarcación de tierras indígenas en Venezuela”, en: *Revista venezolana de economía y ciencias*. No. 13, pp. 2- 18.

otorgados fueron posteriores a procesos de demarcación precipitados y sin una consulta adecuada a las comunidades. No obstante, en los estados Bolívar, Amazonas y Zulia, los cuales concentran la mayor cantidad de población indígena, ninguna de las comunidades se les ha concedido títulos de tierras.⁶¹⁵

Un caso en el que se han evidenciado los problemas para la aplicación práctica del proceso de demarcación, lo propone González, quien explica que en la comunidad amazónica de Yabarana los trámites respectivos fueron realizados en conjunto con representantes gubernamentales; sin embargo, el autor señala que al finalizar el proceso se generaron malestares dentro de la comunidad, ya que la comisión encargada de validar la demarcación no interpretó debidamente la petición realizada por los interesados.⁶¹⁶

Adicionalmente, luego de las expropiaciones pertinentes a secciones del territorio administradas antiguamente en manos privadas, la comunidad fue escéptica del destino que pudiesen tomar estas áreas, ya que temen que se deje espacio para la intervención de nuevos agentes extraños a la comunidad indígena (militares, funcionarios gobierno, entre otros) y alteren el orden cotidiano de quienes habitan en la zona.

Otro aspecto importante ha sido que los habitantes de la zona son conscientes de los intereses económicos del Estado sobre el subsuelo y demás recursos de la zona. En su estudio, el autor explica que “a pesar de haber consignado toda la documentación necesaria para la tramitación de su solicitud, los Yabarana no han recibido respuesta por parte del Estado sobre su titulación de tierras”⁶¹⁷, lo que constituye un síntoma de la paralización generalizada de los procesos de demarcación territorial en las comunidades indígenas en todo el país. El autor indica que esto es consecuencia de problemas de fondo como la falta de voluntades políticas burocracia, falta de planificación, tomas de decisiones inconsultas. Se trata de problemas conectados por prácticas colonialistas que persisten en el conglomerado político y estatal.

Sobre los problemas en el mapeo y demarcación de los pueblos indígenas, se incluyen las propuestas ignoradas que entorpecen el proceso. Al respecto, Bello señala que la falta de

⁶¹⁵ *Ibid.*, p. 10

⁶¹⁶ González, J. (2011). “Experiencia de auto demarcación de tierras multiétnica en el río Parucito, estado Amazonas. Venezuela”. Editorial IWGIA. Caracas.

<https://www.iwgia.org/es/recursos/publicaciones/317-libros/3054-el-estado-ante-la-sociedad-multitnica-y-pluricultural-politicas-pblicas-y-derechos-de-los-pueblos-indgenas-en-venezuela-1999-2010.html>

⁶¹⁷ *Ibid.*, p.22

planificación y la escasez de recursos suficientes para dar prioridad al desarrollo de las regiones con comunidades indígenas constituye una de las razones por las cuales las propuestas de las comunidades no son tomadas en cuenta.⁶¹⁸ También se suma la incongruencia entre los discursos políticos-ideológicos con las prácticas estatales y que contradicen las demarcaciones, toda vez que se vulneran los derechos indígenas consagrados en la Constitución.

Ante esta realidad, el Parlamento Indígena de América realizó encuentros y talleres destinados a evaluar el proceso de demarcación y promover propuestas que solucionaran los problemas. En estos encuentros también se señaló como obstáculo la falta de preparación de los dirigentes y comunidades, problemas de recursos técnicos y presupuestarios, confusión en la implementación de las normativas, problemas de tramitación y, de fondo, falta de voluntades políticas por parte de algunos agentes involucrados.

Un caso que ejemplifica los obstáculos burocráticos sufridos por algunas comunidades durante el proceso y es el que reseña Stanford, Zent y Juael con respecto a la comunidad Jodí, para la cual el trámite de demarcación ha implicado añadir requerimientos al cúmulo existente, los cuales han funcionado como impedimentos reales para poder concretar las aspiraciones de esta comunidad a para obtener la titularidad de las tierras en manos de los indígenas Jodí y Eñepa⁶¹⁹

En el trabajo de este autor se indica como ejemplo de los problemas de preparación del personal señalados en líneas anteriores que, a lo largo del proceso, los representantes nacionales y regionales son removidos con frecuencia y los nuevos ingresos no cuentan con la preparación adecuada para el seguimiento de los expedientes y, las agendas para la ejecución de los acuerdos no se han aplicado ni seguido, lo que ha generado frustración en la comunidad.

El PJ en Venezuela ha venido desarrollándose, en este sentido de la autodelimitación de los territorios de parte de los mismos pueblos indígenas, de facto, casi subversivamente, de la mano de las propias comunidades, antes que amparados por los organismos estatales.

⁶¹⁸ Bello, L. (2011). *El reconocimiento constitucional de la existencia de los pueblos y comunidades indígenas y de los derechos originarios sobre las tierras que ocupan*, en: Universidad Indígena de Venezuela, Tauca.

⁶¹⁹ Stanford, Z., Zent, E. y Juae, L. (2011). *Un largo y sinuosos caminos: breve historia de la auto demarcación Territorial Jodí en su décimo aniversario*. Editorial IWGIA, Venezuela.

Al respecto revisamos dos casos icónicos que en este sentido han formado precedente hacia el desarrollo de un verdadero PJ factual, para los pueblos indígenas venezolanos. La revisión de dos casos concretos:

- i. El proceso de auto demarcación del Nono-Unono del Pueblo Pemón de Kamarata-Kanaimö.
- ii. El caso de los habitantes del pueblo Huottoja.

En estos casos planteados desde el 2013, se puede constatar la propuesta de una jurisdicción especial indígena de control y gestión, no solo del territorio, sino de administración de justicia.

partir de esta experiencia en la aplicabilidad particular de dichos mecanismos de auto demarcación y en tanto que con ello hacen efectivo estos Pueblos indígenas, no solo su acceso a su territorio sino también su defensa, podemos concluir que no solo ellos mismos se han venido garantizando una vida más digna, sino que precisamente a través de estas acciones y demarcando con ellas la Jurisdicción Especial Indígena, se ha venido logrando el control de sus asuntos internos y podemos concluir que el PJ en este sentido, ha vencido los límites del Estado y comienza a dibujar posibilidades en una ecuación social de ampliación democrática y horizontalización de distribución del poder.

1.2. La difícil regulación de los medios de coordinación. Superación de la liminalidad jurídica del Pluralismo jurídico, aplicada al caso Venezuela

En la teoría jurídico positivista, el llamado monismo jurídico concibe al aparato estatal como un ente capacitado para crear normas, estructuras y procesos de tipo administrativo y judicial con el objetivo de regular los conflictos y mantener el equilibrio social. En la base de este modo de acción descansa el monopolio estatal de la violencia legítima y la administración de las leyes, excluyendo a otros sistemas jurídicos dentro de un mismo territorio.⁶²⁰

Sin embargo, con el desarrollo de las sociedades y la evolución del derecho constitucional, comenzaron a emerger nuevos proyectos políticos en diferentes países latinoamericanos. Es así como el tema del reconocimiento de los derechos a los pueblos originarios, sus costumbres,

⁶²⁰ Colmenares, O., R. (2011). *El desarrollo de la jurisdicción especial de los pueblos indígenas y los mecanismos de coordinación con el sistema judicial nacional*. Editorial IWGIA, Caracas. <https://www.iwgia.org/es/recursos/publicaciones/317-libros/3054-el-estado-ante-la-sociedad-multitnica-y-pluricultural-politicas-pblicas-y-derechos-de-los-pueblos-indgenas-en-venezuela-1999-2010.html>

tradiciones y sistemas de orden interno han dado paso a la constitución de Estados pluriculturales en los que se reconoce el llamado derecho consuetudinario, tradicional o indígena, el cual coexiste con el derecho formal dentro de un mismo territorio.

Según Irigoyen, el derecho constitucional actual de muchos países establece que debe existir una coordinación entre el derecho consuetudinario y el sistema jurídico formal o nacional, de manera que ambos funcionen de forma compatible.⁶²¹ Esta coordinación implica una relación de tipo horizontal y no de control de un sistema hacia otro subordinado. La intención es que ambos coexistan de manera armónica y pacífica, toda vez que se resuelvan los conflictos de competencia y se garantice el auxilio mutuo entre ambos.

Analizar la regulación de los medios de coordinación entre el derecho indígena y el formal, así como las dificultades que los estos medios de coordinación han tenido, implica comenzar considerando el hecho de que, en la Constitución venezolana, dentro del reconocimiento que se hace a los elementos que conforman la identidad y los derechos de los indígenas, también se encuentra la legitimidad que se otorga al derecho tradicional o propio de estas comunidades.⁶²²

Este derecho tradicional o propio de los pueblos indígenas se reconoce por estar vinculado al derecho de estas comunidades a tener su propia cultura, costumbres y cosmovisión. Este derecho tradicional se reconoce como un medio alternativo para la aplicación de la justicia a través de autoridades legítimamente electas por los pueblos aborígenes, de modo tal que tengan la potestad de dar solución a los problemas que puedan tener los integrantes de la comunidad dentro de sus espacios territoriales.

De acuerdo con Colmenares, el hecho de que en una Constitución se reconozcan, de forma paralela, varios sistemas es lo que se conoce con el nombre de pluralismo jurídico o legal.⁶²³ El mismo se define por la coexistencia de varios sistemas normativos dentro de un espacio social. No obstante, suele suceder que estos sistemas jurídicos pueden entrar en conflicto con el sistema formal o nacional lo que genera diferentes formas de violencia individual.

⁶²¹ Yrigoyen, R. (2004). "Pluralismo jurídico, derecho indígena y jurisdicción especial en los países andinos", en: *El otro Derecho*, no. 30, pp. 173-191.

<https://w1.cejamericas.org/Documentos/DocumentosIDRC/128elotrdr030-06.pdf>

⁶²² Colmenares, O., R. (2005). "El derecho consuetudinario indígena en Venezuela: Balance y perspectivas", en: *Revista IIDH*, no. 41, pp. 90- 107. <https://www.corteidh.or.cr/tablas/R08062-3.pdf>

⁶²³ *Ibid.*, p. 91.

Por una parte, existe la criminalización de actos, desde el derecho formal o nacional, que para el derecho tradicional indígena no constituyen ningún agravio. Por otro lado, la existencia de una doble sanción para el indígena, tanto por parte del derecho tradicional aborigen, como por el nacional o formal. Estas condiciones emanan como consecuencia de un Estado como figura todopoderosa que posee todos los mecanismos de control social para la conservación y equilibrio del sistema. Por lo tanto, todo agente social que contradiga al equilibrio dominante entra en conflicto y es discriminado por la ley.

Esta conflictividad da pie a una liminalidad jurídica para el concepto de pluralismo jurídico, ya que retroalimentan problemáticas de discriminación hacia las comunidades indígenas dentro del tema de la administración de justicia. Estos problemas, recordando lo explicado en palabras de Yrigoyen, se ven agudizados por las desigualdades económicas, sociales y culturales, falta de voluntad política para reconocer y proteger los territorios indígenas, trato discriminatorio por quienes administran la justicia, limitaciones en la participación de los indígenas dentro del sistema judicial, entre otros.⁶²⁴

Colmenares explica que en los procesos de coordinación entre los dos sistemas legales suelen existir conflictos de competencia.⁶²⁵ Por lo general, los conflictos se producen cuando ocurren hechos punibles de gravedad en los que se involucran indígenas y personas no pertenecientes a la etnia. Estas situaciones generan los llamados conflictos de competencia “por razones de la materia, persona y del territorio”.⁶²⁶

Ante estas situaciones de conflicto, en el año 2010, se debatía en Venezuela una Ley de Coordinación de la Jurisdicción Especial Indígena con el Sistema Judicial Nacional, de modo que pudieran generarse mecanismos, tales como los tribunales indígenas, para conocer los conflictos referidos a la jurisdicción especial indígena y el sistema judicial formal o nacional. Muchos de estos conflictos que también tienen que ver con las competencias entre las autoridades indígenas al no contar con las instancias adecuadas y propias que permitan solucionar conflictos en ese nivel.

Otro de los objetivos de esta ley es lograr atender los casos punibles que hayan tenido lugar fuera de las comunidades indígenas y que involucren a habitantes de dichas zonas. En dicho proyecto

⁶²⁴ Yrigoyen, R. (2011), ob. cit. 170.

⁶²⁵ Colmenares, O., R ob. cit. p.95

⁶²⁶ Yrigoyen, R. (2011), ob. cit. p.176.

de ley también se establecían ciertas normas que se orientan a regular la coordinación entre la jurisdicción especial y la ordinaria.

Colmenares detalla algunas reglas de coordinación entre las que se destacan las relativas a la reserva de la jurisdicción especial indígena, desde la cual todas las decisiones tomadas por las autoridades indígenas legítimas serán revisadas por la jurisdicción ordinaria en casos de incompatibilidad con los derechos fundamentales consagrados en la Carta Magna y los instrumentos jurídicos internacionales ratificados por la República.⁶²⁷

Sobre las relaciones de coordinación también existen reglas que establecen que la jurisdicción especial indígena y la ordinaria están obligadas a construir relaciones de colaboración y coordinación con el fin de prestarse apoyo mutuo en las experticias necesarias, juzgamiento y ejecución de las decisiones y disposiciones legales. En lo que respecta a los conflictos de jurisdicción entre ambas instancias, los mismos serán conocidos por el Tribunal Supremo de Justicia a través de los procedimientos establecidos en la ley.

El autor señala que la Ley del Sistema de Justicia prevé procedimientos y pautas para favorecer la coordinación entre ambos sistemas, teniendo como recurso la Comisión Nacional del Sistema de Justicia, la cual tiene el objetivo de coordinar el registro y funcionamiento de las jurisdicciones indígenas y brindarles servicios y apoyo tal como lo establece la Ley Orgánica de Pueblos y Comunidades Indígenas.

Colmenares explica que, si bien la Constitución ordena crear una ley que favorezca la coordinación entre el sistema jurídico ordinario y los sistemas jurídicos indígenas, la existencia de esta no resulta imprescindible, dado que la Ley Orgánica de Pueblos y Comunidades Indígenas deja claras algunas pautas para la coordinación. Lo que si enfatiza este autor es que la naturaleza de una ley de coordinación solo promoverá una burocratización que provocará la obstrucción la auténtica participación de las comunidades indígenas.

Otro de los escenarios comunes para el conflicto entre jurisdicciones tiene que ver con el tema de los derechos humanos, dada la naturaleza universal de los mismos y el llamado relativismo cultural. Ante esta situación la solución temporal a este conflicto ha sido el diálogo intercultural; sin embargo, aún coexisten contradicciones entre la naturaleza de ciertos derechos individuales y

⁶²⁷ Colmenares, O., R. op. cit. p.97.

colectivos. En líneas generales se establece que, ante escenarios de conflicto entre el derecho indígena y los derechos humanos fundamentales, se deben establecer procedimientos sustentados en la interpretación intercultural de los hechos y el derecho.

1.3. La violación del Pluralismo Jurídico por el órgano legislativo de Venezuela

El pasado mes de junio de 2020, el Tribunal Supremo de la República Bolivariana de Venezuela emitió, vía sentencia judicial número 68,69 y 70, la designación de los miembros del nuevo Consejo Supremo Electoral.⁶²⁸ Con esta regulación aprobada por el Consejo Nacional Electoral de una nueva designación para diputados indígenas se constata la violación del Pluralismo Jurídico, en los términos que estaban establecidos por la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela. Esta situación ha sido cuestionada desde distintos sectores políticos y académicos relacionados con el ámbito del derecho, quienes acusan al supremo órgano jurídico de usurpar funciones que no le corresponden, emanando órdenes de manera inconstitucional.

Otro de los aspectos señalados fue la previa delegación que se hizo al Consejo Nacional Electoral de las funciones legislativas, en clara usurpación de las competencias que le corresponden a la Asamblea Nacional como máximo órgano legislador. Esta situación fue denunciada por medio de pronunciamientos durante los días subsiguientes al hecho, por cuanto estaríamos hablando de una doble irregularidad procedimental en temas legislativos de parte del Ejecutivo nacional. El resultado de esta designación extralegal atribuyó funciones al Consejo Nacional Electoral, externas a su institucionalidad, con lo cual la emisión hecha relativa a la elección de representantes indígenas para la Asamblea Nacional carece de validez legal.

En esta nueva normativa se establecen la elección de tres diputados que representen a los pueblos indígenas ante la Asamblea por medio del voto indirecto de voceros, en 2do grado, y por medio de votación pública a mano alzada. Esta condición aplicará en las tres regiones electorales indígenas de las entidades federales del país.

En el primer grado se realizarán asambleas de tipo comunitario, para las que no existe conocimiento de su conformación, miembros que las integran y carecen de un manual para su regulación. Dentro de estos espacios se designarán, vía a mano alzada y de forma pública, a los

⁶²⁸ Tribunal Supremo de la República Bolivariana de Venezuela, Sentencia N° 68, 69, 70, de fecha junio de 2020.

voceros y son estos quienes elegirán a mano alzada también, en el contexto de las Asambleas Generales, a los tres representantes o diputados indígenas que van a la Asamblea Nacional.

Desde diferentes sectores políticos se ha señalado que este cambio en el mecanismo de elección contradice el principio del voto universal, directo y secreto consagrado en la Constitución y que, a su vez, es violación del principio del sistema representativo democrático. A su vez, otro aspecto cuestionado, es el que establece el reglamento como condición para ser postulado, siendo la pertenencia a una organización indígena uno de los requisitos fundamentales. Sin embargo, no se establece qué características deben tener estas organizaciones.

Estos aspectos constituyen limitaciones para la participación política de los ciudadanos indígenas y contradicen los preceptos constitucionales que establecen que aquellos que deseen postularse pueden hacerlo por iniciativa propia. Esto fija, además, un nuevo precedente en tema electoral, ya que la Carta Magna no presenta limitaciones para este tipo de derechos ni siquiera tratándose de la elección de diputados de representación indígena, respecto de los cuales, si bien su elección puede circunscribirse a que la hagan los pueblos indígenas, la postulación de los candidatos tiene que ser libre. A su vez, se establece un sistema electoral discriminatorio para las poblaciones indígenas y, constituye, una violación a su derecho de representación y participación política de estos sectores.

Estas limitaciones toman un matiz especial considerando las implicaciones que tiene la participación política de los pueblos indígenas en la defensa de sus derechos territoriales, máxime, en el contexto, del extractivismo fósil y la explotación minera que se ha potenciado en los últimos años⁶²⁹. Todo esto convierte a las comunidades indígenas en enclaves vulnerables para el atropello de sus derechos humanos y culturales.

Las acciones del Tribunal Supremo, anteriormente señaladas, son tan solo una de las muchas estrategias tomadas para reducir la configuración de un sistema burocrático indígena que ha estado enquistado en el Ministerio para el Poder Popular de los Pueblos Indígenas. Todo esto, combinado con la titulación de apenas el 12% de las tierras indígenas del 45% total presente en el país. Esta burocratización ha estado acompañada por la confiscación del derecho a la participación política

⁶²⁹ Observatorio de Ecología Política de Venezuela. (2018). “Derechos indígenas en Venezuela y pandemia global”, en: *Ecopolítica de Venezuela*, Caracas.
<https://www.ecopoliticavenezuela.org/2020/08/08/derechos-indigenas-en-venezuela-y-pandemia-global/>

de las comunidades indígenas a causa del conflicto entre los diferentes sectores políticos dentro de un clima de lata polarización.

Los malestares del sector indígena a lo largo de estos años, ha llevado a sus integrantes a situaciones de franco retroceso en su participación en la vida política del país, restringiendo para ellos aún más, los espacios de encuentro e intervención en la gestión gubernamental. Es probable que este contexto histórico haya determinado las recientes acciones del Tribunal Supremo de Justicia en las vísperas de las elecciones parlamentarias. Sin embargo, tal situación constituye una amenaza para la práctica política indígena en los términos de una participación protagónica como lo consagra la Constitución; ya que el Observatorio de Ecología Política de Venezuela señala cómo a lo largo de los años se ha ido suprimiendo, progresivamente, el derecho a la consulta libre, previa, informada y de buena fe para la ejecución de proyectos extractivos dentro de sus territorios.

Al momento actual, muchos son los derechos indígenas reconocidos y conquistados pero muy pocos los implementados. Aquellos derechos que la ardua lucha y exigencia de los constituyentistas, y luego diputados indígenas junto a sus organizaciones de base lograron insertar en la CRBV, quedarían como un deseo en el camino.⁶³⁰

Se trata de un retroceso en las conquistas políticas para un sector ignorado a lo largo de las décadas. Esto constituye un grave daño a la vida política dentro de un sistema democrático ya que, tal como lo expone el Observatorio de Ecología Política de Venezuela, la interculturalidad y el respeto a la misma constituye un eje importante sobre el que gira el ejercicio democrático. Se trata de un fundamento político para la pluralidad humana. Es por ello por lo que se hace imprescindible reactivar las jurisdicciones indígenas rescatando el espíritu democrático contemplado en la Constitución.

Es importante señalar que el observatorio antes mencionado reconoce la obligación del Estado para garantizar los derechos de los indígenas, dentro de los que se destaca el derecho a la propiedad de sus tierras, partiendo del reconocimiento de la relación aborígen de estos pueblos con sus territorios. Sin embargo, la demarcación que inicialmente emergió como una forma de saldar una deuda histórica parece peligrar por los intereses políticos partidistas que a lo largo de los años han ido agudizándose dentro del panorama político venezolano.

⁶³⁰ *Ibid.*, p.22

2. Los breves políticos para el reconocimiento de los derechos de los pueblos indígenas en Venezuela

Las dificultades políticas para la eficacia en el reconocimiento de las potestades indígenas están asociadas a la incapacidad de la efigie estatal para desprenderse de cierto grado de poder, en el que ha de ceder sus intereses económicos fijados por un modelo rentista, teleológicamente orientado hacia la producción para la obtención del apreciado capital, en virtud que se estima como la única vía útil para el avance de la sociedad. Esto implica el reconocer preceptos de orden, instancias Ejecutivas, Legislativas y Judiciales, distintas a las que se ubican en el nivel nacional y cuyas atribuciones deban ubicarse en un plano de paridad frente al modelo de las mayorías.

Se aprecia que aun cuando se postula la idea de reconocimiento, la perspectiva del Estado sigue marcada por la verticalidad, en la que un poder se somete a otro, (específicamente los intereses del resto están subordinados a su poder) por lo que hay bienes jurídicos que han de sacrificarse por un bien mayor. La idea de horizontalidad en los regímenes jurídicos parece ajena, el reconocimiento de diversas instancias competentes para producir textos normativos válidos, dirimir las controversias y establecer las pautas de acción que dirigen la vida en sociedad según una cultura distinta, no es conteste con la tradicional noción del todopoderoso Estado en Venezuela.

Si bien se evidencia avances orientados a alcanzar la vigencia del derecho de las comunidades indígenas no limitado a un mero papel, se observa que ha sido lento, desde la entrada en vigor de la Carta Magna en 1999, máxime cuando a la fecha no se ha generado la demarcación territorial que exigida para la eficacia del sistema jurídico de las comunidades. Esta mora del Estado, también parte de encomendar a sujetos ajenos a la cultura ancestral de las comunidades el crear las políticas y vías orientadas lograr dicho reconocimiento, cuando para ellos se torna un derecho extraño, y solo responden a un único modelo impero el del Estado.

2.1. Entre el reconocimiento y la ausencia de materialización del Pluralismo Jurídico en Venezuela. Una revisión a sus límites teóricos y políticos

Venezuela es un país de grandes riquezas naturales con una tradición extractivista por parte del Estado, marcada en sus inicios en la explotación petrolera para posteriormente extenderse a la explotación minera. A pesar de la histórica existencia de dicho modelo extractivista, en las últimas décadas en el período del gobierno venezolano actual, se ha incrementado la ejecución de este tipo de actividades en el país. De este modo, se ha profundizado la extracción de recursos naturales en

gran volumen a través de procedimientos de alta intensidad, por lo que la actividad minero-extractiva se ha acentuado. Esto ha desencadenado una diversidad de situaciones y controversias que han provocado consecuencias negativas tanto en el ámbito ambiental, como en el político, económico, cultural y social de la Nación.

En este orden de ideas, el Grupo Socio Ambiental de la Amazonía Wataniba⁶³¹, explica que la expansión de la minería a gran escala ha sido en el sur este del territorio venezolano, donde en el año 2016 se aprobó el proyecto de extracción masiva Arco Minero del Orinoco (AMO), sin tomar en cuenta las consecuencias que se derivarían tanto en el ambiente como en la población indígena que allí habita. Gracias al auge que ha tenido el extractivismo en Venezuela, se ha incrementado la devastación de los recursos naturales y forestales de la región. Asimismo, se ha provocado el desplazamiento forzoso de las poblaciones autóctonas de sus territorios ancestrales, la violación de sus derechos humanos y la extracción y tráfico ilegal de minerales y demás recursos, tanto por parte del Estado como por otros grupos irregulares de la sociedad.

Debido a lo señalado anteriormente, se observa que uno de los sectores que ha sufrido un mayor impacto negativo en virtud del extractivismo en Venezuela ha sido la población indígena en cuanto al disfrute y ejercicio de sus derechos fundamentales. A pesar de que la constitución actual ha logrado el mayor reconocimiento a los derechos de los pueblos indígenas, lo que se ha establecido en la normativa jurídica vigente se encuentra sumamente alejado de lo que se puede observar realmente en la práctica⁶³².

Según lo señalado por el Instituto Interamericano de Derechos Humanos (IIDH)⁶³³, el Estado venezolano ratificó el 22 mayo de 2002 el Convenio 169 de la OIT⁶³⁴ sobre Pueblos Indígenas y

⁶³¹ Grupo Socio Ambiental de la Amazonía Wataniba (2020). “15 años de lucha en favor de los pueblos indígenas de la Amazonía venezolana”. Disponible en:

<https://watanibasocioambiental.org/category/noticias/>

⁶³² Acerca de la minería en Venezuela, habría que recordar que esta data de 1829, de cuando se tiene conocimiento, se extrajeron los primeros casi 486 kilogramos de oro. El mercurio se usaba para su extracción. Los primeros estudios científicos encontraron que los pobladores de las comunidades ribereñas en el Estado Bolívar tenían altas cantidades de mercurio en la sangre, cabello y tejidos humanos. En: Gutiérrez, J. (2016). “La minería del oro en Venezuela: una tormenta perfecta de ilegalidad, deforestación y mafias”. *Mongabay Latam*. Periodismo ambiental Independiente. Disponible en: <https://es.mongabay.com/2016/01/mineria-de-oro-en-venezuela-una-tormenta-perfecta-de-mineria-ilegal-deforestacion-y-mafias/>.

⁶³³ Instituto Interamericano de Derechos Humanos (2016). “El derecho a la consulta previa, libre e informada: una mirada crítica desde los pueblos indígenas”. The Christensen Fund. Disponible en: <http://untref.edu.ar/sitios/ciea/wp-content/uploads/sites/6/2015/05/El-derecho-a-la-consulta-una-mirada-cr%C3%ADtica-desde-los-PI.pdf>

⁶³⁴ Convenio 169 sobre los Pueblos Indígenas y Tribales en los Países Independientes. Organización Internacional del Trabajo, 29 de junio de 1989.

Tribales en Países Independientes y la Declaración de las Naciones Unidas sobre los Derechos de los Pueblos Indígenas, aprobada por la Asamblea General el 13 de septiembre de 2007⁶³⁵. Por ello que, al redactarse la Constitución del año 1999, actualmente vigente, se adecuó la normativa interna del país para dar cumplimiento a lo establecido en los instrumentos internacionales ratificados. Por lo tanto, instituyó entre sus fines supremos concebir una “*sociedad democrática, participativa y protagónica, multiétnica y pluricultural*”⁶³⁶. En virtud de lo anterior, con la promulgación de la Constitución de 1999 se decretaron los derechos fundamentales de los pueblos indígenas venezolanos.

Tal cómo se puede observar en el Capítulo VIII de la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela, en su artículo 119 el Estado reconoce:

la existencia de los pueblos y comunidades indígenas, su organización social, política y económica, sus culturas, usos y costumbres, idiomas y religiones, así como su hábitat y derechos originarios sobre las tierras que ancestral y tradicionalmente ocupan y que son necesarias para desarrollar y garantizar sus formas de vida⁶³⁷.

Además, le otorga carácter constitucional a la demarcación de sus tierras ancestrales. Asimismo, el artículo 120 establece que todo aprovechamiento y explotación natural en las tierras y hábitats indígenas que se lleve a cabo por parte del Estado se debe hacer sin lesionar la integridad de los pueblos indígenas. Igualmente, dicho artículo también establece uno de los derechos fundamentales de estos grupos, el cual se refiere a la consulta previa que debe hacer el Estado a los pueblos indígenas antes de tomar cualquier decisión que afecte los intereses de estos⁶³⁸.

Por su parte, el IIDH⁶³⁹ define el derecho a la consulta previa como un mecanismo que, al ser democrático, debe ser utilizado para la adopción de decisiones referentes a los pueblos indígenas, dado que existe una obligación internacional por parte del Estado y configura un derecho fundamental de dichos grupos, previsto en el Convenio 169 de la OIT y la Declaración de las

⁶³⁵ Declaración de las Naciones Unidas acerca de los Derechos de los Pueblos Indígenas. Asamblea General de Naciones Unidas, 13 de septiembre de 2007.

⁶³⁶ Constitución de la República Bolivariana de Venezuela. Gaceta Oficial de la República Bolivariana de Venezuela, 30 de diciembre de 1999. (Preámbulo).

⁶³⁷ Constitución de la República Bolivariana de Venezuela. Gaceta Oficial de la República Bolivariana de Venezuela, 30 de diciembre de 1999. Artículo 119.

⁶³⁸ Constitución de la República Bolivariana de Venezuela. Gaceta Oficial de la República Bolivariana de Venezuela, 30 de diciembre de 1999. (Artículo 120)

⁶³⁹ Instituto Interamericano de Derechos Humanos. op. cit. p. 14.

Naciones Unidas mencionados anteriormente. Del mismo modo, reseña el ex relator especial de la ONU para los derechos de los pueblos indígenas, James Anaya, quien expresó lo siguiente:

Es aplicable la consulta siempre que una decisión del Estado pueda afectar a los pueblos indígenas en modos no percibidos por otros individuos de la sociedad. Una incidencia diferenciada de esa índole se presenta cuando la decisión se relaciona con los intereses o las condiciones específicas de determinados pueblos indígenas, incluso si la decisión tiene efectos más amplios, como es el caso de ciertas leyes. Las características específicas del proceso de consulta requerido por el deber de celebrar consultas variarán necesariamente en función de la naturaleza de la medida propuesta y del alcance de su impacto sobre los pueblos indígenas⁶⁴⁰.

Aunado a lo anterior, en el año 2005 se promulgó la Ley Orgánica de Pueblos y Comunidades Indígenas (LOPCI), en la cual se desarrollan de forma más específica las características y pautas concretas de los derechos de los pueblos indígenas establecidos de forma general en la Constitución de 1999. Entre dichos derechos se encuentra el derecho a la consulta previa, a pesar de que en la Constitución se establece tal derecho, es en la Ley Orgánica donde se le desarrolla otorgándole el carácter vinculante a la consulta, el cual le proporciona la condición de cumplimiento obligatorio por parte del Estado. El instrumento legal establece que “queda prohibida la ejecución de cualquier tipo de proyecto en el hábitat y tierras indígenas por persona natural o jurídica de carácter público o privado que no hayan sido previamente aprobados por los pueblos o comunidades indígenas involucrados”⁶⁴¹.

Sin embargo, a pesar del catálogo de derechos de los pueblos indígenas que se encuentran establecidos en el país, en la práctica es sumamente difícil observar que se cumplan. Tal como señala el Instituto Interamericano de Derechos Humanos, es notable la diferencia que existe entre las obligaciones establecidas, tanto en la normativa interna como en los tratados internacionales ratificados por el Estado, y la protección que se le otorga a dichos grupos, sobre todo en el cumplimiento del derecho a la consulta previa. Debido a la intensificación del extractivismo en el país, el Estado concede permisos y licencias de exploración y explotación de la naturaleza en las tierras ancestrales de los indígenas sin llevar a cabo la consulta previa, incumpliendo

⁶⁴⁰ *Ibid.*

⁶⁴¹ Ley Orgánica de Pueblos y Comunidades Indígenas. Gaceta Oficial de la República Bolivariana de Venezuela, 27 de diciembre de 2005. (Artículo 17)

fervientemente lo que se encuentra establecido en la ley y vulnerando de forma repetitiva los derechos constitucionales de los pueblos originarios⁶⁴².

En esta línea argumentativa se puede observar cómo los derechos de los pueblos indígenas se enfrentan con el modelo económico extractivista del país ⁶⁴³. Entretanto, mientras la principal fuente de economía de Venezuela se base en actividades de explotación que se llevan a cabo, en su mayoría, en los territorios ancestrales de los pueblos indígenas, será más difícil que en la práctica dichos grupos puedan gozar de sus derechos establecidos tanto en la normativa nacional como en la internacional.

Como se puede apreciar en la realidad venezolana, es sumamente complicado que pueda llevarse a cabo el extractivismo respetando los derechos fundamentales indígenas, ya que el principal interés del Estado es seguir obteniendo ingresos de estas actividades, a pesar de que esto se logre negando o vulnerando los derechos de los grupos indígenas.

Según lo explicado por Terán⁶⁴⁴, actualmente dos décadas después de haber sido promulgada la Constitución Nacional de 1999, aun no se ha llevado a cabo la demarcación territorial de los pueblos indígenas, ocasionando que no se puedan aplicar las demandas territoriales que se encuentran establecidas en la ley. En la carta magna se expresa de forma general el derecho que tienen los indígenas a la demarcación y garantía de la propiedad colectiva de sus tierras. En concordancia con el texto fundamental, la Ley Orgánica de Pueblos y Comunidades Indígenas (LOPCI) tiene un capítulo donde establece las pautas específicas para que se realice el procedimiento de demarcación del hábitat y tierras indígenas. Sin embargo, en la práctica esto no se ha llevado a cabo, por lo tanto, si no existe la delimitación territorial difícilmente se puedan materializar y ejercer los derechos de los indígenas sobre sus tierras. Esto ha generado cantidad de conflictos y disputas que ocasionan mayor precariedad de la que ya existe en las comunidades de dichos pueblos originarios. Esta situación ha conllevado a que sus tierras hayan sido invadidas

⁶⁴² Instituto Interamericano de Derechos Humanos. op. cit. p. 15.

⁶⁴³ Aguilar, V. (2019) “Derechos indígenas bajo amenaza en contextos extractivos: el caso de Venezuela”. *Ecopolítica*. 2019; 4 (7): 12-48. Disponible en: <https://www.ecopoliticavenezuela.org/2019/04/07/derechos-indigenas-amenaza-contextos-extractivos-caso-venezuela/>

⁶⁴⁴ Terán, E. (2015) “El extractivismo en la Revolución Bolivariana: “potencia energética mundial” y resistencias eco-territoriales”. *Iberoamericana*, 15 (59): 111-125. Disponible en: <https://core.ac.uk/reader/268402380>

para su exploración y explotación, teniendo como consecuencia que los indígenas sean expulsados u obligados a desplazarse de forma forzosa.

Es por ello por lo que la consagración de la demarcación de territorios indígenas establecida legalmente denota una contradicción con la esencia extractivista del Estado venezolano, ya que, si existiese colisión entre la autonomía de los territorios indígenas y el Estado, las intenciones de este último prevalecerán. Lo anteriormente mencionado se puede observar en la misma Constitución, la cual establece en su artículo 126 que “los pueblos indígenas, como culturas de raíces ancestrales, forman parte de la Nación, del Estado y del pueblo venezolano como único, soberano e indivisible. De conformidad con esta Constitución tienen el deber de salvaguardar la integridad y la soberanía nacional”⁶⁴⁵, es decir, al establecer el deber de los pueblos indígenas de salvaguardar la integridad y la soberanía nacional, siempre deberá primar el interés del Estado, incluso por encima de los derechos de dichos pueblos.

De esta forma señala Terán que el gobierno del presidente Chávez, toma el control del país desde el año 1999. La llamada “Revolución Bolivariana” conquistada socialmente y articulada desde el Estado, tuvo como meta fundamental: amalgamar un nuevo ideario nacional basado en la construcción de un imaginario colectivo novedoso⁶⁴⁶. Dentro de ese ideario, se puede afirmar, comienza a consolidar un nuevo modelo productivo de acumulación para redimensionar tanto la política petrolera nacional como toda la política extractiva, llevándose a cabo dos estrategias esenciales: la internalización y la internacionalización de los hidrocarburos, repotenciando así el extractivismo en el país para convertir a Venezuela en una “potencia energética mundial”. Todo lo anterior a partir de la explotación de la Faja Petrolífera del Orinoco que, tal como lo menciona dicho autor, se trata de “una extensión de acumulación petrolera de 55.314 km², ubicada en el oriente del país, con un área de explotación actual de 11.593 km², que en el año 2007 pasa a control mayoritariamente estatal, a partir del decreto n° 5.200 del 26 de febrero de ese año”⁶⁴⁷.

⁶⁴⁵ Constitución de la República Bolivariana de Venezuela. Gaceta Oficial de la República Bolivariana de Venezuela, 30 de diciembre de 1999. (Artículo 126).

⁶⁴⁶ El Fakih & Faundes (2020). “Los límites del pluralismo jurídico en Venezuela: tensiones y horizontes del imaginario del Estado nación y la lucha por el reconocimiento de los pueblos indígenas”. *CUHSO*, Temuco, 30(1), p. 82. Disponible en:

https://scielo.conicyt.cl/scielo.php?pid=S2452-610X2020000100078&script=sci_arttext&tlng=p

⁶⁴⁷ Terán, E. (2015), ob. cit. p. 114.

En este orden de ideas, se propondría el megaproyecto “Plan Siembra Petrolera” 2005-2030, teniendo como principal objetivo la explotación de la Faja Petrolífera del Orinoco (FPO) para incrementar las porciones de crudo, la extracción de gas y de líquidos del gas. Dicho proyecto exigía grandes inversiones, motivo por el cual Venezuela ha hecho considerables alianzas con empresas trasnacionales a través de los años, sobre todo a partir de la crisis económica global que tiene sus inicios en el año 2008, lo cual ha provocado extraordinarias caídas del precio internacional del petróleo desde el 2009 hasta la actualidad⁶⁴⁸. En virtud de los planes de la Revolución Bolivariana se produjo:

no solo una ralentización y estancamiento de los procesos de transformación social que se venían desarrollando anteriormente, sino también una merma de la capacidad auto financiadora que tenía el petro-Estado venezolano para su proyecto de modernización expansiva, y de convertirse en una potencia energética mundial⁶⁴⁹.

A partir de dicha crisis, básicamente quien ha sostenido económicamente a Venezuela ha sido China, la cual hasta el año 2015 había otorgado más de 45.000 millones de dólares en préstamos que son pagaderos con petróleo. China no es únicamente uno de los principales inversores en los megaproyectos de explotación de la Faja Petrolífera del Orinoco para aumentar su capacidad extractiva, sino que, según lo reseñado por el propio expresidente Chávez, “se han suscrito más de 350 acuerdos e instrumentos entre ambas partes entre 2001 y 2011, en áreas de infraestructura – como un proyecto de ferrocarril y la Gran Misión Vivienda Venezuela–, energía, agricultura, minería, petroquímica y transporte, entre otros”⁶⁵⁰.

En virtud de tales acuerdos y compromisos pactados entre ambos países a corto, mediano y largo plazo, la mayoría de las ganancias de la producción nacional son destinadas al pago de la deuda que se tiene con China, lo cual evidentemente ha ocasionado una desestabilización en el modelo económico de la Nación y una proyección de mayor extractivismo a futuro. Por ello es por lo que el megaproyecto de explotación petrolera de la Faja Petrolífera del Orinoco se vuelve insuficiente para el gobierno y se da apertura a una expansión de la minería en el país, desarrollándose actividades extractivistas mineras a mayor escala.

⁶⁴⁸ *Ibid.*

⁶⁴⁹ Terán, E. (2015), ob. cit. p.117.

⁶⁵⁰ *Ibid.*

Tal como señala el autor, en fecha 23 de agosto de 2011, el Presidente Chávez declaró la importancia estratégica de lo que ha denominado el Arco Minero del Orinoco, el cual se encuentra situado en el norte del estado Bolívar, al noreste del Estado Amazonas y parte del estado Delta Amacuro, “una zona rica en oro, bauxita, coltán, diamantes, entre otros, con un gran potencial y poderío económico”⁶⁵¹. Asimismo, aprobó mediante un Decreto Presidencial el “Plan de Acción Estratégica en Dos Horizontes”, el cual tenía como objetivo reunir dos zonas “geo-económicas”, la Faja Petrolífera del Orinoco con otro megaproyecto, la Faja Minero-Industrial de Guayana, para así concebir un único gran proyecto en desarrollo.

El AMO representó una ruptura en la relación del Estado con las organizaciones indígenas y sus aliados en los movimientos sociales pro indígenas y pro ambientalistas (E-OI-MS), en el marco de una intensificación del extractivismo minero en la Amazonía venezolana; aunque debe destacarse que esta ruptura es una continuidad de tensiones anteriores como las que se suscitaron en torno a los proyectos de explotación de oro y diamante en la Reserva Forestal de Imataca en 2004 y la ampliación de la explotación de carbón en la cuenca del río Guasare y sierra de Perijá en 2006 ⁶⁵²

Así es como, en virtud de los nuevos planes económicos del gobierno bolivariano, se confecciona el mapa minero de Venezuela, llevado a cabo por la empresa transnacional china *Citic* y el Instituto Nacional de Geología y Minería (INGEOMIN). Esta empresa en febrero de 2012 firmó un acuerdo con el gobierno para la explotación de oro en Las Cristinas, situada en el Estado de Bolívar, una de las minas más grandes del mundo. Incluso dentro de su programa de candidatura, el presidente Chávez propuso el “Plan Socialista de Desarrollo 2013-2019”, el cual tenía como finalidad amplificar el poderío económico del país, apuntando a la ubicación de nuevos yacimientos para utilizar sus recursos minerales. Se buscaba “duplicar las reservas minerales de bauxita, hierro, coltán (niobio y tantalita), níquel, roca fosfórica, feldespato y carbón con la certificación de los yacimientos ubicados en Guayana, la Cordillera de los Andes, Sistema Montañoso del Caribe y la Sierra de Perijá”⁶⁵³.

⁶⁵¹ Terán, E. (2015), ob. cit. p. 116.

⁶⁵² Mora Silva, J., Y Rodríguez V., F. (2019). “La Amazonía en disputa: agencias políticas y organizaciones indígenas de la Amazonía venezolana frente al Arco Minero del Orinoco”. *Polis* (Santiago), 18(52), 11-29. <https://dx.doi.org/10.32735/s0718-6568/2019-n52-1367>

⁶⁵³ *Ibid.*

Sin embargo, después de casi cien años del inicio de la explotación petrolera en Venezuela, los pilares de la economía de la nación basada mayormente en la extracción del petróleo continuaron resquebrajándose. El Estado no es el único actor en estos escenarios, ya que en los últimos años ha habido un aumento de organizaciones informales que se apoderan del poder territorial que trascienden el “monopolio legítimo” del Estado, lo cual también ha sido una causa para que se agudice la caída del precio del petróleo⁶⁵⁴.

Alain Badiou⁶⁵⁵ ha denominado a las áreas del Arco Minero del Orinoco como parte de las llamadas zonas periféricas globales. En efecto, en este tipo de regiones coexisten tres supuestos:

- i. Estados desestructurados por áreas de acción gansteril conectadas a circuitos económicos internacionales;
- ii. Desterritorialización del Estado-nación, caso del Estado Islámico (ISIS) en Irak, Libia, Siria y Turquía entre otros;
- iii. Zonificaciones del capitalismo global financiero.

Como señalan Mora y Rodríguez⁶⁵⁶ ha habido una institucionalización de la violencia en la Amazonía venezolana, ya que, actualmente, se han generado diversas redes delincuenciales de extracción. Se incluyen tanto los cuerpos militares del Estado como organizaciones paramilitares, es decir, las guerrillas, bandas armadas y otras formas de organización delictiva que quieren tener el control minero de la zona, para no sólo dedicarse a la comercialización interna, sino para operar a través de las fronteras. Esta situación ha intensificado la necesidad de capital por parte del Estado que le ha provocado a un mayor endeudamiento externo.

Por lo tanto, el gobierno ha generado grandes alianzas entre las élites locales y las empresas transnacionales provocando así el aumento de sus cuotas extractivas tanto en la Faja Petrolífera del Orinoco como en el Arco Minero del Orinoco. No obstante, se excusan afirmándole a la

⁶⁵⁴ Asimismo, mientras se reconstituye una forma de Estado que más se parece al viejo estado nación, presenciamos una re-hegemonización política, también estado nacional, pero que se separa de la etiquetada oligárquica tradicional, para adoptar un discurso de carácter nacional popular, de continuidad del patrón de acumulación extractivista y jurídicamente monista, cuyos derroteros no están resueltos. En: El Fakih y Faundes (2020). “Los límites del pluralismo jurídico en Venezuela: tensiones y horizontes del imaginario del Estado nación y la lucha por el reconocimiento de los pueblos indígenas”. *CUHSO* (Temuco), 30(1), 80. Disponible en:

https://scielo.conicyt.cl/scielo.php?pid=S2452-610X2020000100078&script=sci_arttext&tlng=p

⁶⁵⁵ Badiou, A. (2016). *Nuestro mal viene de más lejos*. España, Editorial Clave Intelectual.

⁶⁵⁶ Mora, J. y Rodríguez, F. (2019). La Amazonía en disputa: agencias políticas y organizaciones indígenas de la Amazonía venezolana frente al Arco Minero del Orinoco. *Open Edition Journal*. Disponible en : <https://journals.openedition.org/polis/16668#tocto1n4>

población que estos megaproyectos son llevados a cabo como parte del “interés nacional”, para no aceptar la responsabilidad del déficit económico⁶⁵⁷.

Tal como se ha mencionado anteriormente, el modelo rentista extractivista venezolano ha provocado una serie de consecuencias negativas tanto ecológicas como sociales, económicas y culturales, a partir de la escala de las actividades mineras en el país, tanto por parte del Estado como la que es llevada a cabo por grupos irregulares. Según Terán, entre los conflictos vinculados al extractivismo se pueden señalar:

Los nuevos grupos de poder corporativos y transnacionalizados alrededor de la captación y distribución de la renta; se corporativiza la organización popular y se amenaza la vida de los pueblos indígenas del país; se atan nuevos compromisos por medio de la firma de nuevos contratos a mediano y largo plazo, para nuevos enclaves extractivos en el país; se amplían cuantitativa y cualitativamente las formas de devastación ambiental en el país⁶⁵⁸.

Principalmente, entre uno de los mayores efectos perjudiciales que ha tenido la intensificación del extractivismo en el país destacan las disputas que se han desarrollado con los pueblos indígenas, entre las cuales se puede mencionar “la masacre de La Paragua”. Un suceso de violencia que ocurrió en el año 2006 en el estado Bolívar, en el cual efectivos militares utilizaron de forma excesiva y abusiva la fuerza contra la población de la zona, dejando un saldo de seis muertos, entre los que se encontraron dos indígenas y cuatro mineros fallecidos a causa de disparos realizados por efectivos militares en el sector la Paragua. Los funcionarios alegaron que estaban desarticulando unas invasiones mineras presuntamente ilegales en el sector, sin embargo, las circunstancias nunca fueron aclaradas. No obstante, lo que sí es evidente es la violación de los derechos humanos y el irrespeto a las garantías fundamentales establecidas en la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela⁶⁵⁹.

⁶⁵⁷ La Ley de Regionalización Integral para el Desarrollo Socio productivo de la Patria (2014) sentenció la legalidad de “zonas económicas especiales” creadas como respuesta a la recesión económica de Venezuela en los últimos años, posicionando la “minería ecológica” como un pilar de las políticas de desarrollo emergentes y trayendo consigo notables contradicciones con los pueblos indígenas y movimientos ecologistas. En: Terán Mantovani, E. (2018). “Naturaleza y territorialidades en disputa: los ecologismos populares venezolanos y el ecosocialismo realmente existente en la Revolución Bolivariana”. En K. Gabbert y A. Martínez (Comps.) (2018). Venezuela desde Adentro: ocho investigaciones para un debate necesario (pp. 54). Quito, Ecuador: Fundación Rosa Luxemburgo.

⁶⁵⁸ *Idem*.p.79.

⁶⁵⁹ Gutiérrez E. (2015). *Desafíos de la justicia indígena en Venezuela: el caso Sabino Romero*. CLACSO. Disponible en: <http://biblioteca.clacso.edu.ar/clacso/becas/20151123114435/3.pdf>

“Las interrelaciones de uso del territorio y convivencia son complicadas y, si a esto se añade la minería ilegal y la deforestación, no es difícil imaginar la complejidad en la aplicación de políticas públicas”⁶⁶⁰. En este mismo orden de ideas, como reseña Terán⁶⁶¹, en torno a los pueblos *yukpa* y a la extracción de carbón en la sierra de Perijá, situada en el estado Zulia, hasta el año 2014 iban al menos nueve *yukpas* asesinados en virtud del ascenso de la violencia por parte de grupos de fuerzas contrainsurgentes y militares. A pesar de lo ocurrido, en el año 2015, el presidente Nicolás Maduro aprobó el decreto presidencial 1.606 para la explotación de carbón en los municipios Mara y Guajira del estado Zulia, de aproximadamente 24.192 hectáreas, aledañas a la sierra de Perijá. Lo cual representa un salto histórico de las actividades extractivistas mineras en esa región, generando una expansión de alrededor trece veces más del territorio que ha sido explotado a lo largo de casi treinta años⁶⁶².

Asimismo, la organización *Kuyujani*, que se encarga de representar a los indígenas *Ye'kwana* y *Sanema* que viven a lo largo del Río Caura en la Amazonía venezolana, interpuso en el año 2015 una queja formal ante la Fiscalía General de la República en virtud del incremento de la minería ilegal que se ha estado llevando a cabo en estos últimos años sobre sus territorios. Además, señaló que existe complicidad entre los efectivos militares y los grupos ilegales que realizan dichas actividades. Es decir que, no sólo existe minería ilegal estructurada en forma de organizaciones delincuenciales en la zona, sino que también acontecen elementos de corrupción por parte de la institución estatal, los cuales amenazan no solo a la sobrevivencia de los pueblos indígenas sino también a los ecosistemas de la región⁶⁶³.

De igual modo, según lo narrado por Mora y Rodríguez⁶⁶⁴, en el año 2016 ocurrió la Masacre de Tumeremo, tragedia en la cual desaparecieron y murieron veintiocho mineros, resultado de la violencia paraestatal en las comunidades indígenas y a la lucha constante por tener el control de la minería en la zona, situación que se sigue replicando en los sectores mineros del estado Bolívar.

⁶⁶⁰ Nesladek Anna (2020). “El pueblo Huottöja y la jurisdicción especial indígena”. Disponible en: <https://www.arquetiposlifeplan.org/2020/02/04/el-pueblo-huottoja-y-la-jurisdiccion-especial-indigena/>.

⁶⁶¹ Terán, E. (2015), ob. cit. p. 120.

⁶⁶² *Ibid*

⁶⁶³ Terán, E. (2015), ob. cit. p. 121.

⁶⁶⁴ Mora, J. y Rodríguez, F. (2019). La Amazonía en disputa: agencias políticas y organizaciones indígenas de la Amazonía venezolana frente al Arco Minero del Orinoco. *Open Edition Journal*. Disponible en : <https://journals.openedition.org/polis/16668#tocto1n4>

Como se puede observar, a pesar del gran catálogo de derechos fundamentales que se encuentra consagrado en la constitución nacional, la población indígena básicamente se ha considerado como un factor negativo en las intenciones que ha tenido el Estado mediante la elaboración de sus megaproyectos extractivistas.

La oposición que han tenido los pueblos indígenas del país en contra de los numerosos planes de exploración y explotación de los recursos minerales del gobierno y de las demás formas de extracción ilegales que han acaecido en sus territorios, ha significado una amenaza incluso para sus vidas. De la misma manera, tal como se mencionó anteriormente, la consagración del derecho constitucional que tienen los indígenas a la demarcación territorial de sus tierras ancestrales se encuentra en total contradicción con la esencia petrolera y extractivista del Estado venezolano, es por ello por lo que dicha demarcación territorial no se ha llevado a cabo en los casi veinte años que tiene promulgada la nueva constitución nacional.

A pesar de que los pueblos originarios gozan de dicho derecho, actualmente todavía no cuentan con una acción o algún mecanismo formal para detener los proyectos extractivos, ya que aún no se han demarcado sus territorios ancestrales. Allí se puede observar el contraste tan grande que existe entre lo que se encuentra establecido en la ley y lo que ocurre realmente en el país, ya que, al Estado venezolano reconocer los derechos territoriales que detentan los pueblos indígenas, provocaría un estancamiento y un entorpecimiento fundamental en sus planes extractivistas. Lo anterior en virtud de que los megaproyectos que se llevan a cabo tanto en la Faja y el Delta del Orinoco como en el Arco Minero, se desarrollan, en su mayoría, en los territorios ancestrales de los pueblos indígenas⁶⁶⁵.

Del mismo modo, es importante recordar que al momento de la creación del Arco Minero del Orinoco en el año 2016, el Presidente Nicolás Maduro no realizó la debida consulta previa, libre e informada a los pueblos indígenas de las tierras ancestrales afectadas, derecho que se encuentra establecido tanto en la Constitución como en la Ley de Pueblos y Comunidades Indígenas (LOPCI). Tampoco se llevaron a cabo los respectivos estudios de impacto ambiental. Dicho de otra manera, el gobierno prefiere hacer caso omiso a la gran cantidad de consecuencias e incidencias negativas que se generan a nivel ecológico, así como en los diversos ámbitos de la vida

⁶⁶⁵ Terán, E. (2015), ob. cit. p. 122.

social y cultural del país, incluyendo el impacto sobre los pueblos indígenas, con tal de no detener sus planes de aceleramiento de las actividades extractivistas sobre dichos territorios.

En ese orden de sucesos, el megaproyecto de la Faja del Orinoco también ha dado origen a lamentables incidentes ambientales, además, los especialistas en la materia han señalado oscuras proyecciones ecológicas futuras en cuanto a los grandes riesgos de contaminación en virtud de la intensificación de las actividades extractivistas en la región. Dicho escenario ya se pudo observar en el Lago de Maracaibo, considerado el más grande de América Latina, en el cual la contaminación directa e indirecta que ha generado el desarrollo de la explotación petrolera es significativo en el embalse natural.

Dentro de estos hechos perjudiciales se pueden mencionar los derrames de crudo en el lago por fallas técnicas y el indiscutible ingreso de abundante agua salada debido a las operaciones que se deben llevar a cabo con los barcos petroleros, que han provocado que sus aguas ya no puedan ser utilizadas como una fuente de agua potable para el consumo y demás usos domésticos de los habitantes del sector. A la vez, se ha afectado la vida de una gran cantidad de especies de animales que habitan en el lago, es decir, en los últimos años se ha perjudicado la biodiversidad del área, lesionando así las especies vegetales y animales que allí viven e igualmente la contaminación ambiental ha empeorado la salud de los pobladores de las zonas contiguas⁶⁶⁶.

Terán⁶⁶⁷ señala que, indudablemente, la explotación de petróleo en la Faja del Orinoco eleva los niveles de destrozo y devastación de la naturaleza e incrementa el daño socioambiental, lo cual ocurre tanto al momento de la extracción del petróleo como con las excavaciones que se hacen para depositar los desechos del proceso. Tales desechos emiten gases de hidrocarburos volátiles que contaminan las aguas de la región, afectando así la fauna acuática y los suelos, provocando una disminución de su fertilidad y daños penosos en la vegetación, además de los daños humanos que se pueden generar tales como problemas respiratorios, enfermedades pulmonares, cáncer y demás complicaciones. En virtud del aumento de circulación de los barcos en el Orinoco, podrían ocurrir derrames de crudo muy perjudiciales, planteando así una situación ambiental muy riesgosa. Evidentemente, los agentes empresariales y extractivistas colocan en primer lugar a los negocios y beneficios económicos antes que, a la población y a la naturaleza, priman sobre la ecología y

⁶⁶⁶ *Ibid.*

⁶⁶⁷ Terán, E. (2015), ob. cit. p. 123.

todos los daños colaterales que se puedan causar, a pesar de que en el discurso político se señale lo contrario y se determine como principal interés los derechos del pueblo y se defienda a los pueblos indígenas. De hecho, tal como mencionan Mora y Rodríguez, en el año 2016 “voceros e instituciones del Estado presentaron el AMO y la megaminería como una alternativa de desarrollo compatible con las demandas de las organizaciones indígenas y los movimientos sociales que históricamente han hecho vida en la Amazonía”⁶⁶⁸ aunque en la realidad se les prive, se les despoje e incluso se les persiga.

Sin embargo, según Terán⁶⁶⁹, se pone de manifiesto la escasez de debates políticos en la nación sobre los conflictos eco territoriales, al igual que ocupan un plano secundario en la opinión pública nacional, ya que se ha evitado difundir las afectaciones ambientales y sociales que han sido producidas por los megaproyectos, y, a su vez, los ciudadanos no se han instruido lo suficiente en la materia ni han tomado consciencia de los perjuicios que están ocurriendo y que afecta a todos.

No obstante, cierto grupo de la población civil ha llevado a cabo acciones para que la justicia se encargue y condene a los responsables de todos los daños socio ambientales que han ocurrido relacionados con la intensificación de la exploración y explotación de los recursos en el país. Como indican Mora y Rodríguez,⁶⁷⁰ a lo largo de los años se profundizó la estructuración de organizaciones indígenas que se aliaron con movimientos sociales y sectores académicos para intentar ejecutar acción legal y ejercer presión política. Sin embargo, de forma notoria han sido desoídos, a pesar de la flagrante violación a los derechos humanos de los pueblos indígenas que ha llevado a cabo el Estado y de las consecuencias ambientales que se han ocasionado.

2.2. Elementos determinantes de la realidad de los pueblos indígenas venezolanos: La cooptación, el extractivismo, la fragmentación de territorios y la participación política

Como se ha mencionado, el Estado venezolano reconoce por primera vez en su historia los derechos fundamentales de los pueblos indígenas a partir de la promulgación de la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela en el año 1999, en la cual se consagran sus derechos territoriales, colectivos y originarios. Sin embargo, tal como señala Gutiérrez⁶⁷¹, la resistencia indígena se había mantenido durante quinientos años de forma autónoma utilizando sus propios

⁶⁶⁸ Mora, J. y Rodríguez, F. (2019), ob. cit. p.8.

⁶⁶⁹ Terán, E. (2015), ob. cit. p. 124.

⁶⁷⁰ Mora, J. y Rodríguez, F. (2019), ob. cit. p. 10.

⁶⁷¹ Gutiérrez, E. ob. cit. p. 14.

sistemas jurídicos, sus usos y costumbres y sus maneras de hacer justicia, hasta que finalmente fueron establecidas en la Constitución Nacional.

El supremo texto desde su preámbulo recalca que uno de los fines del Estado es fundar una República multiétnica y pluricultural, por lo tanto, reconoce en su artículo 119 la existencia de los pueblos indígenas y el respeto a sus regulaciones propias de sus comunidades, sus modos de vida, sus valores, tradiciones, sus prácticas y organización social, política, económica y ambiental, es decir, se reconoce su autonomía interna. Asimismo, en el artículo 260 se señala lo siguiente:

Las autoridades legítimas de los pueblos indígenas podrán aplicar en su hábitat instancias de justicia con base en sus tradiciones ancestrales y que sólo afecten a sus integrantes, según sus propias normas y procedimientos, siempre que no sean contrarios a esta Constitución, a la ley y al orden público. La ley determinará la forma de coordinación de esta jurisdicción especial con el sistema judicial nacional⁶⁷².

El Estado venezolano reconoce la existencia de la justicia indígena e incluso le otorga carácter constitucional, abriéndole las puertas al llamado “pluralismo jurídico”, gracias al cual se les concede una jurisdicción especial a los pueblos indígenas.

No obstante, según Gutiérrez⁶⁷³ es importante resaltar que a pesar de que los derechos indígenas se ven sumamente armonizados en la ley, en la vida real pueden llegar a ser una utopía, ya que el pluralismo jurídico lleva de la mano los conflictos de Inter legalidad. La Inter legalidad se refiere a las disputas que se pueden producir cuando dentro de un mismo territorio geopolítico coexiste el ordenamiento jurídico estatal con una pluralidad de ordenamientos jurídicos locales autóctonos generando posiciones asimétricas de poder entre los diversos derechos, que impone un sistema jurídico dominante y otros subalternos, ya que el sistema jurídico del Estado, es decir, la justicia ordinaria, subordina al resto de sistemas normativos indígenas.

Por lo tanto, se produce una jerarquización que coloca en un nivel de inferioridad social y política a los sistemas jurídicos indígenas, en virtud de que, en caso de que exista contradicción el sistema jurídico dominante se impondrá sobre los subalternos, evidenciando relaciones asimétricas de poder⁶⁷⁴.

⁶⁷² Constitución de la República Bolivariana de Venezuela. Gaceta Oficial de la República, 1999. (Artículo 260).

⁶⁷³ Gutiérrez, E. op. cit. p. 16.

⁶⁷⁴ Con relación a los medios de coordinación en Venezuela, revisar a: Colmenares Olivar, Ricardo. (2011). “El proceso de coordinación entre la justicia indígena y el sistema judicial nacional en Venezuela”. En: *Magistra: Revista*

Lo mencionado anteriormente encuentra su fundamento en el apartado final del artículo 260 de la Constitución Nacional, que decreta el reconocimiento de la justicia indígena “siempre que no sean contrarios a esta Constitución, a la ley y al orden público”⁶⁷⁵. Si la justicia indígena es incompatible con la constitución, primará el orden constitucional, tal como señala Gutiérrez:

Aunque la constitución bolivariana reconoce la interculturalidad, y otorga primacía a la legislación indígena por sobre otras leyes (lo cual es favorable para los pueblos indígenas), resulta contradictorio que en materia de aplicación de la justicia indígena su límite sea precisamente el cumplimiento de sus propias premisas culturales, reconocidas constitucional y legalmente⁶⁷⁶.

Como se puede observar, en la normativa jurídica nacional existe una naturaleza contradictoria respecto a este tema, ya que en primer lugar se admite la existencia del sistema jurídico indígena, pero, posteriormente, se le niega jerarquía al ordenamiento jurídico venezolano, estableciendo una subordinación tutelar que favorece a este último. Es así como las relaciones jurídicas del Estado con la justicia indígena se constituyen basadas en una jerarquía dominante, ya que prevalece la justicia ordinaria sobre las autoridades indígenas de las comunidades.

En el contexto político, la Constitución venezolana establece en su artículo 125 el derecho que tienen los indígenas a la participación política, y se les otorga la facultad de escoger a sus propios diputados indígenas para que los representen en la asamblea nacional y demás entidades. En este sentido, Gutiérrez⁶⁷⁷ menciona que existen diferentes formas mediante las cuales los pueblos indígenas practican la política. En primer lugar, ejercen sus tradiciones y sus formas inherentes y particulares de administración y organización, las cuales en su mayoría se centran en asambleas, prácticas que se denominan de “política propia”.

Adicionalmente, existe la denominada “política impuesta”, ya que son formas de organización adoptadas de la sociedad urbana en la cual se instruye a los indígenas para que obtengan nuevos conocimientos y pongan en práctica técnicas como la persuasión, la negociación y las alianzas estratégicas en ámbitos políticos no indígenas, lo cual ha ocasionado que, en ciertos casos, los

de la Escuela Nacional de la Magistratura. Escuela Nacional de la Magistratura. Tribunal Supremo de Justicia. Caracas. 5, 1. pp. 51. Se encuentra en:

http://www.ulpiano.org.ve/revistas/bases/artic/texto/MAGISTRA/5/magistra_2011_5_41-68.pdf.

⁶⁷⁵ Constitución de la República Bolivariana de Venezuela. Gaceta Oficial de la República Bolivariana de Venezuela, 30 de diciembre de 1999 (Artículo 260).

⁶⁷⁶ Gutiérrez, E., op. cit. p. 15.

⁶⁷⁷ *Ibid.*

indígenas vayan perdiendo parte de su arraigo, principios y valores culturales de su colectividad de origen. “Sigue la tendencia hacia la disminución de los recursos de los pueblos indígenas, la reducción de sus tierras y su base territorial, y la pérdida progresiva y acelerada del control sobre sus recursos naturales, principalmente de sus bosques. Particularmente afectados han sido los pueblos que se encuentran en aislamiento, sobre todo en la cuenca amazónica”⁶⁷⁸. Es así como en los últimos años muchas figuras principales o nuevos líderes del ordenamiento jurídico indígena han sido cooptados, tanto por organizaciones promovidas por el Estado como por los partidos políticos, e incluso por asociaciones religiosas, las cuales les han impuesto sus prácticas y en muchos casos los han presionado para que reacomoden su estructura política⁶⁷⁹.

Según Alarcón⁶⁸⁰, a través de los partidos políticos es como los líderes indígenas están incursionando en la política nacional, y esto no ha sido por simple casualidad, sino que el Estado ha utilizado la cooptación como una herramienta política para absorber a los líderes indígenas. Se busca fragmentar y reducir sus luchas internas, logrando que sólo se manifiesten a través de los partidos políticos, desplegándose un control social sobre los pueblos indígenas.

De esta manera empieza la desunión de la comunidad, ya que los habitantes pertenecen a diferentes partidos políticos y sus líderes se dejan guiar por sus propios intereses particulares y por los que tenga el partido en un momento determinado, en vez de por lo que es mejor para la comunidad, dividiendo así el movimiento indígena y a la vez su lucha por la reivindicación de sus derechos colectivos. Por lo tanto, las estructuras indígenas venezolanas empiezan a padecer divisiones internas, no sólo procedentes de sus diferencias étnicas, sino que empiezan a surgir otras de las afiliaciones partidistas. Alarcón pone como ejemplo al pueblo Wayuu, ubicado en la península de la Guajira, principalmente en territorios de La Guajira en Colombia y el Zulia en Venezuela, y señala lo siguiente:

La dinámica de los nuevos liderazgos wayuu está relacionada con la inserción en un partido político que tenga acciones de gobierno a nivel local, regional o nacional. Vincularse con la

⁶⁷⁸ Stavenhagen, R. (2006). “La brecha de la implementación”. Quinto Informe. *Informes Temáticos del Relator Especial sobre la situación de los Derechos Humanos y las Libertades Fundamentales de los Pueblos Indígenas del Consejo de Derechos Humanos de la Organización de las Naciones Unidas*. Disponible en: <http://www.corteidh.or.cr/tablas/r35030.pdf>.

⁶⁷⁹ Gutiérrez, E. op. cit. p. 18.

⁶⁸⁰ Alarcón J. (2017). “El liderazgo Wayuu y su inserción en el modelo de partidos políticos en Venezuela”. *Espacio Abierto*, 26 (1): 1-22. Disponible en: <https://www.redalyc.org/jatsRepo/122/12252817005/html/index.html>

estructura de poder de un partido político en funciones de gobierno les asegura una forma de liderazgo que les permite ubicar recursos para iniciar proyectos en sus respectivos sectores ⁶⁸¹.

En el pueblo Wayuu se puede observar la “política impuesta”, a pesar de que sigue subsistiendo la estructura política propia para solventar diversos conflictos que se susciten entre las diferentes etnias o dentro de una misma. También se vislumbra la presión del Estados a través de los partidos políticos para que reestructuren su organización política dependiendo de los intereses de los partidos. A partir de tan evidente dinámica política, Alarcón destaca que:

Se institucionaliza el liderazgo a partir de la integración en los partidos políticos y dejan el nivel del linaje. Muchas veces los líderes influyen en sus seguidores para que hagan cosas que no quieren. En este sentido, amarran a sus adeptos a los partidos y a su influencia política como estrategia para lograr su cometido, es decir, hacer ver que es lo más conveniente para el futuro y bienestar del grupo.⁶⁸²

Es así como se han producido tensiones e incertidumbre entre los habitantes de los pueblos indígenas y los líderes políticos cooptados, ya que se han dejado diversos problemas de la comunidad en poder de los líderes para que sean solventados a través de sus partidos políticos. Pero se ha evidenciado la existencia de una insistente lucha de intereses, donde el peso de los partidos políticos es mayor y más importante que llegar a un consenso, y, en su mayoría, prima el individualismo antes que las luchas por las reivindicaciones indígenas.

En virtud de lo anterior, se pueden observar diversas consecuencias de dichas formas de prácticas políticas indígenas. En primer lugar, si los indígenas ejercen su “política propia” se enfrentan a la probabilidad de sea infructuoso su acceso a las instancias de poder establecidas en la justicia ordinaria, ya que serían considerados como políticamente invisibles, lo cual hace que constantemente sean excluidos en la toma de decisiones del acontecer nacional, decisiones que muchas veces los afectan directamente⁶⁸³.

Por el otro lado, si adoptan la “política impuesta”, los indígenas organizados en partidos políticos y demás estructuras devenidas del Estado, contarán con un papel político más activo y serán reconocidos como intermediarios y representantes de sus comunidades indígenas. Pero se corre el riesgo de que los intereses de los pueblos indígenas pierdan valor por la preferencia de los intereses

⁶⁸¹ Alarcón, J. op. cit. p.3.

⁶⁸² *Ibid.*

⁶⁸³ Gutiérrez, E. op. cit. p. 19.

y las posiciones partidistas. Por lo cual, el objetivo debe ser la creación de verdaderas estructuras y organizaciones indígenas que fortalezcan la autonomía política de estos grupos en lugar de la polarización partidista, con el fin de lograr la reivindicación de los derechos de los pueblos indígenas, y que vaya muchos más allá del papel⁶⁸⁴.

Un caso importante que destacar respecto a las prácticas políticas indígenas son las problemáticas en torno al Arco Minero del Orinoco, se puede observar cómo funciona la cooptación política por parte del Estado. Según Mora y Rodríguez⁶⁸⁵, los principales efectos han sido los desplazamientos territoriales forzados por parte de las comunidades indígenas, el deterioro en las condiciones de salud de los habitantes del sector, la desasistencia social por parte del Estado, a lo cual se suma la disminución sustancial de las políticas públicas en materia de salud, educación y alimentación, además del creciente y acentuado intervencionismo militar y paraestatal gracias al apogeo de la minería ilegal en la zona, lo que ha generado la intensificación los sucesos de violencia en los sectores mineros.

Es por ello por lo que el megaproyecto en el Arco Minero del Orinoco ha constituido una ruptura entre los líderes indígenas con los partidos políticos, sobre todo, con los adscritos al gobierno, lo cual se puede observar tanto en el ámbito político como en el electoral. Mora y Rodríguez⁶⁸⁶ señalan las posturas que han tenido las organizaciones indígenas de la región en cuanto al conflicto del Arco Minero de la siguiente manera: en primer lugar, hubo organizaciones indígenas que eligieron seguir formando parte de los partidos políticos oficiales del gobierno, pero manifestando su oposición a las medidas políticas, económicas y sociales del megaproyecto en el Arco Minero del Orinoco.

En segundo lugar, hubo organizaciones que fueron cooptadas por los partidos políticos oficialistas, a pesar de sus intereses antagónicos, respaldaron y defendieron vehementemente la instauración del Arco Minero del Orinoco. En tercer lugar, diversas organizaciones indígenas constituyeron alianzas estratégicas con los partidos políticos que son de tradición opuesta al gobierno, es decir, se asociaron con la oposición. Finalmente, hubo organizaciones indígenas que se mantuvieron

⁶⁸⁴ *Ibid.*

⁶⁸⁵ Mora, J. y Rodríguez, F. (2019), ob. cit. p.18.

⁶⁸⁶ *Ibid.*

autónomas e independientes y se desligaron tanto de los partidos del gobierno como de los de la oposición, ya que consideraron que las posiciones de ambos eran contrarias a sus intereses⁶⁸⁷.

La mayoría de los líderes indígenas y el resto de las comunidades han examinado en conjunto diversas opciones y mecanismos para confrontar todos los problemas acaecidos desde la instauración del Arco Minero del Orinoco, tales como protestas y acciones de calle para ejercer presión hacia el Estado. Es así como han llevado a cabo sus propios modelos de participación a través de reuniones, asambleas y demás acercamientos para oponerse a todos los problemas económico, sociales, territoriales y culturales problema que están padeciendo.

A pesar de que existen casos donde aún sigue imperando la partidización política en las actuaciones llevadas a cabo en forma de protesta, la mayoría de ellas lograron un alcance a nivel local, lo que refleja cómo se han fomentado los ambientes de integración y unificación entre los pueblos indígenas autóctonos, ocasionado el fortalecimiento de las estructuras y organizaciones indígenas. Mora y Rodríguez⁶⁸⁸ reseñan que, a partir del año 2016, la mayoría de las organizaciones indígenas se han pronunciado para expresar su profundo rechazo a las políticas extractivas decretadas por el Estado dentro de sus territorios ancestrales.

Este último aspecto ha sido sumamente relevante ya que deja en evidencia el reciente vínculo que ha vuelto a unir a las entidades indígenas, y no sólo a ellas, sino que se han incorporado movimientos sociales y sectores académicos para promover y elevar el alcance de penosa situación que viven los indígenas hacia demás instancias y sectores nacionales y aumentar la presión política⁶⁸⁹.

A pesar de la profunda cooptación política por parte del Estado que ha existido en las últimas décadas, las alianzas de los líderes indígenas con los partidos políticos, tanto del oficialismo como los de la oposición, no reflejan posiciones contundentes que contravengan totalmente la naturaleza autónoma y los intereses de los pueblos indígenas. Aunque ha existido gran cantidad de polarización partidista, no ha sido suficiente para fragmentar los intereses comunes y los derechos

⁶⁸⁷ Mora, J. y Rodríguez, F. (2019), ob. cit. p.19.

⁶⁸⁸ *Ibid.*

⁶⁸⁹ También han denunciado al Estado venezolano a través de audiencias particulares sobre el tema ante la Comisión Interamericana de Derechos Humanos. Tal es el caso de la Audiencia sobre el Arco Minero del Orinoco realizada en diciembre 2016 contra el Estado venezolano, llevada a cabo por el Programa de Educación-Acción en Derechos Humanos (PROVEA), el Grupo de Trabajo sobre Asuntos Indígenas (GTAI) de la Universidad de Los Andes y la organización no gubernamental Laboratorio de Paz.

colectivos de las comunidades indígenas. Sin importar los partidos políticos, la gran mayoría de los líderes indígenas estaban de acuerdo en no permitir la instauración del Arco Minero del Orinoco, lo cual constituye una reivindicación de sus luchas, ya no por el reconocimiento, sino por el cumplimiento y respeto a sus derechos fundamentales y a su autonomía interna.

2.3. Pandemia global y la doble amenaza que enfrentan los pueblos indígenas de Venezuela

La actual pandemia convierte, sin duda, a los pueblos indígenas, en general, en actores vulnerables, pero en Venezuela, puesto que sus derechos territoriales han sido expuestos a un proceso de amenaza permanente al no ser demarcados y titulados por los aparatos estatales, dicha debilidad se convierte en peligro inminente en tanto que han quedado desprotegidos frente a los megaproyectos extractivos. Esto último puede traer consigo su desaparición cultural teniendo como consecuencia un cambio en el uso y gestión de las fuentes de vida existentes en sus territorios⁶⁹⁰.

Venezuela, al igual que la mayoría de los países amazónicos, define constitucionalmente a la sociedad como pluricultural o plurinacional⁶⁹¹, con lo cual afirma la existencia de poblaciones originarias en su territorio y les reconocen a su vez un catálogo de derechos fundamentales. Como corolario de lo que también establece la Declaración de las Naciones Unidas sobre los Derechos de los Pueblos Indígenas (2007), y el Convenio 169 de la Organización Internacional del Trabajo (1989)⁶⁹², el derecho al territorio constituye el espacio fundamental para desarrollar, mantener y proteger las culturas originarias. Sin embargo, en la actualidad los territorios de los pueblos originarios se encuentran bajo la mira de políticas neoextractivas⁶⁹³, sobre todo en las zonas de

⁶⁹⁰ Guidi, Ruxandra (2016). “La minería del oro en Venezuela: resucita la malaria y duplica la deforestación de bosques primarios”. *Mongabay Latam. Periodismo ambiental Independiente*. Disponible en: <https://es.mongabay.com/2016/01/la-fiebre-del-oro-en-venezuela-resucita-la-malaria-y-duplica-la-deforestacion-de-bosques-primarios/>.

⁶⁹¹ Plurinacional sólo se reconoce en Bolivia

⁶⁹² Ambos instrumentos internacionales han sido ratificados por la República Bolivariana de Venezuela en el año 2001 y 2007, respectivamente.

⁶⁹³ Entendemos el neoextractivismo “como la política más agresiva en términos de extractivismo que han tenido los Estados, en tanto su profundización se debe a que el peso económico del desarrollo del país depende de la ejecución de dichos proyectos”. Es un extractivismo que agrava la crisis ambiental de la Amazonía en general y venezolana en particular, por la extracción de *commodities* como oro, diamante, coltán, hierro, cobre y bauxita entre otros, afectando áreas protegidas como parques nacionales, reservas forestales, monumentos naturales, además de fuentes de agua dulce y territorios indígenas. Al respecto puede verse: Maristela Svampa (2019). “Las fronteras del neoextractivismo en América Latina: conflictos socioambientales, giro ecoterritorial y nuevas dependencias”. Edición- Costa Rica: *Editorial UCR*. Pag 74.

frontera y en la Amazonía. El principio que rige el extractivismo es el siguiente: a mayor existencia de servicios ambientales mayor es su destrucción.

Una de las principales preocupaciones es que, tal y como lo garantiza la Declaración y el Convenio 169 de la OIT, no se ha implementado el derecho a la consulta libre, previa, informada y de buena fe, así como tampoco el derecho al consentimiento que tienen estas poblaciones cuando se ejecutan proyectos de desarrollo en sus territorios, principalmente en estos tiempos de pandemia en el que los proyectos extractivos se han profundizado. Existen estudios que han constatado el impacto negativo que ha tenido esta política extractiva, particularmente en territorios indígenas⁶⁹⁴, pero extensible hacia otras comunidades locales, entre las cuales podemos mencionar: desarrollo de un espiral de violencia sistemática en la zona; prostitución y alcoholismo en comunidades locales en general e indígenas en particular; fragmentación territorial y cultural de las comunidades; aparición de enfermedades que ya habían sido erradicadas; pérdida de legitimidad de autoridades tradicionales, entre otras.

Finalmente, los proyectos extractivos generan enormes transformaciones socioespaciales, provocando un impacto negativo sobre las fuentes de vida y la dinámica cultural de las poblaciones locales e indígenas, lo cual compromete el tejido social y las relaciones culturales y ecológicas del territorio⁶⁹⁵. La actual crisis venezolana es una encrucijada para la materialización de derechos indígenas reconocidos, pero, sobre todo, para trascender el modelo extractivo de acumulación de capital.

3. Hacia una ruta hermenéutica para la proyección del pluralismo jurídico en Venezuela

3.1. El carácter dialógico del horizonte democrático, pluralista e intercultural

Hemos hecho una reflexión sobre la necesidad de renombrar el pluralismo jurídico en Venezuela, de cara a la concreción de una protección a los derechos de los pueblos indígenas en una superación dialógica y hermenéutica que nos permita crear espacios de respeto a partir de lo irremediable del conflicto, buscando medios para sortear la encrucijada de la materialización de los derechos de

⁶⁹⁴ Martínez Neira, C., Rodríguez, P., & Leone Jouanny, M. (2019). La vía política indígena: Agencia y nuevas formas de politización en América Latina. *Polis. Revista Latinoamericana*, (52).

⁶⁹⁵ Rodríguez, F y Aguilar, V (2020). *El Principio de Jurisdicción Universal y su Aplicación en los Crímenes Económicos y Medioambientales en Venezuela. Caso Arco Minero del Orinoco (AMO)*. Fundación Buría, Venezuela.

nuestros pueblos indígenas reconocidos constitucionalmente hace veinte años y, sobre todo, con ello, trascender el modelo extractivo de acumulación de capital que hoy día les acosa.

Asimismo, la principal característica a dos décadas de aprobación de la carta magna, en cuanto a derechos indígenas se refiere, es la disonancia entre derechos reconocidos y derechos ejercidos. Si nos tocara hacer un inventario de lo avanzado en la materia, podemos dar cuenta del gran déficit existente no solo en el marco de los derechos sino fundamentalmente en el ámbito de las políticas públicas interculturales y ambientales. En efecto, las políticas públicas entendidas como mecanismo para la concreción de derechos reconocidos han estado ausentes en el marco de la acción del Estado a nivel nacional.

Se ha pretendido homologar asistencialismos con políticas públicas cuando en realidad estas últimas deben ser la expresión, para el caso de los pueblos indígenas, de aspectos de carácter cultural y, sobre todo, territorial. Lo cultural ha estado precedido de un proceso de homogenización de la realidad social, reduciendo las reivindicaciones indígenas a un ideario ideológico, que en lo sustantivo nada tiene que ver con lo que históricamente ha determinado la lucha de los pueblos indígenas en el país. En cuanto a lo territorial, el impacto sobre las tierras indígenas ha estado determinado por el extractivismo fósil y más recientemente minero, que ha caracterizado el modelo de acumulación de los últimos cien años, alcanzando su máxima expresión en los últimos veinte años.

Con la nueva constitución y, con el reconocimiento de los derechos indígenas, se profundizó la dependencia extractiva, llegando a la crisis compleja que padecemos y de la cual los pueblos indígenas, sus territorios y organizaciones indígenas son los más vulnerables.

Visto lo anterior, la hibridez de la crisis venezolana está determinada por su carácter estructural, histórico y cultural, a su vez expresión de una crisis civilizatoria global cuyo punto de inflexión lo representa la actual pandemia. Sumado a ello, la polarización política de los tiempos actuales constituye también la manifestación específica de esta crisis, cuya errada definición y caracterización ha tenido como protagonistas no solo a actores domésticos sino, principalmente, actores externos.

La aguerrida lucha de los pueblos indígenas permitió la inserción en la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela (CRBV), de un capítulo entero de derechos que ya en el ámbito internacional habían tenido expresión en el Convenio 169 de la Organización Internacional

del Trabajo (OIT). Entre ellos aparecería el derecho a la participación política como uno de los derechos fundamentales. No obstante, en el ámbito de la polarización que ha definido el quehacer político nacional desde hace veinte años, este derecho ha sido confiscado por la diatriba de los polos opuestos.

Habiéndose la causa indígena erigido como un compromiso de Hugo Chávez en su primera campaña electoral que lo llevó a la Presidencia de la República en el año de 1999, los sucesivos deslaves sufridos por el movimiento indígena irían a engrosar las filas de la oposición, no porque allí hubiese un proyecto indigenista alternativo sino simplemente como espacio de encuentro de opositores (ahora indígenas) a la gestión gubernamental.

El tortuoso tránsito de la causa indígena en el país se ha visto determinado por la extrapolación del conflicto político al mundo de las comunidades y organizaciones indígenas. Desde el año 2015, cuando fueron impugnados luego de su elección tres parlamentarios indígenas de oposición del estado indígena de Amazonas, se profundizaría una peligrosa deriva de incidencia y secuestro de lo indígena a intereses y pretensiones parcializadas.

Finalmente, los pueblos indígenas de Venezuela enfrentan una doble amenaza. Por una parte, la actual pandemia los convierte en actores vulnerables puesto que sus derechos territoriales han sido expuestos a un proceso de amenaza permanente al no ser demarcados y titulados por los aparatos estatales. Por la otra, han quedado desprotegidos frente a los megaproyectos extractivos. Esto último puede traer consigo su desaparición cultural teniendo como consecuencia un cambio en el uso y gestión de las fuentes de vida existentes en sus territorios.

3.2. El pluralismo agonístico como premisa articuladora de la superación de los campos liminales del pluralismo jurídico en Venezuela

El reconocimiento de la pluralidad es el punto basal de la actividad interpretativa a partir de la cual el pluralismo jurídico puede desafiar los campos liminales que hemos estudiado a lo largo de esta investigación. Más que una alternativa, la herramienta real que posibilita ese complejo proceso del reconocimiento de la diversidad social sobre la convivencia, quedó articulado a partir de la matriz del horizonte democrático, pluralista e intercultural. Al mismo tiempo, queda claro que el esfuerzo de construcción del conocimiento, en este sentido de interpretación hermenéutica, no tiene la pretensión de producir conocimientos o teorías de orden universal que limiten y prescriban el modo

de cómo deben orientarse las prácticas sociales; antes bien, sirve de puente para construir colectivamente condiciones que faciliten ampliar el horizonte democrático que soñamos para nuestras sociedades en general y para Venezuela en particular.

La interpretación en ese orden de ideas está llamada a relacionar y confrontar saberes y también las institucionalizaciones a partir de las cuales en nuestras sociedades se reconoce al otro. A partir de esta práctica social de la interacción, es menester reconocer la necesidad de un marco epistemológico interpretativo en el cual las partes, actores sociales, estén dispuestos a contrastar y complementar entre sí, sus concepciones y formas de ver que, en general, constituyen su estructura cultural y también jurídica.

En ese proceso de contraste y confrontación se señala la necesidad de un horizonte democrático, pluralista e intercultural en los términos vistos, como una suerte de matriz articuladora para un nuevo escenario para el pluralismo jurídico en Venezuela.

La nueva matriz intercultural supone, en su orden normativo y de justicia, una transformación del sistema jurídico, hacia el pluralismo jurídico agonístico: una visión de la democracia sostenida en articulaciones democráticas agonísticas y dialógicas, que alcanza un desplazamiento de la matriz del principio de la igualdad democrática liberal, por el principio democrático articulador de la interculturalidad, y se concreta en el nuevo desafío para superar la fractura jurídica venezolana: un pluralismo jurídico agonista.

Como nos explicaba Faundes sobre el pensamiento de Rancière, lo propio de la política es el disenso, pero no como la confrontación de intereses u opiniones, sino por aquello en lo que no puede tocar la política, el modelo de la acción comunicativa. Y en ese sentido las formas discursivas de intercambio se hacen presentes como implicando una comunidad del discurso⁶⁹⁶.

Las formas jurídicas que hemos revisado para el PJ, en sus aristas filosóficas y político-económica, nos han señalado unos campos liminales trazados por lo que se ha venido conociendo como estructuras jurídicas del despojo (EJD)⁶⁹⁷, las cuales han permitido ese clima de disenso como presupuesto para lo agonista.

⁶⁹⁶ Rancière (2006). Citado por Faundes (2017). “El consenso democrático de Habermas. Debates frente a la demanda por el reconocimiento de la identidad cultural de los pueblos indígenas en América Latina.” En: Glaudenir, B., Maia, B., y Nicoalu, F., *Filosofía ciudadana e Emancipacao*. Brasil: Sobral Edições, UVA, pp.102-124.

⁶⁹⁷ Acerca de la idea de las estructuras jurídicas de despojo (EJD) que lamentablemente me llega ya al final de esta investigación, puede consultarse en los trabajos de Aleida Hernández Cervantes: Estructuras jurídicas del despojo:

¿Cómo puede un pluralismo agonista, en los términos en que se ha estudiado, lidiar cuando menos en una articulación de tipo hermenéutica con la ilegitimidad de esas estructuras de despojo que en el caso venezolano provienen tanto del gobierno como de los entes de carácter internacional?

¿Cómo contener las normatividades que operan como mediaciones institucionales para la desposesión y llevarlas hacia la matriz articuladora del PJ agonista?

Estas interrogantes quedan abiertas como nuevos retos, nuevos desafíos para el análisis socio jurídico de la realidad venezolana que padece, lamentablemente, en estos tiempos, tantas formas nuevas, peculiares y sofisticadas de saqueo, legal e ilegal, político y social, con lo cual nos hacen contestes a lo que Mauro Benente y Marco Navas Alvear nos presentan como la disyuntiva entre la depresión y la esperanza. La depresión en cuanto forma parte del contexto presente, porque como afirman los autores: “luego de cierto apogeo de gobiernos nuestroamericanos impregnados con gramáticas posneoliberales y hasta de izquierdas, nuestro trabajo intelectual se ha desplegado en un escenario que, en términos generales, combina una parte de restauración conservadora y otra de rearticulación de políticas neoliberales”⁶⁹⁸. Una depresión que, como fosa fría y oscura, no pareciera dejar espacio ni para nuevos planteamientos de reconocimiento de los derechos de nuestros pueblos indígenas, ni para la sociedad venezolana en general.

Pero una esperanza también. Frente a la aporía del PJ venezolano, construimos un PJ agonista, desde la articulación hermenéutica, que se funde sobre la esperanza de la fractura y abra la rendija de la esperanza. No obstante, es esta ambivalencia, entre depresión y esperanza, la que ciertamente acaba por cerrar este trabajo de investigación.

“En términos generales, consideramos que el derecho refleja los intereses dominantes –que no son solamente de clase–, pero no perdemos la esperanza de encontrar algunas grietas, pequeñas fracturas en el sistema jurídico, que nos permitan trazar ciertos puentes con los sectores populares, postergados y olvidados. Allí radica nuestra esperanza y nuestra apuesta por la emancipación”.⁶⁹⁹

un caso de reforma estructural en México y el de Yacotzin Bravo Espinosa: “El derecho como campo en disputa dentro de la geografía capitalista del despojo y la explotación”, del cual hemos tenido apenas tiempo de referir algunas ideas fundamentales. Todos ellos trabajos parte del libro: Benente, M. y Navas Alvear, M. (comps.). (2019). “Derecho, conflicto social y emancipación. Entre la depresión y la esperanza”. Quito, CLACSO, p. 54.

⁶⁹⁸ Benente, M. y Navas Alvear, M. (comps.). (2019). “Derecho, conflicto social...”, ob. cit., p. 10.

⁶⁹⁹ *Ibid.*

Conclusiones

Como categoría reguladora del orden social, el PJ refiere el hecho de la existencia de una diversidad de sistemas de normas en un mismo y determinado espacio geopolítico. Pero además actúa como propulsor de políticas de reconocimiento a los sistemas normativos pertenecientes a pueblos o colectivos, diferentes al Estado, con sus propias fuentes de producción de reglas, valores, instituciones y procedimientos. Como consecuencia de ello, desde la pluralidad epistemológica, la idea del PJ supone un cambio paradigmático para el estudio del Derecho, a partir de la validación de los presupuestos de las teorías empiristas y a través de un proceso de interpretación hermenéutica, que apunta hacia la comprensión del Derecho como ente regulador de la auténtica multiculturalidad.

Se pone de manifiesto, con el PJ, un modelo epistemológico basado en una nueva forma de entender los fenómenos jurídicos; si bien ello es posible dentro de una propuesta necesariamente hermenéutica, con este salto se desmonta definitivamente la tradicional y sobrepasada categoría gnoseológica monista. Por tanto, se plantea el reconocimiento del PJ como el nuevo paradigma epistemológico del Derecho, con fundamentación en la ampliación de las fuentes del derecho, con un justo viraje a los presupuestos de la Teoría misma del Derecho y un replanteamiento necesario de los principios generales del Derecho.

El PJ entendido como ese nuevo paradigma gnoseológico del derecho, presenta unos campos liminales que se circunscriben y justifican en este trabajo, en la revisión de tres aristas: filosófico-axiológica, jurídica y política.

Dentro del ámbito filosófico, el PJ presenta un primer límite ajustado a la clásica disyuntiva entre la universalidad de los valores o las particularidades axiológicas de las culturas. El PJ, en la aceptación de la coexistencia de los diversos Sistemas Jurídicos, supone también la coexistencia de una diversidad de valores. Un asidero axiológico en el que ellos basen dicha coexistencia es la constatación de un campo liminal axiológico-filosófico, lo cual en esta investigación se propuso superar a través de la hermenéutica dialéctica y como plataforma para este diálogo, la existencia de un concepto formal y externo de bien.

El concepto de bien que se ha llamado externo o formal se presenta como una suerte de dossier abierto a ser llenado con los contenidos valorativos de cada uno de los sujetos del PJ. A los efectos se entiende que son tres las condiciones necesarias para configurar este concepto que se propone: a) pretensión de bien: cada sujeto de PJ, en tanto que grupo con cultura propia, demanda para sí mismo, un concepto propio de bien de una perfección concebida correctamente por los miembros de tal grupo. b) El reconocimiento, de cada grupo, de su propia pretensión de bien y de las pretensiones de los grupos con los cuales coexiste. c) partiendo del respeto que supone dicho reconocimiento, se ha de entablar un dialogo de carácter hermenéutico, democrático e intercultural, para lograr la puesta en marcha del PJ.

Es primordial la incorporación de una cláusula axiomática nacida de este concepto externo de bien, por cuanto ello permite establecer los principios para abordar los conflictos interculturales que en la práctica significan colisiones no solamente valorativas, sino también con repercusión jurídica e institucional.

Aunque se entiende la dificultad de plantear una noción válida, al estilo del concepto de bien que proponemos y, entendiendo que ninguna condición humana trascendental justifica una construcción de tipo universal al modo *erga omnes*, es justificable en la medida en que alcanza a tener una concreción fáctica, en el filtro de las acciones permitidas dentro del consensado PJ, en cuanto al respeto de la vida y el freno a la violencia, como condición dialógica necesaria, recíproca e irrenunciable, de supervivencia y convivencia de los sujetos devenidos en actores del PJ.

El riesgo de sustentar axiológicamente el PJ en un mínimo deóntico, como esta definición de bien que se propuso, fue muy alto: encerrar jerárquica y centralmente, con limitaciones de tipo geocultural, justo a una pluralidad de actores diversos y tantas veces contradictorios entre sí, no fue tarea fácil. El consentimiento en la existencia de ciertos mínimos éticos, bajo la necesidad de redefinir la idea misma de consenso, supuso el establecimiento de un espacio común entre fronteras culturales, que al mismo tiempo sirviera de frontera comunicativa. La idea de bien surgió como una suerte de espacio fronterizo intercultural, articulado por los propios actores del conflicto intercultural.

Pese a toda crítica posible, compartimos el presupuesto que supone la existencia de una condición esencial, como cimiento axiológico para la fundamentación del PJ. Apostamos al peligro de una fórmula aparentemente universalista y nos arriesgamos al planteamiento de un piso común

mínimo. En este sentido, la idea de bien planteada en nuestro trabajo atiende a una fundamentación filosófica sobre la base de unos principios formales, no materiales propiamente dicho. Estos han de entenderse abiertos, en palabras de Höffe, a una definición material distinta en cada caso. Pero común, como hemos dicho, a todas las culturas y obviamente, presente en cada uno de los Sistemas Jurídicos en coexistencia.

La segunda limitación analizada en esta investigación fue la relativa a la restricción que supone la falsa utopía de la coherencia entre sistemas jurídicos. La regulación jurídica del pluralismo jurídico se ve mediatizada por preguntas tan difíciles de responder como: ¿Dónde se juntan y donde se separan los ordenamientos jurídicos en el PJ? Este ha constituido el desafío segundo ante el cual determinamos, según lo estudiado, cuando menos dos parcelas distinguibles: la ontológica y la óptica. Con relación a la primera, como estudio o conocimiento del Derecho en sí, no se encuentra ningún límite: El derecho en su propia definición es un “sistema jurídico” y supone, en su desarrollo, la posibilidad del PJ. Sin embargo, ópticamente si se pueden constatar algunos límites al PJ. Cuando se revisa al Derecho como “ente”, como “ser” en sí mismo, se encuentran limitaciones propias que se condicen con los Principios Generales del Derecho, con los fundamentos mismos de la Seguridad Jurídica y con los mecanismos de coordinación de los Sistemas Jurídicos.

Desde la categoría epistémica del PJ se podrían hacer vulnerables algunos principios de la Seguridad Jurídica, en la medida en que diversos sistemas jurídicos necesariamente coexisten en un mismo tiempo y espacio geográfico. Principios tales como el de la igualdad ante la ley o la imposibilidad de alegar su ignorancia, aparecen contradictoriamente, frente a la necesidad de regular la diferencia. Esto limita el acceso y la aplicación real de la justicia en un escenario multicultural y demuestra cómo los mismos principios, incluso los constitucionales de plurinacionalidad e interculturalidad, tienen un vacío en su aplicación, al reafirmar las relaciones de poder que subordinan a los pueblos indígenas. Es así como el concepto de Justicia intercultural aparece como un modo de alcanzar la Igualdad desde la diferencia.

En cuanto a los mecanismos de coordinación de los Sistemas Jurídicos, el derrotero aparece previsto con la “Jurisdicción Especial Indígena” (JEI) como punto de inflexión para el PJ. Frente a la prevalencia de la justicia ordinaria que propugna la consideración de igualdad de los miembros del Estado frente a la existencia de sistemas de justicia consuetudinarios, encontramos sin duda un

vacío procedimental. Este espacio requiere del método hermenéutico, como técnica jurídica, para estimar una coordinación de sistemas judiciales que actúe como elemento de comunicabilidad entre la justicia indígena y la justicia estatal.

El solapamiento de las instituciones y estructuras jurídicas de los sistemas jurídicos en coexistencia, la absorción de un Sistema Jurídico por otro, bien de forma subordinada o bien a través de la cooptación de sus figuras institucionalizadas, así como la adecuación de estrategias tales como la consulta previa, etc., hacen que no podamos hablar ni de acompañamiento ni de coordinación efectiva. En efecto, si bien no es posible un sistema de coordinación de Sistemas Jurídicos único, cualquier intento que de ello se proponga ha de seguir un método y unas pautas. El método para la determinación de cualquier sistema de coordinación que se proponga ha de ser, como hemos visto, el método hermenéutico jurídico. Y las pautas que se han de cumplir, para ser considerados “sistemas jurídicos” competentes a entrar en ese proceso de coordinación, son aquellas que hemos estudiado en el Cap. 1, y que refieren a los elementos identificables de todo Sistema Jurídico: una sustancia o cuerpo normativo, una estructura de instituciones y organismos que lo pongan en acción y un elemento cultural que le sirva de sustento axiológico, a cada Sistema Jurídico.

Se hace necesario que el pluralismo jurídico se ejerza no solo reconociéndolo, sino repensando las estructuras del sistema de justicia ordinario para construirlo con bases que permitan el ejercicio de la plurinacionalidad e interculturalidad. Se hace inevitable abrir un espacio efectivo de diálogo intercultural que permita esta coordinación a la que aspira el PJ. Se requiere, como vimos, las que en palabras de Boaventura de Sousa Santos son llamadas “instituciones apropiadas”, pero también “instituciones compartidas”. Así pues, una nueva perspectiva en la que se establezca el derecho de dialogar en formas iguales entre los sistemas de justicia indígena y el sistema estatal es ineludible.

El tercer límite propuesto al PJ es de naturaleza política y se refiere a la quimera de la renuncia de la soberanía y de los intereses políticos, por parte de un Estado hegemónico en la figura de Estado Nación tal y como se ha venido conociendo en los últimos años. Acerca de la liminalidad política y económica del Pluralismo jurídico se trazaron los intereses políticos y económicos como impedimentos del respeto a la pluralidad jurídica: la propuesta de un horizonte democrático, pluralista e intercultural desde el diálogo hermenéutico y agonístico se planteó como el desafío tercero.

Como es sabido, después de la revolución francesa, para el Derecho Constitucional la soberanía reside en el pueblo y la ejerce directamente a través del sufragio. Sin embargo, en el modelo de Estado Westfaliano, en realidad la soberanía se ha venido manifestado, históricamente, de forma intrínseca al Estado, lo que ha significado una sustracción de los poderes al pueblo. El PJ viene así a significar la restitución al pueblo -los pueblos- de su propia soberanía. Aparece, el PJ, como un mecanismo de gestión pública intercultural en la relación entre el Estado y los territorios ancestrales, desde los sujetos de derechos devenidos en actores políticos (los pueblos indígenas). Empero, el Estado en un ejercicio de lógica política realista, se ha venido resistiendo a dicha reposición. La vía de acción no es otra que la propuesta a través del método también hermenéutico, de lo que hemos propuesto como un diálogo democrático y pluralista. En ese sentido se corona el concepto de HDPeI, como ruta a seguir para sobrepasar los campos liminales del PJ.

La propuesta para el diálogo hermenéutico que se presenta, intenta dar contenido concreto y específico a aquellos aspectos más relevantes en la oferta de un horizonte de transformación pluralista, democrático e intercultural del Estado, planteado para pensar el reconocimiento de los pueblos indígenas. Se ha tratado de reunir este conjunto de condiciones para el dialogo, en una sola propuesta conceptual, que se ha formulado bajo una perspectiva de reconocimiento intercultural de estos pueblos, incluyendo sus derechos, individuales y colectivos, como condiciones de su propia existencia.

Esta aspiración teórica no deja de ser limitante en ella misma, pero se asume solo en la necesidad de establecer un concepto que permitiera identificar e hilar la propuesta, siendo lo más relevante el sentido incluyente y transformador que se defiende respecto de la propuesta de dialogo que podría adoptar diversas denominaciones, como la misma expresión intercultural. Finalmente, referir el carácter agonístico que ha de entenderse en la propia naturaleza de este dialogo propuesto, no solo del Estado frente a los pueblos, sino entre los mismos pueblos.

En Venezuela la fundamentación de bases legislativas que regulan y promueven la existencia del PJ es suficiente y asaz; está sustentada ampliamente sobre la base de la Constitución Nacional de la República de Venezuela de 1999, la Ley Orgánica de Pueblos y Comunidades Indígenas del 2005; la Ley de demarcación y garantía del hábitat y tierras de los pueblos indígenas del 2008; la Ley de Patrimonio Cultural de Pueblos y Comunidades Indígenas del 2009; la Ley del Artesano Indígena también del 2009; y los diversos procesos de adscripción de Venezuela a las leyes

internacionales en materia de Derechos Indígenas y Tratados Internacionales suscritos. En este sentido se puede afirmar que no hay escasez legislativa importante, sobre la cual pudiera fundamentarse posibles límites jurídicos al PJ.

Aun cuando el marco constitucional y orgánico que regula el reconocimiento de los derechos de los pueblos indígenas en Venezuela es bastante amplio, como se ha venido demostrando, hay una falta que constituye la piedra angular del espacio liminal para la pragmatización del PJ en Venezuela: la deuda y el atraso legislativo se circunscribe a la delimitación territorial de las tierras ancestrales de nuestros pueblos indígenas. Las variadas propuestas ignoradas de mapeo de los pueblos indígenas, afirmados en una inobservancia absoluta a procesos legitimados del PJ como son la consulta previa y los mecanismos de coordinación. Hay, por tanto, una suerte de oscuridad legislativa en materia de coordinación del sistema jurídico estatal con los diversos sistemas jurídicos indígenas, en tanto que no han sido reconocidos. Derivada de esta situación se presenta un proceso de cooptación de las figuras estructurales de los diversos sistemas jurídicos – no reconocidos- de los pueblos indígenas, solapadas bajo las figuras políticas de representación partidistas por parte del Estado.

El PJ en Venezuela ha venido desarrollándose, en este sentido de la autodelimitación de los territorios de parte de los mismos pueblos indígenas, de facto, casi subversivamente, de la mano de las propias comunidades, antes que amparados por los organismos estatales.

El Estado venezolano se ha aprovechado de su propio silencio legislativo al no delimitar, como manda la ley, los territorios ancestrales de los pueblos indígenas venezolanos de modo tal ha llevado a un estado de desprotección de dichos territorios al punto de implantar una galopante actividad extractivista sobre los recursos hidrocarburíferos que se encuentran en el subsuelo. Lo anterior conlleva a que los derechos de los pueblos indígenas reconocidos por la CNRBV de 1999 combatan con dicha condición extractivista, en el entendido que mientras el modelo económico actual se sustente en actividades de este tipo - las cuales se llevan a cabo en territorios ancestrales indígenas- habrá, cada vez más, una mayor dificultad para el logro de la concreción del PJ, en los términos explicados en este trabajo.

El Estado venezolano viola, *in factum*, e *in legem* sus propias disposiciones legislativas, tanto constitucionales como orgánicas: La cooptación de las figuras que operan la estructura en los sistemas jurídicos indígenas, aunada al extractivismo y los problemas derivados de la exploración

y explotación de los recursos, lo que habla de un límite para el PJ venezolano, nacido paradójicamente de la misma fuente que lo reconoció constitucionalmente: El Estado.

Este modelo extractivista impuesto en Venezuela pareciera que difícilmente tiene la capacidad de hacer efectivos los derechos fundamentales que se regularon en su momento tanto a nivel constitucional como a nivel orgánico, de manera de “derechos sociales” para los venezolanos y los pueblos indígenas del país, por cuanto este modelo extractivista, en sí mismo, aparece como negador de derechos. En ese mismo orden de ideas, más que concluir, debemos asomar el hecho de que el extractivismo pudiera ser considerado, en sí mismo, un crimen de lesa humanidad, en virtud de los impactos y daños inciertos que ello ocasiona tanto a los pueblos indígenas – protegidos internacionalmente – como a los con-nacionales que allí habitan y se ven perjudicados con las consecuencias de dicha actividad, así como sobre los territorios naturales que están obligados a ser resguardados por el Estado.

Es una paradoja que, en la historia del reconocimiento de los Derechos de los Pueblos indígenas y la consecuente posibilidad de llevar a cabo, en la realidad, los presupuestos para hablar de un PJ en el país hayan sido más respetados antes de su consagración legislativa, que ahora que gozan de un marco legal suficiente para el desarrollo de políticas de reconocimiento. La falta de voluntad de los particulares que se han hecho con el poder del Estado es más eficaz que los marcos legales que el Derecho nos brinda como herramienta reguladora de la sociedad.

Se considera, en virtud de esto, que el extractivismo legal en Venezuela puede ser considerado una de las formas jurídicas de concreción del despojo para los pueblos indígenas: el decreto del AMO ha sido clave en todo este proceso de desposesión de las tierras, los modos de vida, etc. y ha ayudado a encubrir su falsedad, con una legitimación del extractivismo: han convertido lo ilegítimo en legal.

Si la pregunta se dirige al tipo de Estado que tenemos por construir en Venezuela, como medida de superación a las liminalidades jurídicas, políticas y económicas que hemos estudiado, el estado de la cuestión queda abierto e inconcluso. Algunas interrogantes quedan servidas una vez develado el velo de los campos liminales del PJ en Venezuela: ¿Podrá darse cuenta, a corto o mediano plazo, de un Estado postnacional que vaya más allá de un Estado democrático, social, de justicia y de derecho? ¿Acaso la concreción de los derechos pendientes para un modelo de PJ permitirá

trascender hacia una democracia, en Venezuela, que quiebre la razón de Estado y de paso a la razón del *demos*?

La superación de la liminalidad axiológica se propone, finalmente, bajo el acomodo de la dialéctica, apoyándose en el carácter agonístico-dialógico del HDPeI, como ruta hermenéutica para la proyección del pluralismo jurídico en Venezuela. El “pluralismo agonístico” se conceptúa entonces, como la salida necesaria a la fractura del Pluralismo Jurídico en Venezuela. Es la escapatoria a la aporía que la hermenéutica jurídica nos permite dibujar en el horizonte venezolano.

La necesaria construcción de la democracia como consecuencia del diálogo hermenéutico y agonista que hemos estudiado, en tanto que valor fundante para el Pluralismo Jurídico, en la medida de su interculturalidad, debe trascender el extractivismo. Basando así la emergencia de un nuevo modelo civilizatorio ya no en la idea de recursos naturales sino fundamentalmente en la de fuentes de vida.

La propuesta de un diálogo democrático, en tanto que hermenéutico, es la posibilidad de un proyecto en construcción y no como un fin en sí mismo. La democracia si bien se consolida como condición *sine qua non* para el ejercicio de los derechos humanos en general e indígenas en particular, también ha de crear las condiciones necesarias para el desarrollo de ciertas vocaciones que en el contexto venezolano tiene que ver también con lo ecológico e intercultural. Y estas condiciones, según lo desarrollado en este trabajo, son agonistas en los términos de la teoría política en tanto que enfatizan los aspectos potencialmente positivos de algunas formas de conflicto como el existente en Venezuela hoy en día. Mas allá de la democracia de consensos que constitucionalizó el PJ en el país, hoy este pluralismo, para superar sus propios límites filosóficos, jurídicos y también políticos, ha de aceptar, en un primer momento, la existencia de un espacio de conflicto, pero buscar, y he aquí lo culminante de este trabajo, cómo se puede aceptar y canalizarlo positivamente, a través de la propuesta del horizonte pluralista, democrático e intercultural, como hemos visto, cristalizado en un pluralismo agonista.

Entonces, diremos con Faundes, que en vista de que el conflicto es consustancial al reconocimiento de la identidad cultural, el modelo de horizonte para la aplicabilidad del PJ debe considerar los mecanismos de abordaje de tal conflicto. Ahora bien, todo abordaje de este tipo se supone agonístico y sostiene en ese sentido, al pluralismo, como premisa articuladora de la inclusión de

los actores sociales, aunque ello sea objeto de nuevas divergencias y desacuerdos, en una ecuación social de ampliación democrática, horizontalización y distribución del poder.

Acorde a lo estudiado, Venezuela tiene como deber pendiente, entre otros no menos graves, avanzar desde el pluralismo jurídico unitario estatista descrito y contemplado constitucionalmente hace veinte años, hacia un pluralismo jurídico igualitario que pueda ser efectivamente plurinacional y que marque una ruta de democratización del Estado venezolano.

La propuesta de reconstrucción que se planteó como una tarea de reinterpretación desde el Derecho, queda al debe en la forma de instaurar y planificar las políticas públicas del Estado venezolano. La propuesta de superación que se plantea a esos tres campos liminales supone la (re) constitución del Estado, en el marco agonístico de lucha por el reconocimiento: un escenario de tensiones político-normativas que, tanto dota de sentido emancipador al reconocimiento, como hace imperfectas e inestables las posibilidades de articulación institucional. Asimismo, el estudio entre las posibilidades de un efectivo pluralismo jurídico transformador del Estado y de su dependencia del patrón de acumulación extractivista, quedan por ser estudiados en mayor profundidad.

Un aspecto central de la propuesta que aquí se desarrolló, estuvo circunscrita a la concepción agonística del consenso y la deliberación democrática, entendiéndola dentro de la llamada justicia mínima. En este sentido se concluye que solo será posible hablar de un momento y o un pacto (re)constituyente para Venezuela, fundante de un Estado que reconozca efectivamente la diversidad étnica y cultural, si esta se halla articulada por el Pluralismo Jurídico, de tal suerte que logre concretar el derecho fundamental a la identidad cultural, con una efectiva inclusión de los pueblos y grupos históricamente marginados y omitidos como actores político sociales, tanto las grandes mayorías pobres, como las minorías originarias indígenas.

En este sentido se concluye que, antes que hablar de una aporía, al examinar el pluralismo jurídico en Venezuela se considera la existencia de un quiebre o una fractura; sin embargo, la profunda y lamentable crisis que vive la sociedad venezolana constituye, al mismo tiempo, una oportunidad insustituible para alcanzar transformaciones tan radicales como las que implica el horizonte democrático, pluralista e intercultural estudiado como desafío precisamente a estos límites. El reto de la deconstrucción del ideario del estado nación en Venezuela, por encima de cambios formales a la Constitución, requiere de un giro de paradigma dado por el desplazamiento de la matriz

igualitaria, mono cultural y monista del Derecho, del que aún no se ha salido, hacia otra intercultural y democrática, articuladora del pluralismo jurídico en la cual le sean reconocidos materialmente los derechos ancestrales a los pueblos indígenas venezolanos.

BIBLIOGRAFÍA

ACNUDH. (2011). Los Derechos de los Pueblos Indígenas a la Consulta Previa, Libre e Informada. ONU, México. Disponible en:

<https://www.acnur.org/fileadmin/Documentos/Publicaciones/2011/7602.pdf>

Aguilar, C. Vladimir y otros. (2007). Estado del Derecho consuetudinario en Venezuela. CEPESAL, Vice rectorado Académico de la Universidad de los Andes: Mérida, Venezuela.

Aguiló, Josep (2001). “Sobre la constitución del estado constitucional”. Doxa, Colombia. Disponible en: <https://doxa.ua.es/article/view/2001-n24-sobre-la-constitucion-del-estado-constitucional>.

Alba, Oscar., Castro, Sergio (2016). “Pluralismo Jurídico y Norma de Conflicto en Escenarios de Interculturalidad. Pluralismo Jurídico e Interculturalidad”, en *IDEI*, Bolivia, Disponible: <https://www.bivica.org/files/sistema-juridico-interculturalidad.pdf>

Alexy, Robert (2004). “El concepto y la validez del derecho”, 2da edición, Ed. Gedisa, Barcelona, España.

Alexy, Robert. (1993). “Teoría de los derechos fundamentales”. Centro de estudios Constitucionales, Madrid, España.

Allais, María Luisa (2004). “La población indígena de Venezuela según los censos nacionales”. II Encuentro Nacional de Demógrafos y Estudiosos de la Población, Caracas, Venezuela. Disponible en: <https://www.guao.org/sites/default/files/biblioteca/La%20poblaci%C3%B3n%20ind%C3%ADgena%20de%20Venezuela%20seg%C3%BAn%20los%20censos%20nacionales.pdf>

Almache, Emilio. (2019). “El pensamiento constitucionalista en el pluralismo jurídico. Un paradigma del siglo XXI en construcción y desarrollo en el Estado de Derecho ecuatoriano”, en: *Revista de la Facultad de Derecho de México*, Universidad Autónoma de México, Vol. 69, No 275-1. pp. 467-511.

Almarza, Matías. (2006). “Chantal Mouffe y el giro de la filosofía política moderna. Nuevos horizontes para pensar la política”, Informe Final para optar al grado de Licenciado en

- Humanidades con mención en Filosofía, Universidad de Chile, Santiago. Disponible en: <http://repositorio.uchile.cl/bitstream/handle/2250/110314/Chantal-Mouffe-y-el-giro-de-la-filosofia-politica-moderna-nuevos-horizontes-para-pensar-la-politica.pdf?sequence=4>
- Antúnez, Alcides., Díaz, Eduardo. (2016). “La justicia indígena y el pluralismo jurídico en Ecuador. El constitucionalismo en América Latina”, En *Derecho y Cambio Social*, Santiago, Chile.
- Antúnez, Alcides., Díaz, Eduardo. (2017). “El pluralismo jurídico y los derechos a la Pachamama”. En *DIXI*. Vol. 20 Núm. 27. pp. 1-25. Disponible en: <https://revistas.ucc.edu.co/index.php/di/article/view/2398/2552>.
- Aparicio, Marco. (2002). “Los pueblos indígenas y el Estado: el reconocimiento constitucional de los derechos indígenas en América Latina”, Cedecs, Estudios Constitucionales y Políticos, Barcelona, España.
- Aparicio, Marco. (2011). “Los derechos constitucionales de los pueblos indígenas”. En Bello, Luis Jesús (editor) (2011). *El Estado ante la Sociedad Multiétnica y Pluricultural*, Editorial IWGIA – Serie Derechos Indígenas, Venezuela. pp.14-21.
- Aparicio, Marco. (2011). “Los derechos de los pueblos indígenas a los recursos naturales y al territorio. Conflictos y desafíos en América Latina”, Ed. Icaria: Barcelona, España.
- Aparicio, Marco. (2014) “La construcción de la autonomía indígena como parte del proyecto de descolonización en Bolivia: el caso de Jesús de Machaca”. En *Revista Umbral*. N° 4, número extraordinario, Tomo II, jun.-dic. pp. 135-136.
- Aparicio, Marco. (2015). “Derechos y pueblos indígenas: avances objetivos, debilidades subjetivas”. En *Revista de Antropología Social*, N° 24. pp. 127 – 147.
- Aparicio, Marco. (2015). “Los pueblos indígenas y la disputa por la soberanía. El caso de México como referencia”. En: Martí i Pug, Salvador y otros (2015) *La sobirania del pobles*, Universitat de Girona, Girona. pp. 81- 105.
- Aparicio, Marco. (2018). “Estado, organización territorial y constitucionalismo plurinacional en Ecuador y Bolivia. ¿Una década ganada?”, en *REAF*, no. 27, Universitat de Girona, Girona, España. pp.118-146.

- Apel, Karl-Otto (1986). “Estudios éticos”, Editorial Alfa, Barcelona, España.
- Arango, R. (2004). “Derechos, constitucionalismo y democracia”. Serie de Teoría Jurídica y Filosofía del Derecho, N°3, Universidad Externado de Colombia, Bogotá, Colombia, pp. 187-193.
- Aristóteles (1988) “Política”. Libro III.1280 a. Consultada en la Traducción de Manuela García Valdés, Ed. Gredos, Madrid, España.
- Ariza, Rossemberg y otros. (2012). “Elementos y técnicas de pluralismo jurídico. Manual para operadores de Justicia”, en *Fundación Konrad Adenauer*, Berlín, Alemania. Disponible en: <https://archivos.juridicas.unam.mx/www/bjv/libros/9/4499/15.pdf>.
- Ariza-Higuera, Libardo., Bonilla, Daniel. (2007). “El pluralismo jurídico. Contribuciones, debilidades y retos de un concepto polémico”. En Tamanaha, Brian; Engle Merry, Sally y Griffiths, John (2007), *Pluralismo Jurídico*, Siglo del Hombre Editores - Universidad de los Andes - Instituto Pensar, Bogotá. Pp. 19-86.
- Arnaud, André (1981). “Critique de la Raison Juridique : Où va la Societé du droit”, L.G.D.J, Paris, Francia.
- Arnaud, André., Fariñas, María José. (1996). “Sistemas jurídicos: elementos para un análisis sociológico”. BOE - Universidad Carlos III: Madrid, España.
- Arriaz L, Rafael. (2016). “Las Constituciones de Venezuela”. Editorial Alfa, Caracas, Venezuela.
- Assies, Williem, (2001). “La oficialización de lo no oficial: ¿(re)encuentro de dos mundos”. En *Alteridades*, N° 21, pp. 83-96.
- Atienza, Manuel. y otros. (1986.). “224 preguntas de Introducción al Derecho”. Editorial Ariel, Barcelona, España.
- Atienza, Manuel. (1989). “Introducción al Derecho”. Editorial Barca Nova, Temas Universitarios, Barcelona, España.
- Atienza, Manuel. (1997). “Tras la justicia”. Editorial Ariel: Barcelona, España.
- Atienza, Manuel (2003), “Introducción al Derecho”, Ed. Fontamara, México.
- Austin, John. (2000). “Cómo hacer cosas con palabras”. Editorial Paidós, Barcelona, España.

- Aylwin, José (2014). “Los derechos de los pueblos indígenas: avances jurídicos y brechas de implementación”. En Beltraño, Jane y otros (Coord), *Derechos Humanos de los grupos vulnerables*, Red de Derechos Humanos y Educación Superior, pp. 275 – 300.
- Barbero, Iker. (2012). “Pluralismo jurídico, derecho alternativo y la irrupción de nuevos sujetos jurídicos”, en *Corpus Iuris Regionis. Revista Jurídica Regional y Subregional Andina*, 12, Iquique, Chile, pp. 97-131.
- Barros Bourie, Enrique., Rojas Covarrubias, Nicolás. (2007). “Curso de derecho civil. Primera parte: Introducción al Derecho Privado”, Facultad de Derecho Universidad de Chile, Santiago, Chile. Disponible en:
https://www.ursos.cl/derecho/2007/2/D122A0207/1/material_docente/bajar%3Fid_material%3D155730.
- Bauman, Zygmunt. (2003). “Modernidad líquida”. Primera edición, Fondo de Cultura Económica, México.
- Belley, Jean-Guy (1986). “L ’État et la régulation juridique des sociétés globales. Pour une problématique des pluralisme juridique”. En *Sociologie et sociétés*. c. XVIII. N° 1, pp. 11-32
- Bello, Luis Jesús. (1999). “Los derechos de los pueblos indígenas en Venezuela”, Grupo Internacional de Trabajo sobre Asuntos Indígenas y (FPP) El Programa para los Pueblos de los Bosques, IWGIA Documento N°26, Copenhague, Dinamarca.
- Benente, Mauro., Navas Alvear, Marco. (2019). “Derecho, conflicto social y emancipación. Entre la depresión y la esperanza”. Clacso. Buenos Aires, Argentina.
- Bengoetxea, Joxerramón (1993). “The legal reasoning of the European Court of Justice: towards a European jurisprudence”. Oxford European Community law series Oxford University Press, Reino Unido.
- Bergalli, Roberto. y Silveira, Héctor. (2001). “Pietro Barcelona y sus compromisos: de la política del derecho a la democracia como forma de vida”. En “El derecho en la teoría social. Diálogo con catorce propuestas actuales”, Ed. Dykinson, Madrid, España.

- Berlin, Isaiah (1990). “Dos conceptos de libertad”. Alianza Editorial. Madrid, España.
- Betti, Emilio (1975). “La interpretación de la ley y de los actos jurídicos”, en Biblioteca de Derecho Privado, Editorial del Derecho Financiero, Santiago, Chile.
- Bobbio, Norberto. (1987). “Teoría general del derecho”, Temis, Bogotá, Colombia.
- Bonfil, Guillermo. (1986).” Del indigenismo de la revolución a la antropología crítica”. En Medina, Andrés., García, Carlos (edit) “La quiebra política/antropológica social”, Universidad Autónoma de México, México, pp. 141-164.
- Bonfil, Guillermo (1989). “México Profundo. Una civilización negada”, Grijalbo, México.
- Bonfil, Guillermo (1991). “Pensar nuestra cultura: ensayos”, Editorial Alianza, México.
- Brading, David. (2003) “Orbe Indiano. De la monarquía católica a la república criolla, 1492-1867”, Fondo Cultura Económica, México.
- Bravo, E. Yacotzin (2019). “El derecho como campo en disputa dentro de la geografía capitalista del despojo y la explotación”. En Benente, Mauro., Navas Alvear, Marco (Compiladores), “Derecho, conflicto social y emancipación. Entre la depresión y la esperanza”. Ed. CLACSO. Buenos Aires. pp. 57-76.
- Brewer-Carías, Allan. (2008). “Las Constituciones de Venezuela”. Tomo I y II, Academia de Ciencias Políticas y Sociales, Caracas, Venezuela.
- Buffet, J. (1990). “Teoría fundamental del Derecho”. 4ta edición. Ediciones Tecnos, Barcelona, España.
- Bustillos, Linda (2016). “Del Estado-Nación Al Estado-Plurinacional Inconcluso. Una mirada de los Derechos Indígenas en América Latina. Estudio Comparado entre Bolivia, Ecuador y Venezuela”, Tesis Doctoral, Universidad Autónoma de Madrid, Madrid, España.
- Cabedo, Vicente. (2004). “De la intolerancia al reconocimiento del derecho indígena”. En *Política y Cultura*, núm. 21, primavera. pp.73-93.
- Calsamiglia, Alberto. (1990). “Introducción a la ciencia jurídica”, 3ra edición, Editorial Ariel, Barcelona, España.

- Canto, S. Rodolfo. (2017). "Participación ciudadana, pluralismo y democracia". En *Tla-melaua*, Num. 10, pp. 21-35. http://www.scielo.org.mx/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S1870-69162017000100054
- Caracciolo, Ricardo. (1988). "El sistema jurídico. Problemas actuales", Centro de Estudios Constitucionales, Madrid, España.
- Carbonell, Miguel (2003). "La Constitucionalización de los derechos indígenas en América Latina: una aproximación teórica". En *Boletín Mexicano de derecho comparado*, vol. 36, N° 108, septiembre/diciembre, México.
- Carbonnier, Jean (1982). "Sociología jurídica", Ediciones Tecnos: Madrid, España.
- Cárcova, Carlos. (1991). "Teorías jurídicas alternativas". En Óscar Correas (Coord.) "Sociología jurídica en América Latina", IISJ, Oñati, España. pp. 25-44.
- Carillo, Sonia. (1987). "Algunos aspectos de la teoría de las fuentes del derecho", Ediciones del Vice rectorado académico, Universidad del Zulia: Zulia, Venezuela.
- Carmona Cuenca, Encarnación. (1994). "El principio de igualdad material en la jurisprudencia del Tribunal Constitucional", en *Revista de estudios políticos*, Núm. 84, abril-junio 1994, pp. 265-285.
- Caro Zottola, Luis. (2014). "Estado constitucional de Derecho y pueblos indígenas: nuevos desafíos del juez en la garantía de sus derechos", en *Revista de la Facultad, Universidad Nacional de Tucumán*, Vol. 5, N° 1: Nueva serie II. p.p. 89-105.
- Carrasco, Morita (1998). "Los derechos de los pueblos indígenas en Argentina", IWGIA, Buenos Aires, Argentina.
- Casanova, Pompeu (2004). "Dimensiones del Pluralismo Jurídico", Simposio 1: El recurso de la reciprocidad, Actas del IX Congreso de Antropología de la Federación de Asociaciones de Antropología del Estado Español, Universitat de Barcelona, España. Disponible en: http://www.ub.edu/reciprocitat/GER_WEB_CAS/Actividades/Actividades%20Simposio%202002/Ponencia-Casnovas.pdf.
- Castán, José. (1956). "Derecho civil español", Editorial Reus, Madrid, España.

- Castro, Sergio. (2016). Elementos de doctrina para una constitución plural. En Alba, Oscar., Castro, Sergio (Coordin) “Pluralismo Jurídico e Interculturalidad”. IDEI – Bolivia. pp.101-123. <https://www.bivica.org/files/sistema-juridico-interculturalidad.pdf>
- Castro-Gómez, Santiago (2007). “Michel Foucault y la colonialidad del poder”. Tabula Rasa, Núm. 6, pp. 153-172. Disponible en:
<https://www.redalyc.org/articulo.oa?id=396/39600607>
- Chenaut, Victoria., Sierra, María Teresa. (1995). “Pueblos indígenas ante el derecho”, Coloquio Orden Jurídico y Formas de Control Social en el Medio Indígena, N°1, Veracruz, México.
- Chiba, Masaji (1998). “Other Phases of Legal Pluralism in the contemporary World”, *Ratio Juris*, vol. 5, núm. 3, Págs. 228-245.
- Claire, Launay., Severine, Bellina. (2011) “El pluralismo jurídico y normativo ¿Una vía para refundar la gobernanza?”, en “Experiencias africanas y latinoamericanas que toman en cuenta la diversidad en la regulación del derecho oficial”, Instituto de investigación y debate sobre la Gobernanza (IRG), Lima, Perú. Disponible en : <http://www.institut-gouvernance.org/IMG/pdf/dossier-pluralisme-es-decembre-2011.pdf>.
- Clark. S. David (2003). “Estilos italianos: la justicia penal y el ascenso de una judicatura activista”. En “Culturas jurídicas latinas de Europa y América en tiempos de globalización”, Instituto de Investigaciones Jurídicas, pp. 433-501.
- Clastres, Pierre, (1978) “La sociedad contra el Estado”, Monte Ávila Editores, Caracas, Venezuela.
- Clavero, Bartolomé. (2015). “Consulta indígena e historia colonial: Colombia y las Américas, de México a Bolivia entre derechos humanos y derecho constitucional, 1989-2014”. En “Quaderni Fiorentini per la storia del pensiero giuridico moderno”, Ed. Giuffré Editores, Florencia, Italia. pp. 589-661.
- Clyde, Kluchhohn (1965). “Antropología”. Fondo de Cultura Económico. México, pp. 159-160.
- Correas, Oscar (1994) Ideología jurídica, derecho alternativo y democracia, *Boletín mexicano de Derecho comparado*, Año 27, N° 81. Disponible en:
<https://revistas.juridicas.unam.mx/index.php/derecho-comparado/article/view/3270/3745>.

- Correas, Oscar. (1994). “La teoría general del derecho frente al derecho indígena”, en *Revista Crítica Jurídica*, núm. 14, Instituto de Investigaciones Jurídicas, Universidad Nacional Autónoma de México, pp. 15-31.
- Correas, Oscar (1996). “El pluralismo jurídico y el derecho alternativo: Algunos problemas teóricos”, en *Revista de Sociología jurídica*. Págs. 37-53.
- Correas, Oscar. (1997). “El pluralismo jurídico. Un desafío al Estado contemporáneo”, en *Revista mexicana de ciencias políticas y sociales*, no. 41, pp. 91-99.
- Cossío, José Ramón (2001). “La reforma constitucional en materia indígena”. *Documento de trabajo*, México, ITAM, Departamento Académico de Derecho, núm. 21, septiembre.
- Cruz R., Elisa. (2008). “Principios generales del derecho indígena”. En Huber R., et al. (coord.). “Hacia sistemas jurídicos plurales”. Fundación Konrad Adenauer, México. pp. 29-48.
- Cruz, R., Elisa (2012). “Pluralismo cultural y derechos humanos: la crítica intercultural”, en: *Justicia Juris*, no. 8, pp. 41-55.
- Cuneo, Marina. (2015). “Pluralismo jurídico y jurisdicción indígena en América Latina”, en: “Sistemas de Coordinación Publicaciones Jurídicos”, Buenos Aires. Disponible en: <http://www.juscorrientes.gov.ar/wp-content/uploads/jurisprudencia/publicaciones-juridicas/pdf/2015/PLURALISMO-JURIDICO-Y-JURISDICCION-INDIGENA-EN-AMERICA-LATINA.-SISTEMAS-DE-COORDINACION.-C%C3%B3mo.pdf?iframe=true&width=95%25&height=95%25>
- De la Lengua Española, R. A. (1984). *Diccionario de autoridades*. Madrid: Imprenta de Francisco del Hierro.
- De la Torre Rangel, J. A. (2006) “El derecho como arma de liberación en América Latina. Sociología jurídica y uso alternativo del derecho”. Centro de Estudios Jurídicos y Sociales, Facultad de Derecho Universidad Autónoma de San Luis Potosí, México.
- De Paredes, Ivian (1681) “Recopilación de las Leyes de los Reinos de Las indias”, Mandadas a imprimir y publicar por su majestad Don Carlos II, Madrid, España.

- De Sousa Junior, José Geraldo (2007). “El derecho hallado en la calle. Tierra, trabajo, justicia y paz.”. En De la Torre Rangel, Jesús Antonio. (coord.) “El pluralismo jurídico: teoría y experiencia”, Editorial Cenejus, México. págs. 235-247.
- De Sousa Santos, Boaventura (1988). “El discurso y el poder. Ensayo sobre la sociológica de la retórica jurídica”, en *Revista Crítica Jurídica*, N° 26, enero/agosto, 2007, pp. 77-98.
- De Sousa, S. Boaventura (1991). “Estado, Derecho y Luchas Sociales”. ILSA. Bogotá, Colombia.
- De Sousa Santos, Boaventura. (1991). “Una cartografía simbólica de las representaciones sociales. Prolegómenos a una concepción posmoderna del derecho”, en *Nueva Sociedad*, N° 116, noviembre-diciembre, Buenos Aires, pp. 18-38.
- De Sousa Santos, Boaventura de (1995). "Toward a New Common Sense: Law, Science and Politics in the Paradigmatic Transition, Routledge, *Journal of Law and Society*, vol. 27, núm. 2, pp. 296- 321.
- De Sousa, S., Boaventura. (2003). “Los modos de producción del poder, del derecho y del sentido común”. En de Sousa Santos, “Crítica de la razón indolente”, Editorial Desclée de Brower, pp. 297-374.
- De Sousa Santos, Boaventura. (2005) “A crítica da governação neoliberal: O Fórum Social Mundial como política e legalidade cosmopolita subalterna”. En *Revista crítica de ciências sociais*, N° 72. pp.7-44.
- De Sousa Santos, Boaventura (2010). “Descolonizar el saber, reinventar el poder”, Ediciones Trice, Uruguay
- De Trazegnies, (1994) “Posmodernidad y pluralismo jurídico”, en “¿Qué modernidad deseamos?: el conflicto entre nuestra tradición y lo nuevo”, Epígrafe Editores, Lima, Perú.
- De Zan, Julio (2005). “Universalismo y particularismo en la ética de Kant”. En *Tópicos*, núm. 13, Universidad Católica de Santa, Argentina. Disponible en: <https://www.redalyc.org/pdf/288/28815530004.pdf>.
- Delgado O, J.M. (1987). “Lecciones de Introducción al Derecho”. Colección de Cursos y Lecciones, IFD-LUZ, Ediluz: Maracaibo, Venezuela.

- Derrida Jacques (1989). “La desconstrucción en las fronteras de la filosofía. La retirada de la metáfora”, Ed. Paidós. Barcelona.
- Derrida, Jacques (1966). “La estructura, el signo y el juego en el discurso de las ciencias humanas”. Conferencia pronunciada en el *College international* de la Universidad Johns Hopkins sobre “Los lenguajes críticos y las ciencias del hombre”, Baltimore, Estados Unidos.
- Díaz García, Iván (2012). “Igualdad en la aplicación de la ley: concepto, ius fundamentalidad y consecuencias”. En *Revista Ius et Praxis*, Año 18, N° 2, pp. 33 – 76. Disponible en: <https://dx.doi.org/10.4067/S0718-00122012000200003>
- Díaz, Elías. (1992). “Sociología y filosofía del Derecho”, 2da edición. Editorial Taurus Humanidades, Barcelona, España.
- Díez-Picazo, L. y Gullón, A. (1978). “Sistema de Derecho civil”. Editorial Tecnos, Madrid, España.
- Donna Lee, Van Cott (2000). “Movimientos Indígenas y Transformación Constitucional en Los Andes. Venezuela. En Perspectiva Comparativa”, en *Revista Venezolana de Economía y Ciencias Sociales*” Vol. 8. N°3. Sept-Dic. Caracas. pp. 41-60.
- Dorantes, Luis. (1962). “¿Qué es el derecho?”, 1ra edición. Manuales UTEHA, D.F, México.
- Dupret, Baudouin. (2007). “Legal pluralism, plurality of laws, and legal practices”, en *European Journal of Legal Studies*, N°1.
- Dussel, Enrique (1994). “El encubrimiento del indio: 1492. Hacia el origen del mito de la modernidad”, en *Cambio XXI*, Colegio Nacional de Ciencias Políticas y Administración Pública, México.
- Dworkin, Ronald (2003). “La virtud soberana”, Editorial Paidós. Barcelona, España.
- Ehrlich, Eugène (1992). “La sociología del diritto”, en *Revista Internazionale di Filosofia del Diritto*, pp. 102-107.
- El Fakih Rodríguez, Fátima (2017). “Principios generales del derecho y derechos fundamentales: Ampliando las fuentes del derecho sobre la base del Pluralismo Jurídico”, en *Revista Institucional de Investigación Metanoia*, Universidad Regional Autónoma de los Andes, Tulcán, Ecuador. Vol. 4, N.º 3, pp. 78-101.

- El Fakih Rodríguez, Fátima (2020). “Estado y pueblos indígenas en Chile: desafíos emergentes para un derecho pluralista”. En: Bedecarratz Schulz Francisco Javier (director), “Estado y pueblo Mapuche. Una mirada desde el Derecho y las políticas públicas”, RIL editores, Universidad Autónoma de Chile, Santiago de Chile. pp. 233-254
- El Fakih Rodríguez, Fátima., Faundes Peñafiel, Juan Jorge (2020). “Los límites del pluralismo jurídico en Venezuela: tensiones y horizontes del imaginario del Estado nación y la lucha por el reconocimiento de los pueblos indígenas”. *CUHSO*, Vol. 30, N° 1, Temuco, Chile. pp. 78-101
- Facchi, Alessandra (1994). “Pluralismo giuridico e società multietnica: Proposte per una definizione”, en *Revista Sociologia del Diritto*, N° 21, Italia, pp.47-57.
- Fariñas Dulce, María José (2001). “La tensión del «pluralismo» desde la perspectiva filosófica intercultural”, *Derechos y Libertades - Revista del Instituto Bartolomé de Las Casas*, Universidad Carlos III de Madrid, Madrid, España, pp. 191-204.
- Faundes, P. Juan Jorge, (2015). “Pensando un horizonte democrático, pluralista e intercultural para el reconocimiento de los pueblos indígenas en América Latina, desde una relectura crítica a Laclau y Mouffe”, en *Revista chilena de derecho y ciencia política*, N° 6, pp. 66-96.
- Faundes, P., Juan Jorge (2015). “Pensando un horizonte democrático, pluralista e intercultural para el reconocimiento de los pueblos indígenas, desde una relectura crítica a Laclau y a Mouffe”, en *Revista Chilena de Derecho y Ciencias Políticas*, Universidad Católica de Temuco, Chile. págs. 85-121.
- Faundes, P., Juan Jorge (2020). “Horizontes constituyentes. Reconocimiento de los pueblos indígenas en américa latina. Los casos de Chile y Bolivia”. Editorial Appris, Curitiba, Brasil.
- Ferrari, Vincenzo. (2006). “Derecho y sociedad, elementos de Sociología del Derecho”, Universidad Externado de Colombia, Bogotá, Colombia.
- Fitzpatrick, Peter y otros (2010). “El derecho como resistencia: modernismo, imperialismo, legalismo”, Siglo del Hombre Editores, Universidad Libre, Bogotá, Colombia.
- Fornet Betancourt, Raúl (2001). “Transformación Intercultural de la Filosofía”. Ed. Desclée, Bilbao, España.

- Foucault, Michel (1979). "Microfísica del poder", Las Ediciones de La Piqueta, Madrid, España.
- Foucault, Michel (1980). "La verdad y las formas jurídicas", Editorial Gedisa, Barcelona.
- Foucault, Michel (2000). "Defender la sociedad", Fondo de Cultura Económica, Buenos Aires, Argentina.
- Friedman, Lawrence. (1977). "Law and society, an introduction", Prentice Hall, U.S.A.
- Gadea, Elise (2011). "Introducción", en "El pluralismo jurídico y normativo ¿una vía para refundar la gobernanza?", Editorial del Instituto de Investigación y debate sobre la gobernanza (IRG), Lima. pp. 5-13.
- Gálvez Revollar, C. (2001). "El Derecho consuetudinario indígena en la legislación indigenista republicana del Perú del siglo XX", I Encuentro de la Sección Peruana de la Red Latinoamericana de Antropología Jurídica, Lima, Disponible: <http://repositorio.pucp.edu.pe/index/bitstream/handle/123456789/113997/9900-Texto%20del%20art%C3%ADculo-39183-1-10-20140801.pdf?sequence=2&isAllowed=y>.
- García Castillo, Pablo. (2006). "La justicia, la ley y los derechos humanos en el pensamiento griego y romano". En *Carthaginensia: Revista de estudios e investigación*, Instituto Teológico de Murcia O.F.M, N° 42, pp. 351-378.
- García M, E. (1980). "Introducción al estudio del Derecho", 31ra. Edición. Editorial Porrúa, Buenos Aires, Argentina.
- García Máynez, Eduardo (2011). "Positivism Jurídico, realismo sociológico y iusnaturalismo", Distribuciones Fontamara, México.
- García Máynez, Eduardo. (1980). "Introducción al estudio del Derecho", 31ra. Edición, Editorial Porrúa, Buenos Aires, Argentina.
- García S., F. (2008). "Los retos del pluralismo jurídico", en *Íconos Revista de Ciencias Sociales*, N° 15, pp. 27-41, Disponible en: <https://dialnet.unirioja.es/ejemplar/376395>
- García Villegas, Mauricio (2012). "Constitucionalismo aspiracional: Derecho, democracia y cambio social en América Latina", en *Revista Análisis Político*, núm. 75, Bogotá. Págs. 89-110.

- García, Andrés Román (2014). “Hacia el reconocimiento constitucional de los pueblos indígenas en Chile”, en *Revista de Derechos Fundamentales*, N° 11, Universidad de Viña del Mar, Viña del Mar, Chile. pp. 125-162.
- Gladstone, Leonel., y De Sousa José Geraldo. (2016). “La lucha por la constituyente y reforma del sistema político en Brasil: caminos hacia un constitucionalismo desde la calle”, en *La Migraña, revista de análisis político*, N. 17, pp. 134-141.
- Gómez, Magdalena. (2000). “Derecho indígena y Constitucionalidad”. Disponible en: <http://www.alertanet.org/dc-mgomez.htm>.
- Góngora, Mario (1951). “El Estado en el Derecho Indiano”, Instituto de Investigaciones Histórico – Culturales, Universidad de Chile. Santiago de Chile.
- Gregorio, Robles Morchon (2007). “Pluralismo jurídico y relaciones Inter sistémicas. Ensayo de teoría comunicacional del derecho”, Thomson, Civitas, España.
- Griffiths Jhon (1984). “¿What is legal pluralism?”, en *The Journal of Legal Pluralism*, Vol 24, pp. 1-55.
- Grocio, Hugo. (1925). “Del Derecho de la guerra y de la paz”, Editorial Reus, Madrid, España.
- Guendel, Ludwing. (2011). “Política social e interculturalidad: Un aporte para el cambio”, en *Ajayu*, N° 9, pp. 1-52.
- Guízar Vázquez, Francisco (2005). “Derecho, identidad, territorio y conflicto: propuesta metodológica para un estudio de caso”, *Desacatos*, N°17, México, pp. 127-152.
- Gurvitch, Georges. (2005) “La idea del derecho social”, Editorial Comares, Granada, España.
- Habermas, Jürgen (1981). “Historia y critica de la opinión pública”, Editorial Gustavo Gil, Barcelona, España.
- Habermas, Jürgen (1999). “La inclusión del otro. Estudio de teoría política”, Ed. Paidós, Barcelona, España.
- Habermas, Jürgen, (1987). “Teoría de la acción comunicativa”, (Jiménez Redondo, Manuel, trad.), Vol. 2, Ed. Taurus, Madrid, España.

- Habermas, Jürgen. (1988). “Facticidad y validez. Sobre el derecho y el Estado democrático en derecho en términos de teoría del discurso”, Editorial Trotta, Madrid, España.
- Habermas, Jürgen. (1990). “Acciones, actos del habla, interacciones lingüísticamente mediadas y mundo de la vida”, en “El pensamiento postmetafísico”, Editorial Taurus, Madrid, España.
- Habermas, Jürgen., Rawls, John (1998). “Debates sobre el liberalismo”, Editorial Paidós. Barcelona, España.
- Hegel, G. W. F., Marx, Carlos (1955). “Filosofía del derecho”. Editorial Claridad, Buenos Aires, Argentina.
- Hernández G, J (1999). “Otra forma de estudiar Introducción al Derecho”, Ediciones Liber, Caracas, Venezuela.
- Hernández G, J. (2004). “Introducción al Derecho”, 2da. Edición, Editorial Legis, Caracas, Venezuela.
- Hoekema, André, (2002) “Hacia un pluralismo jurídico formal de tipo igualitario”, en Simposio Indolatinoamericano, 1995, en *El otro derecho*, número 26-27, abril de 2002, ILSA, Bogotá D.C., Colombia, pp. 72.
- Honneth, Alex. (1997). “La lucha por el reconocimiento”, Ed. Crítica. Barcelona, España.
- Horacio Biord Castillo (2000). “Diccionario de Historia de Venezuela”, Fundación Polar. Segundo Tomo, Caracas, Venezuela.
- Hugh, Thomas. (2004) “El Imperio Español De Colon a Magallanes”, Historia y Sociedad. Ed. Planeta, Buenos Aires, Argentina.
- Iannello, Pablo (2015). “Pluralismo jurídico”, en *Enciclopedia de filosofía y teoría del derecho*, Instituto de Investigaciones Jurídicas, Vol. 1, pp. 767-790.
- Ignatieff, Michael (1999). “Isaiah Berlin. Su vida”. Editorial Taurus. Madrid.
- Instituto de Investigación y debate sobre la Gobernanza. (2011). “Constituciones: ¿Coexistencia, renacimiento o hibridación de las distintas fuentes de legitimidad?”, en: Encuentro internacional pluralismo jurídico en sociedades multiculturales, Lima, Perú, pp. 51-57. Disponible en: <https://docplayer.es/33170731-El-pluralismo-juridico-y-normativo-una-via-para-refundar-la-gobernanza.html>.

- Iturralde G. Diego (2004). "Pueblos indígenas, derechos económicos, sociales y culturales, y discriminación", en *Revista Instituto Interamericano de Derechos Humanos*, Vol. 39, Santiago, Chile, pp. 233-256.
- Jiménez Campos, Javier (1983). "La igualdad jurídica como límite frente al legislador", en *Revista española de derecho constitucional*, Año N°3, No. 9 (septiembre-diciembre), pp. 71-116.
- Jorge Arellano (2016). "Derechos de los Pueblos Indígenas en Venezuela y el problema del reconocimiento". En *Anthropologica*, Vol.34, N°36 Ene./jun, Lima, Perú.
- Jürgen, Habermas (2006) "Entre naturalismo y religión", Editorial Paidós, Barcelona, España.
- Kant, Immanuel (1990). "Fundamentación a la metafísica de las costumbres", Editorial Tecno. Madrid.
- Kelsen, Hans. (1941). "La Teoría pura del derecho. Introducción a la problemática científica del derecho", 2da edición, Editorial Losada, S.A, Buenos Aires, Argentina.
- Kelsen, Hans. (2009). "Teoría pura del derecho" (traductor Nilve, Moisés. 9a. reimpr.). Editorial Eudeba, Buenos Aires, Argentina.
- Kymlicka, Will (1996). "Ciudadanía multicultural", Editorial Paidós. Barcelona, España.
- Kymlicka, Will (1996). "Nacionalismo Minoritario dentro de las democracias liberales". En García Soledad y Lukes Steven (comps.), "Ciudadanía justicia social, Identidad y participación", Editorial Siglo XXI, Madrid, España.
- La Torre, A. (1999). "Introducción al Derecho". 15ava Edición. Editorial Ariel: Barcelona, España.
- Laporta, F. "El principio de igualdad: Introducción a su análisis", en *Revista de Ciencias Sociales*, n° 67, pp. 3-31.
- Larraín, Horacio. (1993). "¿Pueblo, etnia o nación? Hacia una clarificación antropológica de conceptos corporativos aplicables a las comunidades indígenas", en *Revista de Ciencias Sociales*, N° 2, pp. 28-53.
- Larrea Maldonado, Ana María (2015). "Reseña III", en *Mundos plurales*, Volumen 2. No. 2, noviembre, pp. 113-115. Disponible en:

[https://repositorio.flacsoandes.edu.ec/bitstream/10469/8008/1/RFLACSO-MP2\(2\)-09-Larrea.pdf](https://repositorio.flacsoandes.edu.ec/bitstream/10469/8008/1/RFLACSO-MP2(2)-09-Larrea.pdf).

- Lévi-Strauss, Claude. (1993). “Raza y cultura”, Editorial Cátedra, Madrid, España.
- Lillo, R. (2002). “Pluralismo jurídico en Chile. Un desafío pendiente”, en III Encuentro y Simposio Internacional de la Red Latinoamericana de Antropología Jurídica. Pluralismo jurídico: Presente y futuro. Quetzaltenango, Guatemala.
- Llano, F., J. (2016). “Pluralismo jurídico, diversidad cultural, identidades, globalización y multiculturalismo: perspectiva desde la ciencia jurídica”, en *NOVUM JUS*, N° 10, pp. 49-92.
- Llano, Jairo Vladimir (2012). “Teoría del derecho y pluralismo jurídico”, en *Criterio Jurídico*, Santiago de Cali, V. 12, No. 1, pp. 191-214.
- Locke, John (2006). “Segundo tratado del gobierno civil. Un ensayo acerca del verdadero origen, alcance y fin del gobierno civil” Editoriales Tecnos, Colección Clásicos del Pensamiento, Barcelona, España.
- López M, Diego. (2004). “Teoría impura del derecho. La transformación de la cultura jurídica latinoamericana”, 1ra edición, Editorial Legis, Bogotá, Colombia.
- Luhmann, Niklas. (2002). “El derecho de la sociedad”, Trad. de Javier Torres Navarrete, Estudio preliminar de Jesús Martínez García, Universidad Iberoamericana, D.F, México.
- Luhmann, Niklas. (2002).” Introducción a la teoría de sistemas”, Lecciones publicadas por Javier Torres Nafarrate, Universidad Iberoamericana/colección teoría social, México.
- Luhmann, Niklas (1991), “Sistemas sociales. Lineamientos para una teoría general”, Universidad Iberoamericana – Alianza, DF. México.
- Lyra Filho. R (1982). “O que é direito”, Editora Brasiliense. São Paulo, Brasil.
- Marés Souza, Carlos Frederico (2009). “O Renascer dos Povos Indígenas para o Direito”, Juruá Editora, Curitiba, Brasil.
- Martínez Cobo, José. (1986). “Estudio del problema de la discriminación contra las poblaciones indígenas”. Naciones Unidas, Nueva York.

- Martínez de Bringas, Asier. (2003). “Pueblos Indígenas y Derechos Humanos”. En Mikel Berraondo (Coord.) “Pueblos Indígenas y derechos humanos”, Universidad de Deusto, Bilbao, pp. 85-108.
- Mejía, C., J. (2016). “Temas a discutirse en la temática de Justicia Indígena”, en: *IDEI*, Bolivia. Disponible en : <https://www.bivica.org/files/sistema-juridico-interculturalidad.pdf>.
- Melissaris, Emmanuel (2013). “Ubiquitous law: legal theory and the space for legal pluralism. Law, justice, and power”, Editorial Routledge, London School of Economics, UK.
- Mendoza, Daniel. (2000). “Las claves del derecho”, Editorial Gedisa, Barcelona, España.
- Merry, Sally Engle, (1988). “Legal Pluralism”, En Revista *Law & Society*, vol. 22, N°5 pp. 889-922.
- Ministerio de Relaciones Exteriores (1999) “El Universal”, Caracas, Venezuela.
- Molina-Ricaurte, Carlos Jesús (2016). “Los paradigmas del Derecho y los modelos de la física”. *Dikaion*, vol. 25, N°1. pp. 75-99.
- Moreso, José Juan., Navarro, Pablo Eugenio. (1993). “Orden y sistema jurídicos. Una investigación sobre la identidad y la dinámica de los sistemas jurídicos”, Centro de Estudios Constitucionales, Madrid, España.
- Mouchet, C. y Zorraquin, R. (1970). “Introducción al Derecho”, Editorial Perrot, Buenos Aires, Argentina.
- Mouffe, Chantal (1999). “El retorno de lo político. Comunidad, ciudadanía, pluralismo, democracia radical”, Editorial Paidós. Barcelona, España.
- Naciones Unidas (2013). “Oficina del Alto Comisionado para los Derechos Humanos. Los pueblos indígenas y el sistema de derechos humanos de las Naciones Unidas”, *Folleto Informativo*, N° 9. Rev. 2. Nueva York y Ginebra.
- Naciones Unidas, Resolución N°1.589 del Consejo Económico Social de las Naciones Unidas, 1971.
- Nettel, Patricia. (1993). “El principio de reciprocidad desde la perspectiva sustantivista”. En Revista *Política y cultura*, núm. 3, pp. 232-337. Disponible en: <https://www.redalyc.org/pdf/267/26700319.pdf>.

- Nieva, S., G. (2016). “La ética jurídica y la interculturalidad”, en *IDEI*, Bolivia. <https://www.bivica.org/files/sistema-juridico-interculturalidad.pdf>.
- Obredor, Adalberto. (2010). “La ontología Jurídica”. Medellín, Colombia. Disponible en: <https://obredor.wordpress.com/2010/04/05/la-ontologia-juridica-2/>
- Ochoa García, Carlos (2002). “Derecho consuetudinario y pluralismo jurídico”. Cholsamaj Fundación, Guatemala.
- Olaso J, L. (1994). “Curso de Introducción al Derecho”. 2da Edición. Tomos I y II Universidad Católica Andrés Bello, Manuales de Derecho: Caracas, Venezuela.
- ONU (2007). “Declaración de las Naciones Unidas sobre los derechos de los pueblos indígenas”. Septiembre. Disponible en: https://www.un.org/esa/socdev/unpfii/documents/DRIPS_es.pdf
- Organización de las Naciones Unidas para la Agricultura y la Alimentación. “Viale delle Terme di Caracalla” - 00153 Rome, Italy. Diponible en: www.fao.org
- Paco, Ancalle, Rudy. (2015). “La consulta previa a los pueblos indígenas como mecanismo a su libre determinación en el nuevo texto constitucional boliviano aplicado en el conflicto del territorio indígena del Parque Nacional Isiboro Sécore-Tipnis. Tarragona” en *Universitat Rovira i Virgili, La Paz*. Disponible en: <http://iusfilosofiamundolatino.ua.es/download/LA%20CONSULTA%20PREVIA%20A%20LOS%20PUEBLOS%20INDIGENAS%20COMO%20MECANISMO%20A%20SU%20LIBRE%20DETERMINACION%20EN%20EL%20NUEVO%20TEXTO%20CONSTITUCIONAL%20BOLIVIANO%20APLICADO%20EN%20EL%20CONFLICTO%200%20DEL%20TIPNIS.pdf>
- Padilla, R., Guillermo. (2016). “Los pueblos indígenas y la consulta previa: ¿normatización o emancipación? Una mirada desde Guatemala”, en *Revista Colombiana de Sociología*, N° 39, pp. 193-219. <https://revistas.unal.edu.co/index.php/recs/article/view/57042>.
- Pagden, Anthony (1988) “La caída del hombre natural. El indio americano y los orígenes de la etnología comparativa”. Ed. Alianza, Madrid, España.

- Palacios, Francisco (2016). “De objetos colectivos a sujetos colectivos: Paradigmas históricos de cultura constitucional y premisas de legitimación del derecho indígena”, en *Ivs Fvgit*, 19, pp. 265-300.
- Pastor, Santos. (1989). “Sistema jurídico y economía. Una introducción al análisis económico del derecho”, Editorial Tecnos, Madrid, España.
- Pérez Álvarez, Zulimar Carla (2015). “Modelo de gobernabilidad para las Comunidades Indígenas del Alto Caura De Venezuela, En base a sus Derechos Políticos-Territoriales”, Tesis Doctoral, Universidad Nacional de Educación a Distancia. Departamento De Derecho Político Facultad De Derecho, Madrid, España.
- Pérez B., Juan Manuel (2006). “Coherencia y sistema jurídico”, Ed. Marcial Pons, Madrid, España.
- Pérez Enciza, Gisela (1966). “La Intendencia en España y en América”, Universidad Central de Venezuela, Caracas, Venezuela.
- Pérez R, J. (1995). “Las fuentes del derecho”, 4ta edición, Editorial Tecnos, Madrid, España.
- Pietschmann, Host (1996). “Las Reformas borbónicas y el sistema de intendentes en Nueva España”, Fondo Cultura Económica, México. pp. 58-117.
- Plaza, E., Ricardo, C. (2016). “Procesos constituyentes y reformas constitucionales en la Historia de Venezuela: 1811-1999”, Tomos I y II, Universidad Central de Venezuela, Caracas, Venezuela.
- Pospisil, Leopold (1972) “Anthropology of Law: A Comparative Theory, Harper & Row”, en *Social Forces*, Vol. 51, sept. 1972, Nueva York, USA. Disponible en: <https://academic.oup.com/sf/article-abstract/51/1/114/2229661>.
- Prada Alcoreza, Raúl (2014). “Epistemología pluralista”. En Zambrana B., Amílcar (coord.), “Pluralismo epistemológico. Reflexiones sobre la educación superior en el Estado plurinacional de Bolivia”, Funproeib Andes, Bolivia. pp. 11-55.
- Puccetti, Gastón. (2020). “El pluralismo como propuesta desreificadora de las subjetividades para el derecho”, en *Eunomía. Revista en Cultura de la Legalidad*, N°18, pp. 50-51.
- Rabossi, Eduardo (1990). “Derechos humanos: el principio de igualdad y la discriminación”, en *Revista del Centro de Estudios Constitucionales*, N.º 7. pp. 175-192.

- Ramírez, Silvina. (2002). “Diversidad cultural y pluralismo jurídico: Administración de justicia indígena”, en *Pueblos Indígenas y Derecho*, Disponible en: <http://red.pucp.edu.pe/ridei/files/2011/10/15.pdf>.
- Ramis, P. (2002). “Esencia pre-jurídica del derecho”, Vicerrectorado Académico, Universidad de los Andes, Mérida, Venezuela.
- Ravest Ibarra, Maximiliano (2011) “El reconocimiento de los pueblos indígenas en los textos constitucionales. Breve análisis del Derecho comparado”, *Derecho y Humanidades*, N° 17, pp. 91-118.
- Rawls, John (1979). “Teoría de la Justicia”, The Belknap Press of Harvard University Press, Cambridge.
- Rawls, John (1998). “Una teoría de la justicia”, Fondo de Cultura Económico, México.
- Raz, Joseph. (1994). “Multiculturalism: A Liberal Perspective”, *Dissent Magazine*, invierno.
- Reale, Miguel. (1993). “Introducción al Derecho”, Décima edición, Ediciones Pirámide, Madrid, España.
- Recasens F, L. (1959). “Filosofía del Derecho”, Editorial Porrúa, D.F, México.
- Renan, Ernest, (1982) “¿Qué es una Nación?”, Conferencia dictada en la Sorbona, París, el 11 de marzo de 1882. Disponible en: http://perso.unifr.ch/derechopenal/assets/files/obrasjuridicas/oj_20140308_01.pdf.
- Rengifo, C. Carlos y otros (2013). “Pluralismo jurídico: implicaciones epistemológicas”. En *Inciso*, Vol. 15, pp. 27-40.
- Restrepo, E. (2007). “Imágenes del “negro” y nociones de raza en Colombia a principios del siglo XX”, en *Revista de Estudios sociales*, N° 27, pp. 46-61.
- Roa Roa, Jorge (2014). “Pluralismo jurídico y mecanismos de coordinación entre los sistemas de justicia indígena y el sistema nacional de justicia en Colombia”, en *Revista Derecho del Estado*, N° 33, julio-diciembre de 2014, pp. 101-121.
- Robert Alexy (2004) “El concepto y la validez del derecho”, 2da edición, Editorial Gedisa, Barcelona, España.

- Roche, C. (1989). "Sociología jurídica", Universidad Central de Venezuela, Caracas, Venezuela.
- Rodero, E., Herrera, M. (2000). "El concepto de raza. Un enfoque epistemológico", en *Archivos de zootecnia*, N° 49, pp. 5-16. Disponible en: <https://core.ac.uk/download/pdf/60862512.pdf>.
- Rodríguez F, Mauricio. (2006). "Comprendiendo el Derecho", 1ra edición, Consejo de Publicaciones, Universidad de Los Andes, Mérida, Venezuela.
- Rodríguez-Arias, Lino (1961). "Ciencia y Filosofía del Derecho", Ediciones Jurídicas, Europa-América, Buenos Aires, Argentina.
- Rojas Amandi, Víctor Manuel (2006). "Cuatro paradigmas de la epistemología jurídica", en *Jurídica Anuario del Departamento de Derecho de la Universidad Iberoamericana*, N° 36, pp. 385-420. Disponible en: <https://www.usbcali.edu.co/sites/default/files/cuatroparadigmas.pdf>
- Rojas, E. (2004). "La crisis del derecho postmoderno en la sociedad postmoderna", Centro de Ecología y Pueblos Andinos y Centro de Investigaciones sobre Pluralismo Jurídico, Cochabamba, Bolivia.
- Romano, Santi (1975). "L'ordre juridique", Editorial Dalloz, París. Francia.
- Rondón N, J. (2007). "La lección aprendida. La vigencia del Derecho", Publicaciones del Vicerrectorado académico, Universidad de Los Andes, Mérida, Venezuela.
- Rosillo, M., A. (2017). "Pluralismo Jurídico en el constitucionalismo mexicano frente al nuevo Constitucionalismo Latinoamericano", en *Revista Direito e Práx*, N° 08, pp. 3037-3068.
- Rousseau, Jean Jacque (1985). "Emilio o De La Educación." Edaf. Madrid, España.
- Rousseau, Jean Jacque (1987). "El contrato social o principios del derecho político". Editorial Tecnos, Colección Clásicos del Pensamiento, España.
- Rousseau, Jean Jacques (1985). "Discurso sobre el origen y fundamento de la desigualdad de entre los hombres y otros escritos", Editorial Tecno, Colección Clásicos del Pensamiento, España.
- Rousseau, Jean Jaque. (1998). "Discurso sobre las ciencias y las artes", Editorial Tecnos. Madrid, España.

- Rousseau, Jean Jacque (1995). “Ensayo sobre el origen de las lenguas”, Editorial Norma, Caracas, Venezuela.
- Ruggiero, Guido de (1972). “Historia del liberalismo europeo”, Editorial Austral. España.
- Ruiz, Juan., Sánchez, Esther. (2011). “El pluralismo jurídico en América Latina: del reconocimiento legal a la democracia intercultural”, en Encuentro internacional pluralismo jurídico en sociedades multiculturales, Lima. pp. 21-28. Disponible en: <http://www2.institut-gouvernance.org/docs/dossier-pluralisme-es-decembre-2011.pdf>
- Ruiz, Mario (2005). “El mito de la justicia: entre Dioses y Humanos”. Disponible en: <https://www.uv.es/cefd/11/ruiz.pdf>.
- Sally Falk Moore (1973) “Law and Social Change: The Semi-Autonomous Social Field as an Appropriate Object of Study”, en *Law and Society Review*, vol. 7, núm. 4, pp. 719-745.
- Sánchez Botero Esther (1999). “La jurisdicción especial indígena”, Procuraduría General de la Nación, Bogotá, Colombia.
- Sánchez Botero Esther (2005) “Reflexiones en torno de la jurisdicción especial indígena en Colombia”, en *Revista IIDH*, Vol. 41, pp. 225-250.
- Sánchez Botero, Esther (2006). “Entre el Juez Salomón y el dios Sira: decisiones interculturales e interés superior del niño”, Ed. Gente Nueva, Bogotá, Colombia.
- Sánchez, E. (2009). “La realización del pluralismo jurídico de tipo igualitario en Colombia”, en *Nueva antropología*, no. 22, pp. 16-21. Disponible en: http://www.scielo.org.mx/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0185-06362009000200003
- Santiago N, C. (1991). “Introducción al análisis del Derecho”, 4ta. Edición. Editorial Ariel, Barcelona, España.
- Santos, Boaventura de Sousa (1987). “Law: a map of misreading. Toward a postmodern conception of law”, en *Revista Derecho y Sociedad*, Volumen 14, N°3, pp. 279-302.
- Santos, Boaventura de Sousa. (2009). “Epistemología del sur”, Siglo XXI Editores, México.
- Saulière, S. (2011). “La constitución ecuatoriana del 2008: Resultados e Innovaciones”, en *Encuentro internacional pluralismo jurídico en sociedades multiculturales*, Lima. Perú.

Disponible en : http://www2.institut-gouvernance.org/IMG/pdf/sauliere-esp_chronq2009.pdf.

- Scott, Joan W. (1992). "Igualdad versus diferencia: Los usos de la teoría postestructuralista", *Debate Feminista*, año 3, núm. 5, pp. 87-107.
- Searle, Joan. (1969). "Actos de habla", Editorial Cátedra, Madrid, España.
- Serrano, S., Over (2015). "Un diálogo en torno a la crisis del positivismo jurídico y el resurgir del pluralismo jurídico", en *Misión Jurídica. Revista de Derecho y Ciencias Sociales*, no. 3, pp. 171-187.
- Sierra, María Teresa y Chenaut Victoria (2002). "Los debates recientes y actuales en la antropología jurídica: Las corrientes anglosajonas". En Krot, Esteban (editor) "Antropología jurídica: Perspectivas socio culturales en el estudio del derecho", Editorial Antrophos, Barcelona, pp. 113-118.
- Soriano, R. (1997). "Sociología del Derecho". Editorial Ariel, Barcelona, España.
- Sosa, Arturo. (1978). "Formación y Crisis de la Sociedad Colonial (1948-1830)", Centro Gumilla, Caracas, Venezuela.
- Sousa Jr, JG y otros. (2008). "Introdução Crítica ao Direito à Saúde", en *Série O Direito Achado na Rua*, vol. 4. Brasília.
- Sousa Jr. JG. (2019). "O Direito Achado na Rua: condições sociais e fundamentos teóricos", en *Direito Práx.*, V.10, N.4. Rio de Janeiro, Brasil. pp. 2776-2817.
- Stavenhagen, Rodolfo (2008). "Los derechos de los pueblos indígenas: desafíos y problemas", Ponencia presentada en el XXVI Curso Interdisciplinario en Derechos Humanos, Instituto Interamericano de Derechos Humanos, San José, Costa Rica, 18 al 29 de agosto.
- Stavenhagen, Rodolfo (2010). "Guía de las minorías étnicas", en *CLACSO*, Buenos Aires, Argentina.
- Stavenhagen, Rodolfo., Iturralde Diego. (1990). "Entre la ley y la costumbre. El derecho consuetudinario indígena en América Latina", Ed. Instituto Indigenista Interamericano e Instituto Interamericano de Derechos Humanos, México.

- Susana Schkolnik y Fabiana Del Popolo (2005). “Los censos y los pueblos indígenas en América Latina: una metodología regional”, en *Revista Símbolo, Notas de Población*, No.79. pp. 101-132
- Tapia León, Miguel Antonio (2016). “Mecanismos de cooperación y coordinación entre justicia ordinaria y justicia indígena”, Tesis Magister. Universidad Andina Simón Bolívar Sede Ecuador.
- Tapia, Luis. (2002). “La velocidad del pluralismo: ensayo sobre tiempo y democracia”, Muela del diablo editores, La Paz, Bolivia.
- Taylor, Charles. (2001). “El multiculturalismo y" la política del reconocimiento”. Fondo de cultura económica, México.
- Torres Nafarrete, Javier, (1997). “Lineamientos para la comprensión de un nuevo concepto de sistema (La perspectiva de Niklas Luhmann)”, en Conferencia La epistemología genética y la ciencia contemporánea. Homenaje a Jean Piaget en su centenario, Ed. Gedisa, pp. 185-202.
- Treves, Renato y otros (1995) "Sociologie du droit", Presses universitaires de France, Paris, Francia.
- Uzcátegui U, M. (2003). “Principios generales del Derecho”, Ediciones del Vice-rectorado Académico, Universidad de Los Andes, Mérida, Venezuela.
- Van de Kerchove, Michael y otros (1997). “El sistema jurídico entre orden y desorden”, Universidad Complutense de Madrid, España,
- Vanderlinden, Jacques (1993). “Vers une nouvelle conception du pluralisme juridique”, *Revue de la Recherche Juridique*, núm. 2, pp. 572-585.
- Vergara, Alejandro. (2003). “Medición de la calidad de las publicaciones jurídicas chilenas”, en *Revista Chilena de Derecho*, Vol. 30 N°3, pp. 427 – 432.
- Víctor Sevilla (1997). “El régimen de excepción y los derechos humanos indígenas”. Editorial Buchivacoa, Caracas. Venezuela.
- Villoro, L. (1998). “Estado plural, pluralidad de culturas”. Editorial Paidós, México.

Vintimilla Saldaña, Jaime (2012) “Ley Orgánica de Cooperación y Coordinación entre la Justicia Indígena y la Jurisdicción Ordinaria Ecuatoriana: ¿Un mandato constitucional necesario o una norma que limita a los sistemas de justicia indígena?”, Biblioteca Cevallos, Quito, Ecuador. Disponible en:

<https://centroderecursos.cultura.pe/sites/default/files/rb/pdf/Ley%20organica%20de%20cooperacion%20y%20coordinacion%20entre%20la%20justicia%20indigena%20y%20la%20jurisdiccion%20ordinaria.pdf>.

Vladimir Aguilar (2010). “La cuestión indígena en Venezuela a partir de 1999.” *Periódico digital Aporrea*. Disponible en: <https://www.aporrea.org/>

Vladimir Aguilar Castro (2019) “Resistencias Indígenas y Disidencias Jurídicas” en Venezuela, Fundación Buría. Disponible en:

<https://www.ohchr.org/Documents/Issues/IPeoples/EMRIP/RightToLand/Aguilar2019ResistenciasIndigenas.pdf>.

Wade, Peter. (2011). “Raza y naturaleza humana”, en *Tabula Rasa*, núm. 4, enero-junio, pp. 205-226;

Walsh, Catherine (2009). “Interculturalidad, Estado, Sociedad. Luchas (de) coloniales de nuestra época”, en *Abya Yala*, Universidad Andina Simón Bolívar, Quito, Ecuador.

Walsh, Catherine y otros (2006). “Interculturalidad, descolonización del Estado y del conocimiento”, Ediciones del Signo, Buenos Aires, Argentina.

Walzer, Michael (2001). “Las esferas de la justicia: una defensa al pluralismo y la igualdad”, 2da edición, Fondo de Cultura Económica, México.

Warman, Arturo (2003). “Los indios mexicanos en el umbral del milenio”, Fondo de Cultura Económica, México.

Wolkmer Antonio Carlos (2006), “Pluralismo jurídico. Fundamentos de una nueva cultura del derecho”, Editorial MAD, Sevilla, España.

Wolkmer, Antonio Carlos (2003). “Pluralismo jurídico: nuevo marco emancipatorio en América Latina”, en “Derecho y Sociedad en América Latina”, Editorial Ilsa, Bogotá, pp. 247-259.

- Wolkmer, Antonio. (1991). "Pluralismo jurídico, movimientos sociales y prácticas alternativas". En *Revista El otro derecho*, N° 7, Instituto Latinoamericano de Servicios Legales Alternativos, Bogotá, Colombia, pp. 81.
- Wolkmer, Antonio. (2001). "Pluralismo jurídico - Fundamentos de una nueva cultura en el Derecho", Tercera Edición, Ed. Alfa Omega, San Pablo, Brasil.
- Wolkmer, Antonio. (2003). "Introducción al pensamiento jurídico crítico". Instituto Latinoamericano de Servicios Legales Alternativos, Bogotá, Colombia. Disponible en: http://www.ilsa.org.co/biblioteca/EnClaveSur/EnclaveSur_4/En_clave_sur_4.pdf.
- Yrigoyen F. Raquel (2004). "Pluralismo jurídico, derecho indígena y jurisdicción especial en los países andinos", en *El Otro Derecho*, número 30. Junio de. ILSA, Bogotá. pp. 171-195.
- Yrigoyen Fajardo, R. (1999). "Pautas de coordinación entre el derecho indígena y el derecho estatal", Editorial Fundación Myrna Mack, Guatemala.
- Yrigoyen Fajardo, R. (2004). "Legal pluralism, indigenous law, and the Special Jurisdiction in the Andean Countries", en *Beyond law*, N° 27, pp. 32-49.
- Yrigoyen, F. Raquel (2011). "El horizonte del constitucionalismo pluralista: del multiculturalismo a la descolonización". En Rodríguez, C. (Coord.) (2011). "El derecho en América Latina. Un mapa para el pensamiento jurídico del Siglo XXI", Siglo XXI Editores, Buenos Aires. pp. 139-159.
- Yrigoyen, Raquel, (2006) Hitos del reconocimiento del Pluralismo Jurídico y el Derecho Indígena en las políticas indigenistas y el constitucionalismo andino". En Berraondo, Mikel (coordinador), "Pueblos Indígenas y derechos humanos". Universidad de Deusto, Bilbao, pp. 537-567
- Yrigoyen. Fajardo, Raquel (2017). ABC5. ¿Qué es el pluralismo jurídico igualitario? En *Revista Alertanet*, Disponible en: <http://www.derechoysociedad.org/IIDS/Publicaciones/2017/ABC-5-pluralismo.pdf>.
- Zambrano, Carlos Vladimir (2008) "Afrontamiento intercultural para la coordinación jurisdiccional con pueblos indígenas colombianos", en *Iconos. Revista de Ciencias Sociales*, Facultad Latinoamericana de Ciencias Sociales-Sede Académica de Ecuador., Num. 31, mayo 2008, Quito, Ecuador. pp. 71-85.

Legislación

Constitución de la República de Colombia. Diario Oficial de la República de Colombia, 4 de julio de 1991.

Constitución de la República de Ecuador. Registro Oficial 449, Suplemento, 20 de octubre de 2008.

Constitución Federal de Venezuela de Venezuela” disponible en: *www. Cervantesvirtual.com*

Constitución Política del Estado Plurinacional de Bolivia. Gaceta Oficial del Estado Plurinacional de Bolivia, 7 de febrero de 2009

Constitución Política del Perú. 1 de enero de 1994.

La Constitución de La República Bolivariana de Venezuela de 1999” con la Enmienda N° 1 aprobada por el Pueblo Soberano, mediante Referendo Constitucional, a los quince días del mes de febrero de dos mil nueve. Año 198° de la Independencia, 149° de la Federación y 11° de la Revolución Bolivariana. Disponible en: www.asambleanacional.gob.ve .

La Constitución de los Estados Unidos de Venezuela de 1947, Disponible en: <http://americo.usal.es/oir/legislatina/normasyreglamentos/constituciones/Venezuela1961.pdf>

Ley N° 19.253, Establece Normas de protección, fomento y desarrollo de los indígenas, y crea la Corporación Nacional del Desarrollo Indígena, 1993, Chile.