

ABC 5. ¿QUÉ ES EL PLURALISMO JURÍDICO IGUALITARIO?

Escribe: **Raquel Z. Yrigoyen Fajardo**¹



Encuentro entre el Poder Judicial y Pueblos Originarios y Afrodescendientes. En la foto: Representantes de los pueblos originarios y afrodescendientes; Duberlí Rodríguez Tineo, presidente del Poder Judicial; y equipo del Instituto Internacional de Derecho y Sociedad. (23 de febrero de 2017) / Créditos: Archivo fotográfico del IIDS

El tema en cuestión

Un tema vigente de la agenda nacional e internacional es el de la justicia indígena y el pluralismo jurídico. Así, por ejemplo, en Guatemala, se debate una propuesta de reforma constitucional que plantea el reconocimiento de la jurisdicción indígena, con grandes resistencias desde el sector empresarial, que plantea mantener el monismo jurídico². Y, en el Perú, donde la jurisdicción indígena ya está reconocida en la Constitución, sin embargo, se han presentado proyectos de ley que buscan limitar sus competencias, poniendo en cuestión los alcances del reconocimiento del pluralismo jurídico.

Esto nos muestra que el tema del respeto y reconocimiento de la jurisdicción indígena y el pluralismo jurídico es harto polémico, pues pone en cuestión la idea del Estado y el

¹ Abogada (PUCP) peruana, con Máster y Doctorado en Derecho (Universidad de Barcelona), y Especialización en Derecho Consuetudinario indígena (UNAM-USAC); miembro fundador del Instituto Internacional de Derecho y Sociedad-IIDS (www.derechoysociedad.org).

² Noticia que da cuenta del debate sobre la reforma constitucional en Guatemala: El Periódico (Guatemala): *Jurisdicción Indígena, la excusa para no aprobar las reformas constitucionales*.

Consulta: 20 de marzo de 2017

<http://elperiodico.com.gt/pais/2017/02/16/nota-11-8/>

derecho, y cómo deben ser las relaciones entre los pueblos y el Estado. Para analizar mejor este tema, veremos primero qué significan algunos términos como sistema jurídico, monismo y pluralismo jurídico. Y, luego, cuáles son los asuntos en debate actual para la vigencia plena de los derechos de los pueblos indígenas.

¿Qué es un sistema jurídico?

Un sistema jurídico es un sistema de normas, valores, instituciones, que sirve a un grupo humano para regular la vida social, organizar el orden y resolver conflictos, y que tiene algún grado de legitimidad y eficacia.³ 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.⁴ 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 a sus necesidades sociales y marco cultural, pues sino, 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*.

¿Qué es el monismo jurídico?

El monismo Jurídico es una teoría y una política que sólo admite un sistema jurídico dentro de un Estado. Históricamente, el monismo jurídico se instaura en Latinoamérica desde el s. XIX, cuando se constituyen los Estados-nación Latinoamericanos. Las Constituciones definieron que en el Estado sólo hay un pueblo, una cultura, un idioma y una religión oficial; que en el Estado sólo rige un sistema jurídico y que ley general rige para todos por igual.

El monismo jurídico plantea que Estado es el único que tiene el monopolio de la violencia legítima o coerción y lo ejerce a través de tres poderes. El Poder Legislativo tiene la potestad de dar las leyes generales. El Poder Ejecutivo tiene la potestad para gobernar y aplicar las leyes. Y, el Poder Judicial tiene la potestad exclusiva de administrar justicia. Esto es, que nadie diferente a los jueces nombrados por el Estado puede resolver conflictos ni hacer uso de la coerción. Y si lo hace, puede constituir delito de usurpación de funciones. La consecuencia política del monismo jurídico es la represión de las personas que, sin ser reconocidas como autoridades, administran justicia o ejercen alguna forma de coerción.

En un contexto de monismo jurídico, cuando alguien plantea que la Constitución debe reconocer la justicia indígena, esto causa polémica. Y esto es lo que pasa en países como Guatemala actualmente.

³ Concepto tomado de: Yrigoyen Fajardo, Raquel (1999): Pautas de coordinación entre el derecho indígena y el derecho estatal. Guatemala: Fundación Myrna Mack.

⁴ Kelsen, Hans (1997): Teoría Pura del Derecho. Buenos Aires: Editorial Universitaria de Buenos Aires, 3ra edición. (Obra original publicada en 1960)

¿Qué es el Pluralismo Jurídico?

Primero vamos a distinguir entre «pluralidad» y «pluralismo».

Pluralidad es el hecho de la existencia de una diversidad de normas en un determinado espacio geopolítico. Así, por ejemplo, si bien las Constituciones desde el s. XIX establecen el monismo cultural, lingüístico y jurídico, la realidad refleja una diversidad cultural, lingüística e, incluso normativa. Ello se debe a varios factores, entre ellos, a la existencia de pueblos indígenas, los que mantienen y han recreado sus propias culturas, lenguas y sus sistemas de normas, autoridades y procedimientos.

También puede haber situaciones de pluralidad o coexistencia de sistemas de normas cuando, por ejemplo, se dan situaciones de invasión, colonización o rápida modernización, cuando junto al sistema normativo estatal «moderno» superviven sistemas de normas consuetudinarias de los pueblos. También se da una situación de pluralidad de normas por la presencia de corporaciones transnacionales que se rigen por la *lex mercatorum*.

El **Pluralismo Jurídico** es una teoría o una política que reconoce o admite la coexistencia de varios sistemas normativos dentro de un mismo espacio geopolítico, como señala Boaventura de Sousa Santos. Ello supone una política de reconocimiento de sistemas normativos de pueblos o colectivos, diferentes al Estado, con sus propias fuentes de producción de normas, valores, instituciones y procedimientos.

Las políticas de reconocimiento, sin embargo, no son iguales. En era Colonial se dio una política de reconocimiento de carácter limitado o subordinado y, en la actualidad, las organizaciones indígenas demandan una política de pluralismo jurídico igualitario.

Política de Pluralismo jurídico colonial o subordinado.

Luego de la primera invasión europea en el s. XVI, los conquistadores se apropiaron de las tierras y esclavizaron a los, desde entonces, llamados «indios», lo que dio lugar a una resistencia indígena, pero también a un cuestionamiento interno. No era conveniente para la Corona que los «indios» tuvieran condición de esclavos porque no podían tributar. Entonces, los declaró «vasallos libres» y estableció que las tierras de «pueblos de indios» estuvieran reservados para ellos. Dentro de los *pueblos de indios*, las Leyes de Indias reconocieron un sistema que podemos considerar de «pluralismo jurídico subordinado o colonial».

En el modelo de Pluralismo jurídico subordinado o Colonial, la Corona reconoció:

- a) autoridades indígenas, con funciones y títulos definidos por la Corona. Así, los/as curacas o caciques indígenas, para que pudieran regir dentro de los *pueblos de indios* tenían que tener títulos reconocidos por la Corona. Esto es, su fuente de legitimación no era meramente interna sino externa, colonial. Y sus funciones también estaban definidas en función de los intereses coloniales: organizar la mita, cobrar el tributo y garantizar la evangelización. Por supuesto, también tenían funciones propias, pero dentro de un marco colonial.
- b) Normas propias limitadas. La Ley de Carlos V de 1555 reconoció y estableció que «se guarden y executen las leyes que, antiguamente, tenían los *indios* para

su buen gobierno y policía». Sin embargo, después de ser cristianos —esto es, después de ser colonizados—, ya no les reconoce «leyes», sino tan sólo «usos y costumbres» que «no se encuentren con la sagrada religión ni con las leyes de este libro». Es decir, si bien la Corona reconoce el sistema normativo indígena, éste queda limitado por la religión y leyes coloniales.

- c) Jurisdicción civil y criminal de caciques o curacas. Las Leyes de Indias reconocieron «la jurisdicción de los caciques en los *indios* de sus pueblos», la cual no se podía entender en causas que tenían penas graves, la cual quedaba reservada para las audiencias. Es decir, en cuanto a la competencia personal, la jurisdicción o fuero indígena sólo era competente respecto de *indios del común*, pero no podía alcanzar a españoles, así éstos entrasen a los *pueblos de indios* a hacer fechorías, pues eran los colonizadores. En cuanto a la competencia material, la jurisdicción indígena podía resolver causas civiles y criminales, pero sólo de baja monta o casos que ameritaban penas leves, respectivamente. La potestad de aplicar penas graves quedaba reservada al poder colonial. Y la desobediencia de estas reglas era severamente punida.

En síntesis, desde los procesos de invasión europeos, los pueblos originarios perdieron su autarquía y quedaron bajo relaciones de subordinación política, explotación económica y dependencia. Por ello, sus culturas pasaron a ser inferiorizadas, al igual que sus sistemas de normas y valores. La política de reconocimiento colonial de las autoridades, normas y la jurisdicción civil y criminal de los *pueblos de indios* fue limitada y subordinada a los intereses económicos y valores culturales de los colonizadores, así como a sus necesidades prácticas de gobierno local.

Política de Pluralismo Jurídico Igualitario

A lo largo de la historia, los pueblos indígenas se han rebelado frente al expolio de sus recursos y la opresión, y han desarrollado distintas estrategias para recuperar su libertad, autonomía y territorios frente a la primera invasión de sus territorios en el s. XVI, la segunda invasión en el s. XIX, cuando se fundaron las repúblicas latinoamericanas, y la tercera invasión, a partir de los ochentas del s. XX, con las políticas del Consenso de Washington que desmontaron las reformas sociales y agrarias del s. XX. Y, actualmente plantean un pluralismo jurídico igualitario.

El Pluralismo Jurídico Igualitario parte de presupuestos distintos al pluralismo colonial, y tiene distintas consecuencias.

- a) En primer lugar, se basa en el principio de la igual dignidad de pueblos y culturas. Es decir, que no hay pueblos o culturas superiores ni inferiores, ni sometidas a una relación de subordinación o dominación, como acontecía en era colonial. Al no haber pueblos o culturas superiores, el Estado se obliga al respeto y garantía de dicha igual dignidad. En ese sentido, el reconocimiento de los sistemas jurídicos indígenas no se da desde los parámetros limitantes de una sola cultura o pueblo y ninguna cultura tiene autoridad para imponer restricciones a la otra desde su propio parámetro. Durante los ochentas del s. XX, varias Constituciones empezaron a reconocer el derecho a la identidad y diversidad étnico-cultural, rompiendo el monoculturalismo del s. XIX y la

herencia colonial de la superioridad de la cultura occidental sobre las indígenas; y la supuesta superioridad étnico-racial de los caucásicos sobre los indoamericanos y afrodescendientes.

- b) El Pluralismo jurídico igualitario lleva, necesariamente, a procesos de descolonización de las relaciones de superioridad/inferioridad entre pueblos y culturas, y entre el Estado y los pueblos originarios. La descolonización de las relaciones entre el Estado y los pueblos alcanza los distintos campos de la opresión de herencia colonial: la idea 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. Esto ha terminado y normativamente se consagra en instrumentos internacionales y normas constitucionales que reconocen la autonomía y la propiedad territorial originaria indígena. El Convenio 169 de la OIT sobre pueblos indígenas y tribales en países independientes establece que el Estado debe respetar las prioridades de desarrollo definidas por los pueblos (art. 7). Y la Declaración de Naciones Unidas sobre los Derechos de los Pueblos Indígenas claramente busca terminar con las «injusticias históricas» y reconoce la libre determinación, autonomía y autogobierno de los pueblos (artículos 3 y 4), y su derecho a participar, si así lo desean, en la vida nacional (art. 5).
- c) El Pluralismo Jurídico Igualitario supone que los pueblos tienen «control sobre sus formas de vida e instituciones», como reconoce el Convenio 169 de la OIT, por lo que son quienes: (1) establecen sus instituciones o sistemas de autoridades sin injerencia externa; (2) establecen sus normas propias o derecho consuetudinario; (3) ejercen de forma autónoma sus funciones jurisdiccionales.
- d) En cuanto a las competencias de la jurisdicción indígena, las mismas están en función de su propio derecho y necesidades sociales y culturales, por lo que no pueden tener límites neocoloniales que ni siquiera están en la Constitución o el derecho constitucional. Así, (1) la jurisdicción indígena tiene competencia personal respecto de cualquier persona que ingresa dentro de su ámbito territorial (Constitución del Perú, art. 149); o entre indígenas fuera de dicho ámbito (Convenio 169 de la OIT, art. 9,2); y (2) No tiene límites a la competencia material, ni en cuanto a las materias, cuantía o gravedad de hechos, pues se rige por su propio derecho.
- e) El Pluralismo Jurídico Igualitario se basa en un Pacto entre Pueblos y en el diálogo intercultural para definir los derechos humanos y otros (como los de la Madre Tierra) que deben respetar todos los pueblos y el Estado; para establecer procedimientos de resolución de posibles violaciones de derechos humanos imputados a la jurisdicción indígena, a fin de maximizar derechos colectivos e individuales; y establecer mecanismos de coordinación permanentes.

Un caso en debate

En el Perú, la Constitución de 1993, como otras constituciones latinoamericanas, ha reconocido la pluralidad étnico-cultural, lingüística y jurídica⁵. El art. 149 de la Constitución reconoce la llamada «jurisdicción especial», ejercida por los pueblos originarios, a la par que la «jurisdicción ordinaria», ejercida por el Poder Judicial. Ello legitima constitucionalmente las «funciones jurisdiccionales» de las autoridades de pueblos originarios (comunidades campesinas, comunidades nativas y rondas campesinas), dentro de su ámbito territorial, de conformidad con su propio derecho consuetudinario, con el único límite de no violar los derechos de la persona. La Constitución dispone que haya una «Ley de Coordinación» entre la jurisdicción especial y la ordinaria. En la actualidad, hay una nueva propuesta de ley de desarrollo constitucional al respecto. Como en otros países de la región, los diversos proyectos presentados al respecto, más que centrarse en los mecanismos de coordinación, han puesto en cuestión el alcance de las competencias de la jurisdicción especial o indígena.

- De un lado, parte de la clase política y de la comunidad jurídica, postulan que la Ley debe poner límites a las competencias de las autoridades indígenas, así la Constitución no lo mencione. ¿Cuál es el argumento? Que la justicia indígena no tiene capacidad para conocer casos graves ni de personas que no son indígenas, las que se verían afectadas con la aplicación de un derecho que no conocen ni es parte de su cultura. Por lo tanto, la Ley debe negar a la jurisdicción indígena competencia respecto de casos graves como homicidios, violencia contra las mujeres, delitos contra el Estado o crimen organizado. Y, además, debe limitar la competencia personal respecto de personas no indígenas, salvo que éstas, voluntariamente, lo acepten.
- De otro lado, las organizaciones indígenas (comuneras, campesinas, rondas, nativas) y una parte de la academia, señalan que, en la vida real, la justicia indígena resuelve todo tipo de problemas, incluyendo casos graves, y respecto de cualquier persona; y, además, la Constitución no ha puesto límites a las materias ni casos que pueden conocer. Por lo tanto, la Ley de Coordinación debe servir para establecer mecanismos, como su nombre lo dice, para «coordinar entre jurisdicciones de igual jerarquía», pero no para imponer a la jurisdicción indígena límites de materia, cuantía o persona, que no están en la Constitución. Al hacerlo, las autoridades indígenas serían perseguidas nuevamente por «usurpación de funciones» y el reconocimiento constitucional se vaciaría de sentido.

En el Perú, organizaciones indígenas y afrodescendientes han planteado al Poder Judicial y demás instancias del Estado un «Pacto por un Pluralismo Jurídico Igualitario y la efectividad de los derechos».⁶ Como primera respuesta, el Presidente del Poder

⁵ Yrigoyen Fajardo, Raquel (2002): La otra justicia, ILSA

⁶ ORGANIZACIONES INDÍGENAS NACIONALES Y AFRODESCENDIENTES (Pacto de Unidad de Organizaciones Indígenas Nacionales, FENAP, Comunidad Nativa Tres Islas, Consejo Nacional Afrodescendiente, ASHANTI-Perú, IIDS). Pacto Interjurisdiccional por el Pluralismo Jurídico Igualitario y la Efectividad de los Derechos de los Pueblos Originarios y Afrodescendientes. Lima: Carta presentada al Presidente del Poder Judicial el 23 de febrero de 2017.

Judicial ha abierto sus puertas a un diálogo «entre iguales» y, por primera vez, han ingresado por la puerta grande del Palacio de Justicia autoridades indígenas y afrodescendientes.⁷ Esperamos que se inicie así un camino para una política de pluralismo jurídico igualitario. Para empezar, hay muchos retos internos por superar.

⁷ Poder Judicial del Perú: *Poder Judicial compromete trabajo coordinado por derechos de pueblos indígenas y afro*. Consulta: 20 de marzo de 2017

<https://www.facebook.com/notes/poder-judicial-del-per%C3%BA-corte-suprema-de-justicia/poder-judicial-compromete-trabajo-coordinado-por-derechos-de-pueblos-ind%C3%ADgenas-y/1331360756926087>

Alertanet: *Encuentro Histórico entre el Poder Judicial y los Pueblos Indígenas Afrodescendientes, hacia un pacto por el Pluralismo Jurídico Igualitario y la efectividad de los derechos*. Consulta: 20 de marzo de 2017

<https://alertanetiids.lamula.pe/2017/02/23/encuentro-historico-entre-el-poder-judicial-y-los-pueblos-originarios-y-afrodescendientes-hacia-un-pacto-por-el-pluralismo-igualitario-y-la-efectividad-de-los-derechos/alertanet/>

**PACTO INTERJURISDICCIONAL
POR EL PLURALISMO JURÍDICO IGUALITARIO Y LA EFECTIVIDAD DE LOS DERECHOS DE
LOS PUEBLOS ORIGINARIOS Y AFRODESCENDIENTES**

Por medio del presente, representantes de Organizaciones de Pueblos Indígenas y Afrodescendientes, autoridades de la «jurisdicción especial», de un lado, y, del otro, el Presidente del Poder Judicial, máximo representante de la «jurisdicción ordinaria», con la asistencia técnica del Instituto Internacional de Derecho y Sociedad-IIDS, suscriben un «Pacto Interjurisdiccional por el Pluralismo Jurídico Igualitario y la Efectividad de los Derechos de los Pueblos Originarios y Afrodescendientes», con el objetivo de inaugurar una nueva relación entre los pueblos y el Estado, basado en la igual dignidad de los pueblos, culturas y personas.

1. **Dar cumplimiento pronto y efectivo a los derechos** de los pueblos indígenas y afrodescendientes; los que constituyen derechos intrínsecos y además están reconocidos en la Constitución y el derecho internacional de los derechos humanos, según los más altos estándares.
2. **Fortalecer la Jurisdicción Originaria o Especial**, sus autoridades, derecho propio y potestades jurisdiccionales; así como el respeto y cumplimiento de sus decisiones, las que son legítimas y tienen igual valor, eficacia y obligatoriedad que las decisiones de la jurisdicción ordinaria.
3. **Instalar Mecanismos de Coordinación Interjurisdiccional**, entre la jurisdicción originaria o especial y la jurisdicción ordinaria, bajo el **principio de paridad** entre jurisdicciones, sin subordinación ni limitaciones no autorizadas por el art. 149 de la Constitución; para facilitar la cooperación entre ambas jurisdicciones, la resolución de conflictos de competencia, y evitar la criminalización arbitraria.
4. Identificar y establecer medidas para **dar fin a prácticas de persecución arbitraria** de autoridades o miembros de pueblos originarios por practicar su cultura o normas propias, ejercer funciones jurisdiccionales o defender sus derechos.
5. **Fortalecer la interculturalidad y el multilingüismo** en la justicia, en los casos de competencia de la jurisdicción ordinaria; así como los espacios de intercambio y formación mixta entre las autoridades de ambas jurisdicciones.

Las partes queremos construir un Estado Plural de derecho, que respete, valore y garantice la diversidad; que repare las injusticias históricas y contemporáneas; y termine la exclusión y discriminación que afecta a los pueblos indígenas y afrodescendientes, y sus miembros.