



Artículo de revisión

La administración de justicia intercultural en el marco del nuevo constitucionalismo latinoamericano: el papel de las pericias jurídico antropológicas

The administration of intercultural justice in the context of latinamerican neo-constitutionalism: the role of legal-antropological expertise

Ñeñangarekopy justicia intercultural rehegua, ojehecha léi guasu kuéra tetã nguéra latinoamericape: pericias jurídico – antropológicas rembiapo teerã

*Silvia Maria da Silveira Loureiro**

Universidad del Estado de Amazonas-UEA

*Marcelo Phillipe Aguiar Martins ***

Universidad del Estado de Amazonas-UEA

*Caio Henrique Faustino da Silva ****

Universidad del Estado de Amazonas-UEA

Recibido: 16.06.17 - Aprobado: 11.08.17

* Silvia Maria da Silveira Loureiro. Docente PPGDA, Universidad del Estado de Amazonas. Brasil Email: silviamsloureiro@gmail.com Doctora en Derecho por la Pontificia Universidad Católica de Río de Janeiro; Master en Derecho por la Universidad de Brasilia; Profesora del Programa de Pos-Grado en Derecho Ambiental – PPGDA y del curso de Graduación en Derecho de la Escuela Superior de Ciencias Sociales de la Universidad del Estado de Amazonas en las áreas de Derecho Constitucional y Derecho Internacional.

** Marcelo Phillipe Aguiar Martins. Discente PPGDA, Universidad del Estado de Amazonas-UEA. Brasil. Email: marcellophillipeuea@gmail.com. Académico del Curso de Maestría del Programa de Pos-Grado en Derecho Ambiental de la Universidad del Estado de Amazonas – UEA. Bachellor en Derecho por la Universidad del Norte – UNINORTE, Miembro de la Clínica de Derechos Humanos y Derecho Ambiental – CDHDA.

*** Caio Henrique Faustino da Silva, Discente. Universidad del Estado de Amazonas-UEA. Brasil. Email: chfsilva.ch@gmail.com. Académico del 10° periodo del Curso de Bachellor en Derecho por la Universidad del Estado de Amazonas – UEA. Becario del Programa de Iniciación científica de la UEA. Miembro de la Clínica de Derechos Humanos y Derecho Ambiental – CDHDA.



Resumen

Desde el inicio del siglo XX, el discurso del Derecho Internacional de los Derechos Humanos vive un proceso de desarrollo y consolidación. En ese contexto, siguieron muchos movimientos de grupos vulnerables a fin de ver reconocidos, en el marco de los derechos humanos, sus prácticas socioculturales cotidianas. Se vio la lucha de los pueblos indígenas y el apoderamiento del discurso de los derechos humanos a nivel global, regional y nacional, lo que culminó en importantes documentos internacionales reconociendo y declarando los derechos de estos pueblos. Sin embargo, el reconocimiento de estos derechos no se ha desarrollado de la misma forma en todos los países y regiones del mundo. Por lo tanto, teniendo como punto de partida la experiencia del nuevo constitucionalismo latinoamericano, el presente estudio ha procedido a una revisión bibliográfica y documental sobre el nuevo constitucionalismo latinoamericano como sistema abierto para la incorporación de derechos humanos de las personas y pueblos indígenas, sus ciclos y las principales experiencias constitucionales recientes en el continente. Después, ha sido discutido el papel de las pericias jurídico-antropológicas en pro de una administración de justicia intercultural. Todo esto, a fin de evidenciar los avances y desafíos enfrentados en materia de derechos humanos y la autodeterminación de los pueblos.

Abstract

Since the early part of the 22 nd century, the discourse on issues of international law and human rights, experienced a process of development and consolidation. In this context, several movements of vulnerable groups emerge, with the aim of having their daily sociocultural practices recognised, within the framework of human rights. The fight of indigenous people, as well as the empowerment of the human rights discourse at a national, regional and international level, lead to important international documents that recognise and declare the rights of these peoples. Nevertheless, the recognition of these rights has not been developed



to the same extend in many countries and regions of the world. Therefore, and taking as a departure point, the new latinamerican constitutionalism, the present paper conducted a documentary and bibliographic review of the new latinamerican constitutionalism as an open system for the incorporation of these indigenous peoples, human rights, as well as their cycles and the main recent constitutional experiences in the continent. Afterwards, this research analyses the role of legal-antropological expertise in pursuit of an administration of intercultural justice. All this, in order to highlight the advances and challenges in terms of human rights and self-determination of the peoples.

Ñembyapu'a

Oñepyrũ guive siglo XX, oñeñe'ëve Derécho internacionalpe Yypóra Deréchore ha péicha ko mba'e oikove, okakuaa ha oñemombarete. Kóva oiko kuri oñepyrũ rupi heta tapicha aty ikangymíva ojoajupa ojuehe ojehechauka haguã hemikotevẽ yvypórakuéra deréchore, oñemomba'e haguã heko tee kuéra oja póva ára ha ára. Ojehecha oñeñanduka indígena kuéra reko, oñemomba'e hikuái yvypóra derécho rembipotäre, tuichaháicha, regiónháicha ha tetãpyháicha, ha péicha oñemboguapy kuatiäre heteiterei documento internacional ojehechakuaahápe ha oje'ehápe ko'ã teko kuéra ideréchoha avei. Ko jehechakuaa maymave teko kuéra derécho katu naipeteĩchai ete voi hetã tetãme ko yvy apére. Upévare, ojejesarekóvo ko'ã léi pyahu kuéra oje hai va'ekue latinoaméricape, ko tembiapópe ojejuhu oje hapykuere reka hague umi oje hai va'ekue guive kóvare, umi documento kuéra osẽ va'ekue léi guasu kuérape tetã Américalatinape ohechakuaahápe pe isistémape yvypóra kuéra derecho rehegua, ha avei indígena kuéra derécho, hembiecha, ha hembiasa kuéra omoinge va'ekue léipe ramoite ramónte ko yvyguasú tuichaha javeve. Upéi katu heta oñehesa'ỹijo mba'emba'épa pe perito jurídico – antropológico rembiaporã tee ikatu haguãicha oñeñangareko hekoitépe oñeme'ẽ haguã pe tekojojarã teko kuérape guarã. Opaite ko'ã mba'e tekotevẽgui ojehecha mba'éichapa oñemboguata ha mba'épepa oñepa'ã ojejapo haguã hekoitépe yvypóra derécho ha taijeheguive indígena kuéra rekove.



Palabras clave: Derechos humanos, nuevo constitucionalismo latinoamericano, justicia intercultural, pericia jurídico-antropológica.

Keys word: Human rights, latinamerican neo-constitutionalism, intercultural justice, legal- anthropological expertise.

Ñe'ẽ rapotee: Yvypóra kuéra derécho, Lei Guasu Pyahu Latinoamérica mba'éva, justicia intercultural, pericias jurídico –antropológicas.

Introducción

A partir del marco histórico pos segunda guerra mundial, se inicia el proceso de elaboración y generalización de los instrumentos de protección internacional de los derechos humanos, comenzando por la Declaración Universal del 10 de diciembre de 1948. Se trata de la así llamada, por Cançado Trindade, fase legislativa de la incipiente rama de Derecho Internacional de los Derechos Humanos (1990)

Con la adopción de la declaración universal, el ser humano fue reconducido al centro del derecho internacional y la consagración de los derechos contenidos en él, de igual naturaleza e inalienable en todos los pueblos, no dependían más del reconocimiento por parte de la voluntad estatal pues éstos dependerían únicamente de la dignidad inherente a todos los miembros de la familia humana, resaltándose, por lo tanto, el carácter verdaderamente universal de la declaración (y no meramente voluntarista e interestatal).

Según Cançado Trindade, la Declaración Universal, marco normativo inaugural de la fase legislativa de derecho internacional de los derechos humanos, se tornó “...la fuente de inspiración y un punto de irradiación y convergencia...” (1997, pág. 43) de los instrumentos posteriores de derechos humanos, tanto en el ámbito global (como los dos Pactos de la Naciones Unidas), como regionales (convenciones: europea, americana y africana). Además, se multiplicaron los tratados internacionales especializados en temas sectoriales, igualmente presentes tanto en el plano global como regional. Nótese que tal movimiento de expansión



converge en un punto común en todos esos tratados: la Declaración Universal en sus preámbulos.

Por tanto, el parámetro de universalidad ética es, al mismo tiempo, la base jurídica de la entonces naciente rama del Derecho Internacional de los Derechos Humanos de la Declaración Universal proclamada por las Naciones Unidas en 1948¹, cuyos fundamentos filosóficos son legados de la tradición iluminista de los siglos XVII y XVIII, y de la triada del pensamiento de Locke, Hobbes y Rousseau. Esas concepciones filosóficas fueron plasmadas en las célebres cartas o declaraciones inglesa, americana y francesa de derechos del hombre. Estas fuentes normativas, a su vez, fueron reproducidas o expandidas en las constituciones escritas de los siglos XIX y XX de la mayor parte de las naciones que siguen la tradición jurídica occidental.

Si bien la Declaración Universal fue aprobada sin ningún voto en contra, fueron formuladas profundas críticas por parte de Estados que sustentaban la dificultad de aceptación de la declaración por estar ampliamente basada en patrones occidentales de cultura y religión (Sudáfrica, Arabia Saudí y Egipto) y/o por tratarse de un documento de arista marcadamente liberal e individualista (Bielorrusia, Polonia, Checoslovaquia, Ucrania, USSR, Yugoslavia).

Esas críticas pueden encontrar su razón de ser en los presupuestos filosóficos y religiosos y en las fuentes documentales utilizadas por los redactores de los más incipientes esbozos de la declaración. No obstante, como afirma Cançado Trindade, incluso sus críticos iniciales reconocen hoy que ésta “...alcanzó un determinado grado de universalidad que terminó siendo aceptada por seres humanos de todas las

¹ Adoptada por Resolución 217 A (III) de la Asamblea General de las Naciones Unidas del 10 de diciembre de 1948, tres años después de la aprobación de la Carta de las Naciones Unidas. Nótese que la Declaración Universal fue precedida pocos meses antes por la Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre, adoptada como Acto Final de la IX Conferencia Internacional Americana, en Bogotá del 30 de marzo al 2 de mayo de 1948 durante la cual había sido firmada la Carta de la Organización de los Estados Americanos (Tratado de Bogotá) manteniéndose las mismas líneas directrices teóricas entre las dos declaraciones.



civilizaciones y culturas...” (2003, pág. 307), incorporándose a las constituciones contemporáneas y a la práctica judicial de los tribunales nacionales en el mundo. Así, a pesar de la diversidad de convicciones y de culturas, la Declaración Universal se volvió posible, después de toda la propia declaración se erigió en un marco normativo en defensa de estas mismas distinciones y diversidades inherentes al género humano (Cançado Trindade, 2003 pág 307).

Además, según Cançado Trindade “...las culturas no son piedras en el camino de la universalidad de los derechos humanos, sino elementos esenciales al alcance de esta última...” (2003, pág. 335).

En este sentido, la Declaración y Programa de Acción de Viena de 1993 manifiesta:

Todos los derechos humanos son universales, indivisibles, interdependientes e interrelacionados. La comunidad internacional debe tratar los derechos humanos de forma global, justa y equitativa, en pos de la igualdad y con la misma importancia. Aunque las particularidades nacionales y regionales deben ser tomadas en consideración, así como diversos contextos históricos, culturales y religiosos, es deber de los Estados promover y proteger todos los derechos humanos y libertades fundamentales, sean cuales fueran sus sistemas políticos, económicos y culturales.

Así un balance histórico-normativo, en vísperas del 70° Aniversario de la Declaración Universal de 1948, no deja dudas de que la misma se convirtió en un instrumento vivo, capaz de reinterpretarse y resignificarse, inclusive pasando a integrarse en marcos normativos internacionales contemporáneos, tal como es el caso de los temas relacionados con el Derechos Internacional de los Pueblos Indígenas.

De hecho, como afirma Lilian Aponte Miranda (2008) en los primeros tiempos de la llamada Era de los Derechos Humanos, post 1948, las reivindicaciones de los pueblos indígenas fueron eludidas. Ni los derechos de las minorías, ni el



derecho a la autodeterminación de los pueblos fueron contemplados en los primeros instrumentos de derechos humanos, dado el tinte marcadamente individualista de sus normas y mecanismos de implementación (pág.426-427).

En la actualidad, no obstante, gracias a las luchas del movimiento indigenista global, que se apoderaron del discurso de los derechos humanos, existen tres importantes instrumentos internacionales sobre la temática indígena, que son: la Convención 169 de la Organización Internacional del Trabajo, en adelante OIT, la Declaración de las Naciones Unidas sobre los Derechos de los Pueblos Indígenas del año 2007 y la Declaración Americana sobre los Derechos de los Pueblos Indígenas del año 2016.

En esos tres instrumentos clave se nota la presencia de los dispositivos que salvaguardan la protección de los derechos humanos para todas las personas y pueblos indígenas, como por ejemplo, dispone el artículo 3° (1) de la pionera Convención 169 de la OIT: “Los pueblos indígenas y tribales deberán gozar plenamente de los derechos humanos y libertades fundamentales, sin obstáculos ni discriminación. Las disposiciones de esta Convención serán aplicadas sin discriminación a los hombres y mujeres de esos pueblos”.

En la Declaración de las Naciones Unidas sobre los Derechos de los Pueblos Indígenas consta, en su artículo 1°, a su vez:

Los indígenas tienen derecho, a título colectivo o individual, al pleno disfrute de todos los derechos humanos y libertades fundamentales reconocidos por la Carta de las Naciones Unidas, la Declaración Universal de los Derechos Humanos y el Derecho Internacional de los derechos humanos.

Ya la reciente Declaración Americana sobre los Derechos de los Pueblos Indígenas proclama, en su artículo V, la plena vigencia de los derechos humanos, afirmando lo siguiente:

Los pueblos y las personas indígenas tienen derecho al goce pleno de todos



los derechos humanos y libertades fundamentales, reconocidos en la Carta de las Naciones Unidas, la Carta de la Organización de los Estados Americanos y en el Derecho Internacional de los Derechos Humanos.

Luego de esa breve narrativa histórica, en que se procuró demostrar la interrelación de las bases jurídicas del Derecho Internacional de los Derechos Humanos con el reciente desenvolvimiento de la vertiente del Derecho Internacional de los Pueblos Indígenas, se puede concluir que existe, en términos generales, una coincidencia entre los temas globales de protección de los derechos humanos con el conjunto de temas más candentes de preocupación para la protección de los derechos humanos de las personas y pueblos indígenas.

Es innegable que por ejemplo, las pautas de luchas indígenas por la igualdad y no discriminación, reivindicación de territorios ancestrales y reconocimiento de autodeterminación están perfectamente basadas en principios y reglas consagrados ampliamente en el Derecho Internacional de los Derechos Humanos, sin embargo, no es menos cierto afirmar que pueden ocurrir casos de confrontación entre los paradigmas de universalidad ética de los derechos humanos y el derecho consuetudinario indígena, principalmente, cuando está en juego la tentativa de hacer prevalecer, prevalecer, ante los hechos de un caso concreto, la cultura nacional envolvente o la cosmovisión de los pueblos indígenas.

En ese sentido, el presente artículo examinará el importante papel que las pericias jurídico- antropológicas pueden desempeñar en la administración de una justicia verdaderamente intercultural, sobre todo, en países que integran el movimiento del nuevo constitucionalismo latinoamericano, en los cuales, dentro de sus constituciones son admitidos, en mayor o menor grado, elementos de derecho consuetudinario indígena y a su lado, la incorporación de principios y reglas provenientes del Derecho Internacional de los derechos humanos.¹

¹ Es interesante notar que la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos posee una rica y vasta experiencia de casos en que los jueces interamericanos se valen de pericias jurídico- antropológicas



Así, la propuesta del presente estudio es discutir cómo las pericias jurídico-antropológicas pueden ser herramientas colocadas a disposición de la justicia con un papel que va mucho más allá del ofrecimiento de un medio de prueba a través del parecer técnico de un especialista, pero como dice Pedro Ixchú García, puede servir como un puente que se extiende “...entre la forma de ver y entender la realidad del tribunal y de los pueblos indígenas...” (IIDH, 2010, pág. 51).

El nuevo constitucionalismo latinoamericano como sistema abierto para la incorporación de derechos humanos de las personas y pueblos indígenas.

Ante la crisis enfrentada por la noción de Estado de origen europeo, surge en América Latina un nuevo movimiento constitucional denominado Nuevo Constitucionalismo Democrático Latino Americano (o Andino), también llamado Constitucionalismo Pluralista o Plurinacional, en el cual vale destacar que:

Entre las tendencias e innovaciones introducidas por las recientes constituciones latinoamericanas, una de las más significativas es el pluralismo que apunta a una reapropiación del Estado Constitucional, repasando de forma crítica y creativa sus promesas no cumplidas y premisas no consideradas. (Melo, 2013, pág. 140).

En ese orden de ideas, existe una propuesta de nueva institucionalización del Estado, el llamado Estado plurinacional basado en nuevas autonomías, en el pluralismo jurídico, en un nuevo régimen político basado en la democracia intercultural y en nuevas individualidades particulares y colectivas.

La nueva fase, conocida también como constitucionalismo andino, posee textos constitucionales elaborados por asambleas constituyentes participativas, y posteriormente son objeto de aprobación popular por medio de referéndum. Las cartas constitucionales son más amplias, complejas y detalladas; radicadas en la realidad

para dilucidar mejor las circunstancias de facto, principalmente, en casos donde figuran como parte los pueblos indígenas y tribales.



histórico - cultural de cada país y, por lo tanto, declaradamente comprometidas con los procesos de descolonización. Al mismo tiempo, las nuevas constituciones conjugan la integración internacional al redescubrimiento de valores, tradiciones y estructuras locales peculiares y estimulan un nuevo modelo de integración latinoamericana de contenido marcadamente social que supera el aislamiento intercontinental de origen colonial y enfatiza la solidaridad en ese nuevo contexto de integración. (Melo, 2013, pág. 144).

El Nuevo Constitucionalismo Latinoamericano o Andino, va más allá del constitucionalismo de mitad del siglo XX, pues reconoce los pueblos y sus diferentes culturas, así como la diferencia entre ellas, buscando protegerlas. Pretende, en igual medida, discutir y promover mecanismos para una autonomía política junto con el reconocimiento de las reglas de convivencia y de su carácter normativo, de la misma forma que las normas emanadas del Estado. Dicho fenómeno está orientado por la idea del pluralismo jurídico, en el cual existen conjuntos de normas derivadas de diferentes entes (por el Estado y demás grupos socioculturales) que contienen el mismo valor normativo.

Por esas razones, el movimiento del Nuevo Constitucionalismo Latinoamericano es particularmente importante para la afirmación de los derechos de personas, en especial de los pueblos indígenas en el continente. En ese sentido, el modelo teórico de horizontes constitucionales elaborado por Raquel Z. Yrigoyen Fajardo (2011) es bastante ilustrativo, pues posibilita un examen sistemático de las etapas que atraviesan las diversas constituciones latinoamericanas rumbo a la concretización de un proyecto descolonizador. La autora concibe los horizontes constitucionales en tres paradigmas distintos, a saber: el liberal unitario del siglo XIX; el social integracionista del siglo XX; y el pluralista, en desarrollo desde la década de 1980 hasta los días actuales. El horizonte del constitucionalismo pluralista a su vez se divide, según el entender de la misma autora, en tres ciclos progresivos, que son el multicultural (1982-1988), el pluricultural (1989-2005) y el plurinacional (2006-2009).



Las modificaciones emprendidas en el marco jurídico normativo de los países latinoamericanos a lo largo de los referidos horizontes constitucionales fueron pautadas, gradualmente por cuatro importantes instrumentos internacionales en materia de derechos indígenas: la Convención sobre el Instituto Indigenista Interamericano de 1940²; la Convención n.º 107 de la OIT, referente a pueblos indígenas y tribales en países independientes del año 1957³; la Convención n.º 169 de la OIT sobre pueblos Indígenas y Tribales en países independientes de 1989⁴; y la Declaración de las Naciones Unidas sobre los Derechos de los Pueblos Indígenas de 2007.

Más recientemente, luego de 17 años de trabajo y negociaciones, la Asamblea General de la Organización de los Estados Americanos aprobó la Declaración Americana de los Derechos de los Pueblos Indígenas. Esta Declaración fue aprobada en el 46º periodo ordinario de sesiones, realizado en Santo Domingo, República Dominicana, del 13 al 15 de junio de 2016.

Se trata de un marco normativo histórico en las Américas, ya que es el primer instrumento internacional sobre el tema de derecho de los pueblos indígenas de la región, que vino a sumarse a la Convención 169 de la OIT (1989) y a la Declaración de las Naciones Unidas sobre los Derechos de los Pueblos Indígenas (2007).

A pesar de la forma de la declaración, este nuevo documento cristaliza un consenso alcanzado entre los Estados americanos: el reconocimiento de los derechos de los pueblos indígenas.

Si bien estos ya venían siendo conquistados desde la década de 1980 a través de la actuación de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos y de la gradual consolidación de la jurisprudencia de la Corte Interamericana, tales como:

2 Aprobada por Brasil a través del Decreto Legislativo n.º 55 de 1953.

3 Ratificada por Brasil en 1963 y denunciada en 2002 en razón de la ratificación de la Convención n.º 169 de la OIT.

4 Promulgada por Brasil a través del Decreto n.º 5.051 y 2004.



el derecho a la autodeterminación, a los territorios ancestrales y a la consulta libre, previa e informada; esta Declaración contiene disposiciones innovadoras sobre el derecho de los pueblos indígenas, por ejemplo con relación al aislamiento voluntario o en contacto inicial.

Así, durante los tres ciclos de horizonte del constitucionalismo pluralista, los textos de las constituciones latinoamericanas articulan la normativa interna estatal (salvadas las diferencias entre los diversos contextos nacionales) con las posibilidades externas favorables a la protección de los derechos de las personas y pueblos indígenas en el marco normativo internacional y particularmente en el Sistema Interamericano de Derechos Humanos.

Los ciclos de horizonte del constitucionalismo pluralista: Los derechos indígenas y las recientes experiencias constitucionales latinoamericanas.

El primer ciclo de horizonte de constitucionalismo pluralista está marcado, según Fajardo (2011, pág. 142), por un lado, por las ideas traídas por el multiculturalismo y por otro lado, por nuevas demandas de derechos indígenas notoriamente relacionadas con el reconocimiento de la diversidad cultural como factor constitutivo de la sociedad a ser reflejado en la Constitución. No obstante, a pesar de estos avances, no existe la recepción explícita en los textos constitucionales de derecho consuetudinario o de la jurisdicción indígena como formas de manifestación de un verdadero pluralismo jurídico.

Así, en el ciclo del constitucionalismo multicultural, Fajardo observa: "... las Constituciones introducen el concepto de diversidad cultural, el reconocimiento de configuración multicultural y multilingual de la sociedad, el derecho -individual o colectivo- a la identidad cultural y algunos derechos indígenas específicos ..." (2011, pág. 141); citando como ejemplos de estas manifestaciones constitucionales,



las Constituciones de Canadá (1982), Guatemala (1985)⁵, Nicaragua (1987)⁶ y Brasil (1988)⁷.

5 Estableciendo el análisis en los textos constitucionales latinoamericanos de este primer ciclo, la constitución guatemalteca, reformada vía Acuerdo Legislativo n° 18-93 del 17 de noviembre de 1993, en el capítulo destinado a los derechos sociales, perteneciente al Título II (De los Derechos Humanos) reconoce, en su artículo 58, el derecho a la identidad cultural de las personas y comunidades, de acuerdo a sus valores, lengua y costumbres, reservando la tercera sección de este capítulo para tratar específicamente de los derechos de las comunidades indígenas, en los artículos 66 al 70, dentro de los cuales se resalta el artículo 66 de Protección a los grupos étnicos. Cabe destacar que Guatemala está formada por diversos grupos étnicos entre los cuales figuran los grupos indígenas de ascendencia maya. El Estado reconoce, respeta y promueve sus formas de vida, costumbres, tradiciones, formas de organización social, uso de traje indígena en hombres y mujeres, idiomas y dialectos. Artículo 67: protección a las tierras y a las cooperativas agrícolas indígenas: las tierras de las cooperativas, comunidades indígenas o cualquier otra forma de propiedad comunal o colectiva de propiedad agrícola, así como el patrimonio familiar y vivienda popular, gozarán de la protección especial del Estado, asistencia crediticia y técnica preferencial, que garanticen su posesión y desarrollo, a fin de asegurar a todos los habitantes una mejor calidad de vida. Las comunidades indígenas y otras que tengan tierras que históricamente les pertenezcan y que tradicionalmente hayan administrado de forma especial, mantendrán ese sistema.”

6 La Constitución nicaragüense establece, en el artículo 5, como uno de sus principios el pluralismo político, social y étnico, y especialmente en relación a los pueblos indígenas. dispone: “El Estado reconoce la existencia de los pueblos indígenas, que gozan de derechos, deberes y garantías consignados en la constitución y en especial los de mantener y desarrollar su identidad y cultura, tener sus propias formas de organización social y administrar sus asuntos locales; así como mantener las formas comunales de propiedad de sus tierras y el uso, goce y disfrute de las mismas, todo de conformidad con la ley. Para las comunidades de la Costa Atlántica se establece el régimen de autonomía en la presente Constitución.” Además, los pueblos indígenas y las comunidades étnicas de la Costa Atlántica tienen previsto el derecho, en su región, a la educación intercultural en la lengua materna, de acuerdo con la ley (artículo 121).

7 En la Constitución brasileira de 1988, los artículos 231 y 232 disponen el reconocimiento de la organización social, costumbres, lenguas, creencias y tradiciones además de los derechos originarios sobre las tierras que tradicionalmente ocupan. “Art. 231. A los indios le son reconocidos su organización social, costumbres, lenguas, creencias y tradiciones, y los derechos originarios sobre las tierras que tradicionalmente ocupan, siendo competencia de la Unión, delimitar, proteger y hacer respetar todos sus bienes. § 1° - Son tierras tradicionalmente ocupadas por los indios las que son habitadas por ellos en carácter permanente, las utilizadas para sus actividades productivas, las imprescindibles para la preservación de los recursos ambientales necesarios para su bienestar y las necesarias para su reproducción física y cultural, según sus usos, costumbres y tradiciones. § 2° Las tierras tradicionalmente ocupadas por los indios se destinan a su tenencia permanente, cabiéndoles el usufructo exclusivo de las riquezas del suelo, de los ríos y de los lagos existentes en ellas. § 3° - El aprovechamiento de los recursos hídricos, incluidos los potenciales energéticos, la búsqueda y exploración de las riquezas minerales en tierras indígenas solo pueden ser efectivizados con autorización del Congreso Nacional, una vez que hayan sido escuchadas las comunidades afectadas, garantizándoles participación en los resultados de la exploración, en los términos de la ley. § 4° Las tierras de las que trata este artículo son inalienables e indisponibles, y los derechos sobre ellas imprescriptibles. § 5° - Está prohibida la remoción de los grupos indígenas de sus tierras, salvo, “ad referendum” del Congreso nacional, en caso de catástrofe o epidemia que ponga en riesgo su población, o en interés de la soberanía del país, luego de la deliberación del Congreso



En el segundo ciclo, son mantenidos los derechos a la identidad étnica y a la diversidad cultural anteriormente conquistados, sumándose a estos la calificación del propio Estado (o nación) como pluricultural. Como consecuencia, los textos constitucionales adoptan fórmulas que pluralizan no solo las fuentes de producción de derecho, incluyendo las fuentes de derecho consuetudinario indígena, sino también el monopolio de su aplicación está fracturado por el reconocimiento de las autoridades indígenas. Otro aspecto relevante de este ciclo se refiere a la fuerte influencia de la

Convención 169 de la OIT (1989) para la ampliación del catálogo de derechos constitucionales específicos de los pueblos indígenas, tales como la oficialización de los idiomas indígenas, la educación bilingüe intercultural, el derecho sobre los territorios ancestrales (y no simplemente sobre las tierras), el derecho a la consulta y nuevas formas de participación.

En palabras de Fajardo, la novedad más importante de este ciclo es que:

Las Constituciones introducen fórmulas de pluralismo jurídico que logran romper con la identidad de Estado de derecho o el único derecho esto es, la idea de que sólo es “derecho” el sistema de normas producido por los órganos soberanos del Estado (los poderes Legislativo, Judicial y Ejecutivo). Las Constituciones de este ciclo reconocen las autoridades indígenas, con sus propias normas y procedimientos o su derecho consuetudinario y funciones jurisdiccionales o de justicia. A partir de estos reconocimientos se pone en

Nacional, que garantizará, en cualquiera de los casos, el retorno inmediato luego del cese del riesgo. § 6°- Son nulos o extintos, no produciendo efectos jurídicos, los actos que tengan por objeto la ocupación, el dominio y la posesión de las tierras a las que se refiere este artículo, o la explotación de las riquezas naturales del suelo, de los ríos o lagos en ellas existentes, salvo lo relevante al interés de la Unión, según lo que dispone la ley complementaria, no generando nulidad y la extinción del derecho a la indemnización o a acciones contra la Unión, salvo, en la forma de la ley, en cuanto a los beneficios derivados de la ocupación de buena fe. § 7 No se aplica a las tierras indígenas lo dispuesto en el artículo 174, § 3° y § 4°. Art. 232. Los indios, sus comunidades y organizaciones son partes legítimas para ingresar en juicio de defensa de sus derechos e intereses, interviniendo el Ministerio Público en todos los actos del proceso.”



cuestión la idea clásica de soberanía y el monopolio que las Constituciones señalaban a los poderes u órganos soberanos del Estado para la producción de derecho y a la violencia legítima. Pluralizan las fuentes de producción legal de derecho y de violencia legítima, tanto como las funciones de producción de normas, administración de justicia y organización de orden pública interno pueden ser ejercidas tanto por los órganos soberanos (clásicos) del Estado, como por las autoridades de los pueblos indígenas, siempre bajo el control constitucional (2011, págs. 142, 143).

Como ejemplos de estas manifestaciones constitucionales, Raquel Fajardo cita las Constituciones de Colombia (1991)⁸, México (1992)⁹, Paraguay (1992)¹⁰,

8 En la Constitución colombiana, la división de poder entre las instituciones tradicionales y los pueblos indígenas se da en diversos niveles, como por ejemplo, en la escuela de senadores indígenas, en la configuración de una jurisdicción especial indígena, en la creación de territorios indígenas como divisiones administrativas del Estado y en el reconocimiento de las autoridades locales para administrarlos, contando incluso con previsión de transferencia de tributos y planos de desarrollo peculiares al modo de vida local. Se confieren, en este sentido, los artículos 58, 171, 176, 246, 321, 329, 330, 339, 341, 356, 358 y el artículo transitorio 58.

9 La Constitución mexicana posee un texto ejemplar de este ciclo al precisar en su artículo 2º, que “...la Nación tiene una composición pluricultural sustentada originalmente en sus pueblos indígenas que descenden de poblaciones que habitaban en el territorio actual del país al iniciarse la colonización y que conservan sus propias instituciones sociales, económicas, culturales y políticas, o parte de ellas...”. Y prosigue incluso afirmando que “la consciencia de su identidad indígena deberá ser criterio fundamental para determinar a quien se aplica las disposiciones sobre pueblos indígenas”. El mismo dispositivo enumera una lista bastante amplia de derechos destinados a los pueblos indígenas, inclusive con varias similitudes a la Convención 169 de la OIT. El artículo 27 refiere además una disposición expresa acerca de la protección de las tierras indígenas.

10 artículo 27 refiere además una disposición expresa acerca de la protección de las tierras indígenas. En el capítulo V del apartado II, la Constitución de Paraguay dedica los artículos 62 al 67 a los pueblos indígenas, reconociéndoles la existencia como grupos de cultura anteriores a la formación y organización del Estado paraguayo (artículo 62), además de los derechos a la identidad étnica y libre organización institucional y sujeción voluntaria a las propias normas consuetudinarias (artículo 63), el derecho al uso y disfrute de la propiedad comunitaria (artículo 64), el derecho a la participación (artículo 65), el derecho a la educación y a la asistencia (artículo 64) y, a la exoneración de tasas públicas (artículo 67). Más adelante, al tratar de los idiomas, en el artículo 140, la Constitución declara que: “...el Paraguay es un país pluricultural y bilingüe”, pues adopta el castellano y guaraní como lenguas oficiales y que “las lenguas indígenas, así como la de otras minorías, forman parte del patrimonio cultural de la Nación...”.



Perú (1993)¹¹, Bolivia (1994), Argentina (1994)¹², Ecuador (1996 y 1998), Venezuela (1999)¹³ y se añade, aunque de forma menos representativa, Panamá (2004)¹⁴.

Para Fajardo (2011 pág. 144-145), algunos factores fueron decisivos para el reconocimiento del pluralismo jurídico en las constituciones de este ciclo, a saber:

- a) las demandas indígenas por derechos propios;
- b) el desarrollo del derecho internacional de los pueblos indígenas;
- c) la expansión del discurso de multiculturalismo.

d) las reformas de justicia con estímulo al reconocimiento de mecanismos alternativos de solución de conflictos en comunidades indígenas”.

No obstante, en la opinión de la misma autora, muchos de los dispositivos insertados en las constituciones de este ciclo son “...fórmulas no exentas de

11 El artículo 48 de la Constitución peruana se refiere a los idiomas oficiales del país: “Son idiomas oficiales el castellano y en las zonas donde predominen también lo son el quechua, el aimara y las demás lenguas aborígenes, según la ley”.

12 En el artículo 75, ítem 17 de la Constitución argentina, consta que corresponde al Congreso reconocer la pre-existencia étnica y cultural de los pueblos indígenas, garantizar el respeto a su identidad y el derecho a una educación bilingüe e intercultural, reconocer la personalidad jurídica de sus comunidades y a la posesión y propiedad comunitaria de las tierras que tradicionalmente ocupan, regular la entrega de otras aptas y suficientes para el desarrollo humano, con protección especial contra su expropiación y asegurar la participación y consulta en temas de su interés como la explotación de sus recursos naturales.

13 La Constitución de Venezuela reconoce que, además del castellano, los idiomas indígenas también son oficiales para los pueblos indígenas. Además, reconoce las formas de organización social, política, económica, manifestaciones culturales, usos y costumbres, religión e idiomas de los pueblos indígenas, el derecho originario sobre las tierras que ancestral y tradicionalmente ocupan, protección de su hábitat y formas de vida, protección de la propiedad intelectual colectiva y el derecho a la participación política, inclusive con la elección de diputados indígenas.

14 En la Constitución panameña, además del artículo 88 que garantiza la educación bilingüe, merecen destaque el artículo 90 en el cual el Estado reconoce y respeta la identidad étnica de las comunidades indígenas nacionales y que realizará programas tendientes a desenvolver los valores materiales, sociales y espirituales propios de cada una de sus culturas y creará una institución para el estudio, conservación, divulgación de las mismas y de sus lenguas, así como el desarrollo integral de estos grupos humanos, así como el artículo 127 que trata de la protección de las tierras indígenas.



limitaciones que no siempre se implementan de modo orgánico y sistemático...” (2011, págs. 144-145). Esta ineficacia puede ser atribuida a las condiciones internas del propio sistema jurídico pluralista que se intentaba crear y a las condiciones externas relacionadas al escenario político latinoamericano de la década de 1990.

En el plano jurídico, la incorporación de nuevos derechos indígenas en las constituciones y la ratificación de la Convención 169 de la OIT, no fueron acompañadas de reformas infra- constitucionales de la legislación ordinaria de los Estados, necesarias para implementar los nuevos derechos de los pueblos indígenas y también compatibilizarlos con los derechos y poderes tradicionalmente existentes, principalmente en lo que respecta a los conflictos entre la jurisdicción ordinaria con la jurisdicción consuetudinaria indígena y el derecho de consulta en materias de interés de los pueblos indígenas.

En el plano político, según analiza Fajardo, los efectos prácticos de la introducción de normas sobre derechos indígenas en las constituciones de América Central y del Sur fueron neutralizados por el movimiento de reformas neoliberales, que contraían la participación del Estado en su dimensión social, estimulaban la explotación a gran escala de los recursos naturales por iniciativa privada nacional y transnacional consecuentemente flexibilizaban las garantías constitucionales de protección de los territorios indígenas y por otros factores como la violencia interna local, el narcotráfico y las fuerzas paramilitares (2011. pág. 143).

Como una respuesta, el ciclo del constitucionalismo plurinacional está representado por los procesos constituyentes emblemáticos en Bolivia (2006



2009)¹⁵ y en Ecuador (2008)¹⁶, marcados por la aprobación de la Declaración de las Naciones Unidas sobre los Derechos de los Pueblos Indígenas (2007). Este ciclo radicaliza el proyecto constitucional descolonizador, proponiendo el desafío de refundación del Estado a partir del reconocimiento de los pueblos indígenas no solo como culturas diversas sino, sobre todo, como naciones originarias o nacionalidades con autodeterminación o libre determinación, como se refiere Raquel Fajardo en los siguientes términos:

Las Constituciones de Ecuador y Bolivia se proponen una refundación del Estado a partir del reconocimiento explícito de raíces milenarias de los pueblos indígenas ignorados en la primera fundación republicana y así se lanzan al desafío histórico de poner fin al colonialismo (2011, pág. 149).

Y prosigue la misma autora:

Los pueblos indígenas son reconocidos no solamente como “culturas diversas”, sino como naciones originarias o nacionalidades con autodeterminación o libre determinación. Esto es, sujetos políticos colectivos con derecho a definir

15 En la Constitución de Bolivia, los artículos 1 al 10, que sientan las bases fundamentales del Estado, son bastante ilustrativas, destacándose: Artículo 1. Bolivia se constituye en un Estado Unitario Social de Derecho Plurinacional Comunitario, libre, independiente, soberano, democrático, intercultural, descentralizado y con autonomías. Bolivia se funda en la pluralidad y pluralismo político, económico, jurídico, cultural y lingüístico, dentro del proceso integrador del país. Artículo 2. Dada la existencia pre-colonial de las naciones y pueblos indígenas originarios campesinos y su dominio ancestral sobre sus territorios, se garantiza su libre determinación en el marco de la unidad del Estado, que consiste en su derecho a la autonomía, al auto gobierno, a su cultura, al reconocimiento de sus instituciones y a la consolidación de sus entidades territoriales, conforme esta Constitución y la ley. Artículo 3. La nación boliviana está conformada por la totalidad de las bolivianas y bolivianos, las naciones y los pueblos indígenas originarios campesinos, y las comunidades interculturales y afro-bolivianas que en conjunto constituyen el pueblo boliviano. Artículo 4. El Estado respeta y garantiza la libertad de religión y de creencias espirituales, de acuerdo con sus cosmovisiones. El Estado es independiente de la religión (...) Artículo 8.I. El Estado asume y promueve como principios étnico-morales de la sociedad plural: ama qhilla, ama llulla, ama suwa (no seas prejuicioso, no seas mentiroso, no 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)”.

16 La constitución ecuatoriana, reconoce principios fundamentales semejantes a los de la Constitución boliviana, al destacar en su artículo 1º. que: “El Ecuador es un Estado intercultural, plurinacional y laico. Se organiza en forma de república y se gobierna de manera descentralizada”.



su destino, gobernarse con autonomías y participar en los nuevos pactos del Estado, que de ese modo se configura como un “Estado plurinacional”. Al definirse como un Estado plurinacional, resultado de un pacto entre pueblos, no es un Estado ajeno que reconoce derechos a los indígenas, sino que los colectivos indígenas mismos se erigen como sujetos constituyentes y, como tales y junto con otros pueblos, tienen poder de definir el nuevo modelo de Estado y las relaciones entre los pueblos que lo conforman. Estas constituciones buscan superar la ausencia de poder constituyente indígena en la formación republicana y pretenden combatir el hecho de que hayan sido considerados como menores de edad sujetos a la tutela estatal a lo largo de la historia (Fajardo, 2011, pág. 149).

La incorporación de los pueblos indígenas y comunidades originarias al proyecto constitucional representa, a entender de Agustín Grijalva (2009), una completa reformulación de las tradicionales categorías legales y hermenéuticas. Los énfasis de esta nueva formulación estatal reposan en la institución de un sistema de foros de deliberación democrática y multicultural:

El constitucionalismo plurinacional es o debe ser un nuevo tipo de constitucionalismo basado en relaciones interculturales igualitarias, que redefinan y reinterpreten los derechos constitucionales y reestructuren la institucionalidad proveniente del Estado Nacional. El Estado plurinacional no es, ni debe ser reducido a una Constitución que incluya un reconocimiento puramente culturalista, a veces solamente formal, por parte de un Estado en realidad instrumentalizado para el dominio de pueblos de culturas distintas, “...sino un sistema de foros de liberación intercultural auténticamente democrático...” (Grijalva, 2009, pág. 117).

Diferenciándose de las constituciones ejemplares de los ciclos anteriores, las Constituciones de Bolivia y Ecuador posicionan los valores indígenas de manera transversal en sus textos. Eso significa que los textos no se limitan a contemplar ciertos dispositivos a los derechos propios de los pueblos indígenas. Por el contrario,



estos valores son incorporados como principios transversales del Estado y forman toda su estructura institucional.

Para ilustrar lo expuesto en el párrafo anterior, se citarán algunos ejemplos de la Constitución boliviana: cota para parlamentarios indígenas (art. 196); la justicia indígena se coloca al mismo nivel que la justicia ordinaria (art. 192); Tribunal Constitucional plurinacional, con parte de sus miembros escogidos conforme el sistema indígena (art. 196).

La constitución de Bolivia establece:

Cada comunidad indígena podrá tener su propio tribunal, con jueces electos entre los habitantes. Las decisiones de estos tribunales no podrán ser revisadas por la justicia común. Otro aspecto importante es el hecho de la descentralización de las normas electorales de sus comunidades. La Constitución incluso prevé la creación de un Tribunal Constitucional plurinacional con miembros electos por el sistema ordinario y por el sistema indígena. (Magalhaes, 2008, pág. 09).

En el caso ecuatoriano vale destacar el reconocimiento referente a la justicia indígena, que garantiza a las autoridades de las comunidades, pueblos y nacionalidades indígenas puedan ejercer funciones jurídicas, con base en sus tradiciones ancestrales, en la cual:

Tales autoridades aplicarán normas y procedimientos propios para la solución de sus conflictos internos, pero solamente aquellos que no fueran en contra de la constitución, o a los derechos humanos reconocidos internacionalmente. La ley garantizará, pues, un diálogo entre la justicia ordinaria y la justicia indígena (Magalhaes, 2010, pág. 3).

El artículo 10 de la Constitución ecuatoriana va más allá, al reconocer



explícitamente derechos fundamentales para colectividades humanas¹⁷, como la naturaleza – Pacha Mama – como sujeto titular de derechos enumerados en la constitución¹⁸, subvirtiendo el orden antropocéntrico de los Derechos Naturales tradicionalmente reconocidos en el constitucionalismo occidental:

Art. 10.- Las personas, comunidades, pueblos, nacionalidades y colectivos son titulares y gozarán de los derechos garantizados en la Constitución y en los instrumentos internacionales. La naturaleza será sujeto de aquellos derechos que la Constitución le reconozca.

Nótese, además, que en muchos países latinoamericanos las constituciones reformadas o promulgadas en los ciclos del Nuevo Constitucionalismo incorporan normas internacionales, pasando a integrar el llamado bloque de constitucionalidad, como ocurre en la constitución boliviana (artículo 13) y ecuatoriana (artículo 417).

Aunque los principios constitucionales del pluralismo jurídico, de igual dignidad de los pueblos y culturas, de interculturalidad y del buen vivir, estén presentes en ambas experiencias constitucionales¹⁹, es la constitución boliviana que logra su mejor traducción institucional, en la autonomía de la jurisdicción indígena originaria campesina, conferida por los artículos 190 a 192 y en la composición del Tribunal Constitucional Plurinacional por criterios de género y etnicidad, conforme determina el artículo 197.

Ante la paridad constitucional entre la jurisdicción ordinaria y la jurisdicción indígena originaria campesina, sería inevitable que emerjan conflictos de competencia entre las jurisdicciones constitucionales y por los dispositivos que establecen los ámbitos de vigencia personal, material y territorial de la jurisdicción indígena, previstos en la, Ley n.º 073, del 29 de diciembre de 2010, de Deslinde Jurisdiccional en el marco del pluralismo jurídico.

17 Ver específicamente artículos 56 a 60.

18 Ver específicamente artículos 71 y 74.

19 *Ibidem.* ps. 149-150.



De entre los varios dispositivos de la Ley de Deslinde Jurisdiccional, se destaca algunos que se muestran esenciales para la comprensión de la posición que los derechos humanos ocupan en la constitución boliviana, en que pese a su incuestionable enfoque jus indigenista, legitimada inclusive por la participación de los pueblos indígenas en su proceso constituyente:

Artículo 5.II: Todas las jurisdicciones reconocidas constitucionalmente respetan, promueven y garantizan el derecho a la vida de los demás derechos y garantías reconocidos por la Constitución.

Artículo 5 IV: Todas las jurisdicciones reconocidas constitucionalmente prohíben y sancionan todas las formas de violencia contra niños, adolescentes y mujeres.

Artículo 5V: El linchamiento (que era erróneamente considerado como una práctica de justicia de los indígenas centroamericanos y andinos) es considerado una violación de derechos humanos y está prohibido y debe ser prevenido y sancionado.

Artículo 14, c): Como mecanismos de coordinación, la Ley de Deslinde Jurisdiccional ofrece la posibilidad del establecimiento de espacios de diálogo sobre la aplicación de los derechos humanos en sus resoluciones.

Tales directrices parecen estar de acuerdo con las previsiones del artículo 8° (2) de la Convención 169 de la OIT:

Esos pueblos deberán tener el derecho de conservar sus costumbres e instituciones propias, siempre que ellas no sean incompatibles con los derechos fundamentales definidos por el sistema jurídico nacional no con los derechos humanos internacionalmente reconocidos.

Siempre que fuera necesario, deberán ser establecidos procedimientos para la solución de los conflictos que puedan surgir en la aplicación de este principio.



De esta forma semejante, dispone el artículo 34 de la Declaración de las Naciones Unidas sobre los derechos de los Pueblos Indígenas:

Los pueblos indígenas tienen el derecho de promover, desenvolver y mantener sus estructuras institucionales y sus propias costumbres, espiritualidad, tradiciones, procedimientos, prácticas y, cuando existan, costumbres o sistemas jurídicos, en conformidad con las normas internacionales de derechos humanos.

La Declaración Americana de Derechos de los Pueblos Indígenas de igual manera, prevé en su artículo XXII, al tratar del derecho y de la jurisdicción indígena:

1. Los pueblos indígenas tienen derecho a promover, desarrollar y mantener estructuras institucionales y sus propias costumbres, espiritualidad, tradiciones, procedimientos, prácticas y, cuando existan, costumbres o sistemas jurídicos, de conformidad con las normas internacionales de derechos humanos.
2. El derecho y los sistemas jurídicos indígenas deben ser reconocidos y respetados por el orden jurídico nacional, regional e internacional.
3. Los asuntos referentes a las personas indígenas o a sus derechos e intereses en la jurisdicción de cada Estado, serán conducidos de forma tal a proveer el derecho a los indígenas de plena representación con dignidad e igualdad ante la ley. En consecuencia, tiene derecho sin discriminación, a igual protección y beneficio de la ley, inclusive con el uso de intérpretes lingüísticos y culturales.
4. Los Estados tomarán medidas eficaces en conjunto con los pueblos indígenas, para asegurar la implementación de este artículo.

Por lo tanto, a pesar de ser recientes, las experiencias constitucionales latinoamericanas parecen apuntar a un nuevo camino en lo que concierne al reconocimiento, afirmación y protección de los derechos indígenas, pero más aún a un punto importante a debatir: como promover en la práctica esta interculturalidad en términos de administración de Justicia en casos límite de conflicto entre el



derecho consuetudinario indígena y el derecho positivo estatal o internacional.

El papel de las pericias jurídico-antropológicas en pro de una administración de justicia intercultural

El nuevo constitucionalismo latinoamericano, sobre todo en sus formas más progresistas, como la boliviana y ecuatoriana, no adoptó en términos de derechos humanos de los pueblos indígenas el universalismo arrogante de las naciones civilizadas del siglo XIX e inicio del siglo XX, ni el relativismo cultural radical calcado en el etnocentrismo estático. La propuesta parece ser la del diálogo intercultural. En ese sentido, aunque enfrentando cierta resistencia, la Antropología se muestra de gran valía frente a las muchas antinomias enfrentadas por el derecho contemporáneo. Al considerar que “...hace parte de la cultura del l'uomo il diritto, che eglia pratica, conosce e dice. Ciò comporta la possibilità di un'antropologia giuridica...”²⁰ (Sacco, 2007).

Así, debería el derecho, reflejado en el ejemplo de la antropología, reconocer que se debe navegar entre rocas:

La de uniformidad – reconocer que todos los hombres son iguales no significa que sean iguales en todos los lugares...; y la de heterogeneidad– la reconocida autonomía de las particularidades culturales solo puede ser relativa, conlleva a conflictos y reintroduce la desigualdad y la opresión sobre la máscara de derecho a la diferencia (Roland, 2004, pág. 68).

Así, para alcanzar el acceso a la justicia de las personas y pueblos indígenas, una serie de garantías deben ser aseguradas, tales como:

- (I) disponibilidad de traductores e intérpretes para las lenguas indígenas;
- (II) reconocimiento de las autoridades tradicionales;

²⁰ Hace parte de la cultura humana incluyendo el derecho, que el hombre practica, conoce y dice. Esto incluye la posibilidad de una Antropología de Derecho.



- (III) respeto al derecho consuetudinario indígena;
- (IV) capacitación acerca del derecho indígena nacional e internacional;
- (V) desplazamiento de los operadores de derecho para realización de audiencias en las jurisdicciones indígenas y;
- (VI) recurso para las pericias jurídico-antropológicas (IIDH, 2010, pág. 9).

En los casos de conflictos entre la jurisdicción penal estatal y la consuetudinaria indígena, el cumplimiento de esas garantías es aún más crítico y aquí se observa especialmente, el papel de las pericias jurídico-antropológicas como pautadas en parámetros culturales distintos de aquellos pertenecientes a los demás actores institucionales del proceso (jueces, promotores y abogados).

Es muy importante que se comprenda que la pericia jurídico-antropológica o cultural no busca la inocencia, ni la falta de voluntad de una persona frente a un hecho, pues su función es analizar los hechos dentro del marco cultural indígena y aportar los elementos de juicio para el juzgador, inclusive en situaciones en que el hecho puede ser tipificado como crimen en el código del sistema de justicia estatal y, al mismo tiempo, no ser un delito desde el punto de vista cultural de la persona indígena que infringió esta regla estatal. En otras palabras, la pericia jurídico-antropológica “...es una herramienta jurídica que permite esclarecer los hechos porque se contextualizan dentro de la realidad cultural y social que los rodea...” (IIDH, 2010, pág. 9).

En ese sentido, Rosembert Arisa Santamaria puntualiza que:

La pericia jurídico-antropológica se constituye entonces como la prueba idónea que los sistemas normativos indígenas sean tomados en cuenta cuando se lleva a cabo un procedimiento jurídico en el cual éste se diferencia del derecho nacional esto es, que no se trata de analizar y juzgar un individuo solo por sus hábitos personales, sino por ser sujeto portador de una cultura creada y sustentada por un pueblo o colectividad, y por ser sujeto de un sistema



normativo propio (2010, pág.13).

En ese mismo sentido, Pedro Ixchiu Garcia traza el siguiente concepto:

La pericia cultural también llamada pericia antropológica o pericia judicial antropológica, provee datos importantes del contexto social en que se desenvuelve el caso y aporta las pruebas sobre un hecho o conducta que provee de parámetros culturales distintos. (IIDH, 2010, pág. 51)

Y prosigue el mismo autor:

Consiste en cuestionar desde otro marco cultural, los hechos que se juzgan. Constituye un mecanismo, que permite aportar los medios de prueba que la ley contempla para acreditar que la diferencia cultural propició y condicionó una conducta tipificada como delito en los códigos del sistema jurídico oficial, pero que desde la perspectiva cultural del individuo que cometió la falta, no es". (IIDH, 2010, pág. 51).

Frente a las balizas que deben guiar las acciones de aquellos que hacen y operan el derecho (aquí están comprendidos los legisladores, juristas, jueces, abogados y académicos) se tiene como guía la noción de que el ejercicio de la libertad como protección de derechos puede resultar de la utilización de esas solidaridades múltiples (Durkheim, 2004), o hasta de su ruptura: esa es una de las hipótesis más fértiles de las teorías del pluralismo jurídico (Roland, 2004).

Al considerar que varios son los puntos de ruptura de esa nueva noción de estado inaugurada por el Nuevo Constitucionalismo Latinoamericano, el recurso a la pericia jurídico-antropológica representa, en concreto, una ruptura con una visión unitaria y positivista del derecho.

La superación de un sistema monojurídico con un único derecho penal, de familia y de propiedad, por un sistema plurijurídico, una nueva concepción de persona singular, plural y procesual pasando por una nueva concepción de naturaleza que incluye toda y cualquier forma de vida (Magalhaes, 2016).



Así, una vez proclamada la noción de un derecho abierto y más sensible a las especificidades que les imponen los pueblos indígenas, cabe al Estado y, en igual medida, al derecho, la superación de la crisis de legitimidad que atraviesa. En ese sentido, los recientes avances constitucionales experimentados en algunos países latinoamericanos, parecen apuntar a un futuro de muchos derechos compuestos por un sistema plurijurídico, teniendo el derecho indígena como una importante dimensión de luchas.

Conclusión

Según Fajardo (2009), en los últimos 25 años hubo 3 ciclos de reformas constitucionales en materia de derecho indígena y multicultural. El primero de ellos se inició en los años 80 caracterizado por el reconocimiento de derechos a la identidad cultural y demás derechos indígenas específicos. El segundo ciclo, iniciado en los años noventa, afirmó los derechos a la identidad y diversidad cultural ampliando la idea de nación multiétnica y la noción de estado pluricultural. El tercer ciclo ocurre en la primera década del siglo XXI, fruto de las demandas de los pueblos indígenas que buscan el reconocimiento en cuanto a naciones originarias o sujetos políticos colectivos a integrar Estado, ahora, plurinacionales.

Se constató que, apoyado en las experiencias vividas por los Estados latinoamericanos, el constitucionalismo plurinacional es o debe ser un tipo de constitucionalismo nuevo, basado en relaciones interculturales igualitarias que redefinan y reinterpreten los derechos constitucionales, reestructurando la institucionalidad advenida del Estado nacional (Grijalva, 2009).

Por lo tanto, debe el Estado ser dialógico, concretizante y garantista, una vez que no exista diálogo intercultural en abstracto y sin derechos que creen las condiciones de igualdad y respeto que todo diálogo y, más todavía, un diálogo intercultural requiere (Grijalva, 2009).

En este escenario, Estados como Venezuela, Ecuador, Bolivia y Perú,



iniciaron esfuerzos tendientes a institucionalizar la participación de los pueblos indígenas en el escenario político nacional por medio de ministerios, secretarías especializadas, leyes orgánicas y “componentes de transversalización de derechos indígenas” (Fajardo, 2009). Con todo, pese a los avances y las conquistas de las últimas décadas, las demandas de los liderazgos indígenas aún orbitan en temas como:

- a) Autodeterminación, autonomía y autogobierno;
- b) ejercicio del propio derecho y justicia indígena;
- c) fin de la criminalización indígena sobre la protesta social o la cultura (Wilhemi, 2009) (Fajardo, 2009).

Ante lo expuesto, queda claro que el derecho, aquí entendido como todo el conjunto normativo e interpretativo vigente en determinado territorio (*ius*, *droit*, *recht*, *law*) presenta una noción que no es correspondiente en todas las culturas; se debe, por lo tanto, saber de la no presencia universal de la categoría occidental de derecho (Sacco, 2004).

Tal vez, entonces, una herramienta que pueda ser manejada para abarcar un derecho verdaderamente pluralista, tan celebrado por el nuevo constitucionalismo latinoamericano, sea la pericia jurídico-antropológica, en calidad de facilitadora de un diálogo intercultural tan necesario en los casos en que están en juego visiones de mundo plurales que deben ser consideradas y respetadas igualmente.

Ante eso, se propugna la visión de derechos humanos como palco o mejor, dimensión de luchas, de resistencia. A esta altura, se vislumbra el nuevo constitucionalismo latinoamericano, sobre las bases de la experiencia y de participación multicultural. Y, una vez superada la crisis enfrentada por el Estado de derecho, deben estar reunidos los dos principales “...atributos de una política contra-hegemónica de derechos humanos de nuestro tiempo...” (Santos, 1995).

Supondría esto una posible refundación del Estado. Un Estado que reconocería



la existencia de una multiplicidad de culturas en el mundo y, al mismo tiempo, se reconocería en cuanto producto de coexistencia de culturas diversas en un espacio determinado sin alejar la posibilidad de que tales culturas se interinfluencien dentro de sus fronteras y más allá de estas (Santos, 2003).

Finalmente, se vislumbra una doble separación: por un lado, se debe superar la visión de Estado en cuanto a fuente única de derecho por él firmado y vigente; al lado opuesto, es preciso tomar el discurso multicultural no desde la perspectiva de una –posición global vacía– (Santos, 2003), sino como lente capaz de poner sobre la mesa de discusión y, sobre todo, de decisión diferentes perspectivas, demandas y luchas.

Referencias

- Constitución de la República del Ecuador, (2008). Recuperado de <http://pdba.georgetown.edu/Constitutions/Ecuador/ecuador08.html>
- Durkheim, É (2004). *Da divisão do trabalho social*, 2ª ed. São Paulo, Brasil: Martins Fontes.
- Fajardo, R. Z. Y. (2009). Aos 20 anos do Convênio 169 da OIT: Balanço e desafios da implementação dos direitos dos povos indígenas na América Latina. En: VERDUM, Ricardo. *Povos Indígenas: constituições e reformas políticas na América Latina*. Brasília: Instituto de Estudos Socioeconômicos.
- Garavito, C. R. (2011). El horizonte del constitucionalismo pluralista: del multiculturalismo a la descolonización. (Ed), *El Derecho em América Latina. Um mapa para el pesamiento jurídico del siglo XXI*. 1º ed. Buenos Aires: Siglo Veintiuno
- Grijalva, A. (2009). O Estado plurinacional e intercultural na constituição equatoriana de 2008. En: VERDUM, Ricardo. *Povos Indígenas: constituições e reformas políticas na América Latina*. Brasília: Instituto de Estudos Socioeconômicos.



- Instituto Interamericano de Derechos Humanos (2010). Acceso a la Justicia de los Pueblos Indígenas: los peritajes culturales y la visión de pobreza desde su cosmovisión. San José, Costa Rica: IIDH.
- Magalhaes, J. L. Q. (2008). Plurinacionalidade e cosmopolitismo: a diversidade cultural das cidades e diversidade comportamental nas metrópoles. *Rev. Fac. Direito UFMG* (53), 201- 216. Páginas.
- (2016). O novo constitucionalismo latino-americano 2: rupturas – diversidade. *Rev. Elec. Direito Centro Universitário Newton Paiva*. (28),
- Melo, M. P. (2013) Constitucionalismo Latino Americano: tendências contemporâneas. Curitiba: Juruá.
- Miranda Aponte, L. (2008). Uploading the Local: Assessing the Contemporary Relationship Between Indigenous Peoples' Land Tenure Systems and International Human Rights Law Regarding the Allocation of Traditional Lands and Resources in Latin America. *Oregon Review of International Law*. (10),
- Nações Unidas, (2008). Declaração das Nações Unidas sobre os direitos dos povos indígenas. Rio de Janeiro.
- Organização Internacional do Trabalho. (2011). Convenção nº 169 sobre povos indígenas e tribais. Brasília: OIT.
- Roland, N. (2004). Direito das minorias e dos povos autóctones. Brasília: Editora da Universidade de Brasília.
- Sacco, R. (2007). Antropología jurídica. Bologna: Società editrice il Mulino.
- Santos de Souza, B. (1995). Uma concepção multicultural de direitos humanos. *Revista Lua Nova*. 39 (977), 105-201. Páginas.
- (2003). Reconhecer para libertar: os caminhos do cosmopolitismo multicultural. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira.



- Trindade Cançado, A. A. (1990). *A Proteção Internacional dos Direitos Humanos: Fundamentos jurídicos e instrumentos básicos*. São Paulo: Saraiva.
- (1997). *Tratado de Direito Internacional de Direitos Humanos*. Porto Alegre: Sérgio Antonio Fabris.
- (2003). *Tratado de Direito Internacional de Direitos Humanos*. Porto Alegre: Sérgio Antonio Fabris.
- Wilhelmi, M. A. (2009). Possibilidade e limites do constitucionalismo pluralista. Direitos e sujeitos na Constituição equatoriana de 2008. En: VERDUM, Ricardo. *Povos Indígenas: constituições e reformas políticas na América Latina*. Brasília: Instituto de Estudos Socioeconômicos.