



Universidad de Valparaíso
Facultad de Derecho y Ciencias
Sociales
Escuela de Derecho



**PLURINACIONALIDAD Y PLURALISMO JURÍDICO: CAMINO
HACIA UN TRIBUNAL CONSTITUCIONAL PLURINACIONAL.**

TESINA CARRERA DE DERECHO.

Estudiantes

María José Nuñez Berrios

Angélica Plaza Juárez

Profesor Guía

Hugo Tórtora Aravena

RESUMEN:

El Pluralismo Jurídico nace como una alternativa a la herencia eurocéntrica de base monista, que ha pretendido homogenizar a la población, ignorando la diversidad cultural existente en países latinoamericanos. Sin embargo, hace unos cuantos años surgió en Latinoamérica un nuevo movimiento, que pretende acabar con las opresiones y omisiones de las cuales han sido víctimas nuestros pueblos originarios, proclamando nuevos principios y abogando por un alternativismo jurídico que pretende cambiar estas concepciones en las que se fundan los Estados Modernos.

Esta tesina, pretende hacerse cargo de esta problemática, analizando el concepto de plurinacionalidad y junto con ella conceptos que van muy ligados a ésta, como la interculturalidad y el postcolonialismo. Este reconocimiento constitucional como un Estado plurinacional, trae como consecuencia reconocer la coexistencia de más de una Nación dentro del territorio, y junto con ello el reconocimiento de otros derechos, como el derecho indígena además del derecho de producción estatal, que es aquello que entendemos como pluralismo jurídico. Ante este contexto, resulta imprescindible la existencia de un tribunal constitucional con integración indígena, que pueda controlar que todas estas jurisdicciones puedan desenvolverse en igualdad de condiciones.

PALABRAS CLAVES:

Plurinacionalidad - Pluralismo jurídico – Jurisdicción indígena – Tribunal Constitucional Plurinacional.

ÍNDICE

Resumen.....	2
Introducción.....	4
1. Plurinacionalidad y Pluralismo Jurídico.....	6
1.1. Plurinacionalidad, interculturalidad y postcolonialismo.....	7
1.2. Pluralismos Jurídico.....	10
1.3. Justicia Indígena.....	13
2. Derecho Comparado: Reformas Latinoamericanas.....	17
2.1. Constitución Política de la Republica de Guatemala.....	18
2.2. Constitución Política de Colombia.....	23
2.3. Constitución Política del Estado Plurinacional de Bolivia.....	26
2.4. Constitución de la Republica de Ecuador	32
3. Reconocimiento constitucional y el Tribunal Constitucional Plurinacional.....	37
3.1 Afirmación del pluralismo jurídico: contexto doctrinal.....	37
3.2 Contexto de Reforma Constitucional: camino hacia un Estado Plurinacional.....	40
3.3 Formula de reconocimiento del Pluralismo jurídico.....	43
3.4 Tribunal Constitucional Plurinacional: propuestas de integración indígena.....	45
4 Conclusión.....	48
5 Bibliografía.....	49

INTRODUCCIÓN.

Diversos Estados de Latinoamérica, Europa y Norteamérica han otorgado un reconocimiento y protección de los diversos grupos étnicos que los integran, haciendo reconocimiento de su realidad plurinacional y junto con ello, reconociendo la existencia de distintos ordenamientos jurídicos internos que conviven bajo el mismo Estado. Esto último, se refiere a lo que la doctrina constitucional latinoamericana denomina “Pluralismo jurídico”, concepto de carácter jurídico que alude a la coexistencia de diversos órdenes normativos que conviven en un plano de igualdad, respeto y coordinación bajo un mismo Estado. Bajo aquella premisa, comenzamos nuestra investigación, dándonos cuenta en el proceso de la enorme diferencia que se da entre la concepción eurocéntrica y la concepción indígena del mundo.

La primera de éstas -la concepción eurocéntrica- crea una realidad en donde se intenta homogenizar al pueblo, para luego organizarlo en base a instituciones que son ajenas a la realidad latinoamericana que une a los países andinos colonizados, y bien es sabido, que intentar forzar la instauración de instituciones en países con realidades diferentes nunca ha dado buenos frutos. En cambio, la concepción indígena, se basa en el reconocimiento de nuestra realidad, el reconocimiento de las diferencias que existen dentro de un pueblo, de nuestros orígenes, de nuestra naturaleza y de principios que permitan la coexistencia del pueblo con el entorno. Y junto con este reconocimiento, la organización en torno a instituciones propias, que se hagan cargo de las características particulares de nuestro pueblo.

Nuestra tesina se compone de tres capítulos, en los cuales se desarrollan los conceptos mas importantes para llegar a las propuestas de creación de un Tribunal Constitucional Plurinacional, como lo son la concepción de plurinacionalidad y pluralismo jurídico. Posteriormente realizamos un análisis de derecho comparado en torno al Tribunal Constitucional de cuatro países que han reconocido el pluralismo jurídico. Y finalizaremos con el planteamiento de un tribunal constitucional en nuestro país con integración indígena, cuestión que va de la mano con una necesaria reforma constitucional.

En nuestro primer capítulo, comenzamos abordando el concepto “plurinacionalidad” concepto que permite una apertura a ideales que reniegan de la concepción monista propia de la herencia eurocéntrica, la cual identifica como un binomio inseparable los conceptos Nación- Estado. Una vez que nos desprendemos de este binomio (Nación-Estado) pareciera ser que una venda se desprendiera y lográramos reconocer que como Nación somos una comunidad de personas (ya en sí multiculturales) integradas por indígenas, por inmigrantes, por minorías sexuales, con diferentes costumbres, lenguas, religión, etc. La Plurinacionalidad a la cual apuntamos supone en principio una transformación de conductas y concepciones eurocéntricas hacia referentes etnocéntricos.

En síntesis, la plurinacionalidad, propone la existencia de diversas culturas dentro de la nación, todas ellas con costumbres, lengua, religión y normas propias. Esto tiene como consecuencia que no sólo hay un Derecho, junto al Derecho Estatal coexisten otros Derechos, esto porque el Derecho es una manifestación cultural, al existir una pluralidad de culturas, existen a su vez múltiples Derechos. Su legitimidad o no dependerá de las condiciones en que estos se desarrollen.

Desarrollado el concepto de plurinacionalidad, abocamos nuestra atención al tratamiento en torno al principio del pluralismo jurídico, principio en virtud del cual, se reconoce y acepta la validez de diversos ordenamientos jurídicos dentro del territorio de un estado, en un plano de igual jerarquía, cuyo reconocimiento produce dos consecuencias relevantes. La primera es reaccionar frente a una concepción del Estado de Derecho que propone la homogeneización de una nación, en pro de la igualdad. Y la segunda, la reivindicación de los pueblos indígenas, ya que, si bien, para ellos representan instituciones de todo válidas, no tienen la relevancia a nivel estatal que les corresponde.

Finalizaremos este apartado refiriéndonos a la justicia constitucional, puesto que, se requiere que se den las condiciones necesarias para que la jurisdicción indígena sea capaz de desarrollarse en la práctica, como una jurisdicción en igualdad e independencia de la jurisdicción ordinaria, reconociéndole competencias para resolver conflictos, evitando de esta manera que el reconocimiento del pluralismo jurídico se vuelva simple letra muerta, permitiendo que la superioridad del Derecho de producción estatal se mantenga.

A continuación, en el capítulo segundo, se realiza un análisis de Derecho comparado, basado en los estudios de la profesora Raquel Yrigoyen, quien identifica tres ciclos del horizonte del constitucionalismo pluralista: a) el constitucionalismo multicultural (1982-1988), b) el constitucionalismo pluricultural (1989-2005) y c) el constitucionalismo plurinacional (2006-2009). De cuatro países, a saber; Bolivia, Colombia, Ecuador y Guatemala, países que tienen en su modelo constitucional un órgano independiente de los otros tres poderes tradicionales que ejerce el control de constitucionalidad, es decir, tienen un Tribunal o Corte constitucional, lo que es central para nuestro análisis.

Para finalizar, en nuestro tercer y último capítulo, nos centramos en la propuesta de un Tribunal Constitucional plurinacional para nuestro país, cuestión que requiere de una serie de cambios constitucionales. Para que pueda tener lugar en nuestro país, el reconocimiento como un estado plurinacional y junto con ello el reconocimiento de una jurisdicción indígena en igualdad de condiciones, será necesaria la presencia de un Tribunal Constitucional Plurinacional de integración mixta, que incluya magistrados de la jurisdicción ordinaria, como también magistrados o autoridades de la jurisdicción indígena. Sólo así podremos dotar de validez y eficacia, evitando que este reconocimiento -de un estado plurinacional y del principio del pluralismo jurídico- termine siendo sólo una declaración vacía, sin posibilidad de aplicación en la realidad.

CAPÍTULO PRIMERO.

PLURINACIONALIDAD Y PLURALISMO JURÍDICO.

Antes de referirnos al pluralismo jurídico y de entender cómo esto se ubica dentro de una realidad como la nuestra, en que parece ser que ha existido una tenaz necesidad de homologarnos unos con otros -somos todos iguales y, por ende, sólo existe un Derecho al que debemos estar sujeto. Creemos necesario referirnos a ciertos conceptos que nos permitirán abrir nuestra mente a alternativas que, si bien siempre han estado ahí, no han sido reconocidas ni social ni jurídicamente. Muchas veces, obviamos nuestra realidad, nuestro entorno, proclamando principios que, si bien son válidos, no se ajustan a las necesidades propias de un país como el nuestro, y que fueron introducidos casi como una forma de dominación, sin tener un origen dentro de nuestro territorio.

El Estado de Derecho concebido por Chile y por la mayoría de los países de América Latina en el siglo XIX, se basó en conceptos napoleónicos y liberales de Estado Nacional e igualdad formal de todos los habitantes ante la ley. Conforme a este principio se va estructurando la idea de un estado monocultural, con una sola cultura, una sola forma de autoridad, una sola forma de producción concentrada y monopolizada del Derecho desde el Estado, una sola forma de administración de justicia, monopolización de la utilización de la violencia legítima por el Estado, que forzaron a adoptar una sola religión, una sola forma de idioma, una sola forma de familia y una sola forma de resolver los conflictos¹.

Es precisamente este ideal monista el que llevó a la despreocupación por parte del Estado hacia las colectividades indígenas o formas de agrupación indígenas, es cosa de mirar, a modo de ejemplo, la relación que existe con pueblos tan relevantes en nuestra cultura, como el Pueblo Mapuche, relación que ha llegado incluso a un aislamiento territorial.

Olvidamos que Chile es un país con una conformación muy diversa, y no sólo eso, olvidamos que como personas somos interculturales, una combinación compleja que no puede ser solo reducido a una concepción monista. Esto, porque esta teoría monocultural tiene como marco histórico la cultura eurocéntrica que se adapta mal a contextos, donde esta cultura eurocéntrica tiene que convivir, de una manera o de otra, con culturas y religiones de otro tipo, no occidentales como son, por ejemplo, las culturas indígenas.

¹ Llasag Fernández, Raúl, *La jurisdicción indígena en el contexto de los principios de plurinacionalidad e interculturalidad*, en Andrade, Grijalva y Storini (editores), *La Nueva Constitución del Ecuador. Estado, Derechos e instituciones*, Universidad Andina Simón Bolívar y Corporación Editora Nacional, Quito, 2009, P. 1.

Toda esta concepción que en principio parece ser corolario de la igualdad entre todas las personas, ha generado precisamente lo contrario, llevándonos a un resultado totalmente opuesto, a renegar parte de nuestros orígenes, parte de nuestra historia y a generar una mentalidad eurocéntrica, que poco puede aportar a un país latino con orígenes indígenas tan importantes como lo es Chile. Frente a esto creemos necesario abrir las puertas hacia un *Estado Plurinacional y la autodeterminación de los pueblos indígenas*.

1.1. Plurinacionalidad, interculturalidad y postcolonialismo.

La idea de Plurinacionalidad es hoy reconocida en bastantes Estados del mundo. Existen bastantes Estados que son Plurinacionales, y no sólo países latinos con una composición indígena importante como lo es el caso de Bolivia y Ecuador, sino que también países como Canadá, Suiza y Bélgica también se consideran Plurinacionales.

Esto no es una nueva invención, sino que simplemente se trata del reconocimiento de algo que ha existido desde siempre.

El problema, en cierta medida, se genera en el momento que comenzamos a creer que existe un binomio inseparable entre Nación y Estado, sin embargo, lo anterior, no es más que una producción liberal, y como señalan destacados autores, sí existe otra concepción de Nación, una concepción que es comunitaria. En palabras de Boaventura de Sousa Santos “...*hay otro concepto, un concepto comunitario no liberal de nación que no conlleva consigo necesariamente el Estado*”².

Esto, nos permite generar una apertura mental, ya que una vez que nos desprendemos de este binomio (nación-estado) pareciera ser que una venda se desprendiera y lográramos reconocer que como nación somos una comunidad de personas (ya en sí multiculturales) integradas por indígenas, por inmigrantes, por minorías sexuales, con diferentes costumbres, lenguas, religión, etc. No estamos queriendo decir que no puede hablarse de una nación chilena, ni que el Derecho estatal no sea el correcto, muy lejos de aquello, lo que queremos señalar es que, además de aquel Derecho estatal, habría otros Derechos que convivirían y que serían igual de válidos y vinculantes. Lo que se propone es un concepto de autodeterminación, pero no de independencia, seguimos siendo un “todo”, pero dentro de ese “todo” existen pequeñas porciones con Derecho a la autodeterminación. Lo anterior, necesariamente nos llevaría a la reformulación del Estado Moderno.

El principio constitucional de la plurinacionalidad, “*denominado en doctrina como la constitución de la constitución o decisiones constitucionales fundamentales*”³, se sustenta

² Santos, Boaventura de Sousa, *La Reinvencción del Estado y el Estado Plurinacional*, Alianza Interinstitucional Cenda, Cejis, Cedib, Santa Cruz de la Sierra, 2007, p. 18.

³ Llasag Fernández, Raúl, *La jurisdicción indígena en el contexto de los principios de plurinacionalidad e interculturalidad*, op. cit., p.3.

en el reconocimiento de todas las diversidades, sean éstas étnicas, culturales o de otra naturaleza, cuya consecuencia más relevante es reconocer a todas las diversidades culturales como sujetos de Derecho y por ende, el estado está obligado a garantizar el Derecho a vivir, como pueblos diferentes, en su propio territorio con sus particularidades. El reconocimiento constitucional del principio de la plurinacionalidad va de la mano de transformaciones muchas más profundas que permitan respetar y dar un lugar a todas estas diversidades culturales que, claramente han sido renegadas.

En síntesis, la Plurinacionalidad a la cual apuntamos supone en principio una transformación de conductas y concepciones eurocéntricas hacia referentes etnocéntricos, pero esto debe ir de la mano a un modelo de Estado que incluya a todas las personas que conforman esta comunidad y que resguarde las diversas culturas, lenguas, religión y el respeto por la naturaleza propios de los pueblos indígenas que habitan nuestro territorio.

Junto con este gran principio de la plurinacionalidad, se encuentran conceptos como la interculturalidad y la postcolonialidad. Conceptos que se derivan de este principio y que creemos pertinente mencionar para tener una visión más completa del escenario latinoamericano.

La interculturalidad⁴ se caracteriza por presuponer una cultura compartida. Esta se “funda en la necesidad de construir relaciones entre las diversidades, como también entre prácticas, lógicas y conocimientos distintos⁵” en el fondo, lo que pretende la interculturalidad es lograr dentro de esa diversidad cultural que consagra y reconoce la plurinacionalidad un punto de unidad, y ese punto de unidad sería, su convivencia plurinacional, es decir la nación⁶ compartida, por eso, es que Chile no puede ser comparado con otro país, porque tenemos una interculturalidad que nos vuelve únicos como nación, y -creemos pertinente agregar- es la razón por la que introducir formas de organización o modelos estatales extranjeros siempre será un fracaso, porque el éxito que este pueda tener en un determinado país, no implica que vaya a funcionar en otro, precisamente porque siempre serán Naciones distintas.

Además, este concepto permite viabilizar en temas de justicia, llegar a una compatibilización de la jurisdicción ordinaria e indígena⁷ bajo el principio del respeto e impidiendo todo tipo de discriminación y marginación.

⁴ Que no es un concepto que haga referencia solamente a la cultura de una comunidad, sino que además se relaciona con la política.

⁵ Catherine Walsh, “Interculturalidad, reformas constitucionales y pluralismo jurídico”, en Judith Salgado, (edit.) *Justicia Indígena aportes para un debate*, Quito, Universidad Andina Simón Bolívar, Sede Ecuador/ Corporación Editora Nacional, 2002, p. 24.

⁶ Nación entendida como comunidad, ya que es la manera como es entendido este concepto en el marco del principio de la plurinacionalidad.

⁷ Esto en países que se han reconocido como naciones plurinacionales como Ecuador, consagración no menos importante considerando que el estado de Derecho ha impuesto una tradición que difícilmente va a ser transformado de un día para otro, entonces resguardar la jurisdicción indígena ante posibles marginaciones será una importante.

Otro concepto que creemos necesario traer a colación es el de la postcolonialidad, que es el reconocimiento que el colonialismo no terminó con la independencia, y que entre la independencia y el postcolonialismo va a pasar un período muy largo. Es cosa de mirar el tratamiento que como estado le damos a los pueblos indígenas, pareciera ser que a diferencia de lo que ocurre en otros países, renegamos de nuestras raíces étnicas, nos avergonzamos de llevar un apellido indígena, no sentimos afecto alguno por conceptos indígenas como lo es la Pachamama o los Ayllus, cuestiones que deberían tener un valor incalculable.

Si bien es cierto que, no somos un país con una composición indígena tan grande como otros que se han proclamado como estados plurinacionales, tenemos pueblos indígenas con costumbres que deberíamos tratar de preservar y no ocultar. Ante esto, no nos queda más que concluir que somos un país discriminador y poco inclusivo, cuya raíz no es otra que un colonialismo que aún está presente, ya que seguimos conservando las mismas instituciones que nos dejó la colonización y lo que es mucho peor, la misma mentalidad eurocéntrica que venera formas de vida que no tiene absolutamente nada que ver con la realidad latinoamericana de un país como lo es Chile, enormemente rico en cultura, pero que se ciega ante conceptos introducidos a la fuerza.

El postcolonialismo conlleva a dos cosas de gran importancia: la primera, es que el Estado no puede ser culturalmente neutro porque aquello favorecería a la cultura dominante; y, en segundo lugar, dice relación con las injusticias cometidas en el largo período del colonialismo⁸. Es una especie de reivindicación hacia las injusticias cometidas en contra de los pueblos indígenas.

La declaración del estado plurinacional obliga al Estado, en primer lugar, a reconocer a todas las diversidades sean estas étnicas, culturales o de otra naturaleza; en segundo lugar, garantizar el Derecho a vivir como colectividades diferentes a través del reconocimiento de la autonomía interna⁹. Ahora bien, todo esto a lo que hemos hecho referencia nos permite abrir nuestra mente hacia el tratamiento del pluralismo jurídico, concepto clave para lo que serán las propuestas de integración indígena al Tribunal Constitucional, pero antes de comenzar el tratamiento del pluralismo jurídico, creemos necesario referimos a su razón social.

La plurinacionalidad, propone la existencia de diversas culturas dentro de la nación, todas ellas con costumbres, lengua, religión y normas propias. Esto tiene como consecuencia que no sólo hay un Derecho, junto al Derecho Estatal coexisten otros Derechos, esto porque el Derecho es una manifestación cultural, al existir una pluralidad de culturas, existen a su vez múltiples Derechos. Su legitimidad o no dependerá de las condiciones en que estos se desarrollen.

⁸ Santos, Boaventura de Sousa, *La Reinención del Estado y el Estado Plurinacional*, op. cit., p. 19.

⁹ Llasag Fernández, Raúl, *La jurisdicción indígena en el contexto de los principios de plurinacionalidad e interculturalidad*, op. cit., p. 9

En las siguientes páginas desarrollaremos el eje central de este capítulo que es el pluralismo jurídico, concepto clave para lo que propondremos como hipótesis.

1.2. Pluralismo jurídico.

Si realizamos la tarea de observar la composición de un territorio más allá de los conceptos o principios propios de una tradición normativa formal, necesariamente llegaremos a la conclusión que dentro de un territorio existen diversos Estados de dos o más órdenes normativos que pueden articularse de modo distinto en cada uno de estos países¹⁰. En el fondo lo que queremos señalar es que además de lo que entendemos como Estado, existen otros sistemas jurídicos -lo que es cierto que puede resultar inadmisibles para algunos- con sus propias normas, costumbres, formas de resolución de problemas. Esto que para muchos resulta desconocido es el llamado pluralismo jurídico.

El pluralismo jurídico¹¹ puede ser entendido como aquel principio en virtud del cual, se reconoce y acepta la validez de diversos ordenamientos jurídicos dentro del territorio de un estado, en un plano de igual jerarquía. Es un principio que aparece en oposición al monismo jurídico a la colonización cultural en él reflejada y su reconocimiento produce dos consecuencias relevantes. La primera es reaccionar frente a una concepción del Estado de Derecho, -aquello que tan a menudo escuchamos y aceptamos como normal- que propone la homogeneización de una nación, en pro de la igualdad. Y la segunda, la reivindicación de mecanismos jurisdiccionales no estatales, propios de las culturas hasta ahora, subalternas, principalmente indígenas, que en si bien para ellos representa instituciones de todo válidas, no tienen la relevancia a nivel estatal que les corresponde¹². En el fondo, se plantea el reconocimiento de los pueblos indígenas como sujetos políticos¹³.

El principio del pluralismo jurídico comienza a cuestionarse dos consecuencias de la herencia jurídicas de la colonización la identificación de binomios Estado- Nación y Estado- Derecho, rompiendo el paradigma que sujeta necesariamente el Derecho con una producción estatal, entendiendo que el estado es una agrupación homogénea de personal, obviando la

¹⁰ Noguera Fernández, Albert, *Constitución, Plurinacionalidad y Pluralismo Jurídico en Bolivia*, Oxfam, La Paz, 2008, cfr. P. 34.

¹¹ Aunque desde ya aclaramos que es un concepto polisémico ha sido usado para representar fenómenos muy diversos como pluralidad de fuentes jurídicas, la pluralidad de leyes de los países en vías de descolonización, incluso en materias mercantiles. Pero para estos efectos lo entenderemos como una alternativa, a un nuevo paradigma de producción normativa que rompe con la teoría monista propia del Estado de Derecho.

¹² Derpic Salazar, Carlos, *La justicia comunitaria en la NCPE*, en Kass y Velázquez (editores), *Reflexión crítica a la nueva constitución política del Estado*, Konrad Adenauer Stiftung, La paz, 2009, pp. 480-516, p. 486.

¹³ No de la manera en que se entendió a raíz del colonialismo, es decir, como sujetos incapaces que debían estar bajo el alero de políticas proteccionistas, sino como sujetos plenamente capaces e independientes, sujetos con Derecho a la autorregulación, y a autodefinir sus destinos.

diversidad cultural, lingüística y legal propia de nuestro país¹⁴. Además de convertirse en una vía hacia la colonización cultural, al sujetar a todas las personas a un mismo ordenamiento jurídico, convirtiendo a la cultura eurocéntrica en la cultura oficial, bajo argumento de respetar una igualdad ante la ley. Pero bastaría realizar una simple mirada a la vida cotidiana para constatar lo falso que esto se torna en sociedades como la nuestra -y en general en sociedades de Latinoamérica- que son evidentemente multiculturales.

Reconocemos la capacidad de los pueblos indígenas de orientar su forma de vida, a lo que ellos consideren mejor, a resolver problemas de acuerdo a sus costumbres, en el fondo se pasa de esa superioridad propia del estado moderno, que intenta regular todo para así validarlo, porque en el fondo no estamos creando un nuevo Derecho, simplemente estamos reconociendo algo que desde mucho antes de la conformación del estado, ya estaba presente, nuestros pueblos indígenas llevan cientos de años organizándose de una determinada manera, al intentar someter dicha organización a la aprobación estatal, creamos una situación totalmente desbalanceada, donde un Derecho (Estado) pasa a tener una jerarquía mayor, a la de los demás Derechos existentes, situación que niega lo que propone el pluralismo jurídico. Pero una situación de pluralismo jurídico no se legitima simplemente invocando cualquier producción normativa con visos de alternatividad, sobre todo cuando las pautas de autorregulación son aplicadas en un ambiente de violencia, dominación, explotación, autoritarismo exclusión etc.¹⁵. Porque, así como puede haber pluralismo jurídico válidos como nos parece que serían las normas y costumbres de los pueblos indígenas que ya han sido reconocidos en muchos países, puede haber ciertos pluralismos jurídicos ilegítimos o “inmorales” como el derivado de las fuerzas paramilitares, el generado en las cárceles o el de la mafia¹⁶.

A lo largo del tratamiento que hemos realizado del pluralismo jurídico, hemos hecho notar que este se encontraría opuesto a la concepción monista del Derecho, presentándolo como una alternativa ante la concepción que identifica el Estado, con el Derecho, siendo sólo válido aquel Derecho que emane de la administración del estado, pero la verdad es que se han identificado por lo menos dos tipos de pluralismos jurídicos, Pedro Garzón identifica un *pluralismo jurídico en sentido estricto* y el *pluralismo jurídico de anclaje monista*

El primero se identifica como *pluralismo jurídico en sentido estricto* y se refiere a la coexistencia de sistemas jurídicos diferentes en un mismo espacio geográfico, cuyos rasgos serían precisamente la negación de que el Derecho sólo sería una elaboración estatal, y que por tanto sólo habría un Derecho válido, al cual estaríamos todos sujetos, propio de una tradición formalista. Mientras que la segunda perspectiva identifica un *pluralismo jurídico*

¹⁴ Yrigoyen Fajardo, Raquel, *Pluralismo jurídico, Derecho indígena y jurisdicción especial en los países andinos*. En *El Otro Derecho*, International Law Students Association, Bogotá, número 30, junio de 2004, p. 173.

¹⁵ Garzón López, Pedro, *Pluralismo jurídico*. En *Eunomía. Revista en Cultura de la Legalidad*, Universidad Carlos III Madrid, Madrid, N°5, 2014, p.2.

¹⁶ Correas, Oscar *Derecho indígena mexicano I*, UNAM, Ediciones Coyoacán, México, D.F, 2007. P. 15-20.

de anclaje monista, cuyas fuentes derivan de la teoría jurídica tradicional que justifica el monopolio jurídico estatal, frente a aquellas otras que producen y aplican entidades extraestatales de formas paralelas al Derecho oficial, como sería aquel Derecho propio de pueblos indígenas. En el fondo los que proponen el segundo tipo de pluralismo, legitiman el monopolio jurídico estatal desde la ciencia jurídica tradicional y como consecuencias relativizan el pluralismo jurídico en sentido estricto.¹⁷

Para los fines que nos avocan, suscribiéremos a la primera noción de pluralismo jurídico aquella que reconoce la coexistencia de sistemas jurídicos diferentes en un mismo estado (espacio geográfico) superando la poco realista identificación: Estado-Derecho, ya que es precisamente esta concepción ya que no nos permitiría plantear la posibilidad de concebir un tribunal constitución con integración indígena, al no reconocerle validez a las distintas normas a través de las cuales se autorregulan. El reconocimiento de funciones jurisdiccionales indígenas de acuerdo con su Derecho consuetudinario, o con sus propias normas y procedimientos posibilita una articulación democrática con el sistema judicial nacional y los poderes del Estado. Igualmente permite la reducción de la violencia institucional, que ante situaciones como las que se viven en Chile, en donde el pueblo Mapuche constantemente se ve excluido, hasta el punto de no sentirse chilenos, generando un clima de distancia y fraccionamiento dentro de la sociedad, lo que puede conducir a que en futuro se generen roces mucho más fuertes. La tarea principal del estado debiera ser fomentar la inclusión y reconocimiento de pueblos indígenas, asegurando sus Derechos para así lograr una unidad, dentro de esta diversidad cultural. Luego de ello, hacer un reconocimiento a distintos ordenamientos jurídicos, y al contrario de lo que podría pensarse, ello desarrollado en un clima de respeto y garantía a los Derechos y la autonomía de los pueblos indígenas, podría más que separar al pueblo, unirlo.

Todo este cambio, desde el modelo monista clásico a uno pluralista, en que se reconociera las características pluriculturales de nuestro país y junto con ello la validez de la jurisdicción indígena, sólo podría darse a través de una reforma constitucional, ya que es ahí donde se establecen las bases del modelo estatal.

No fue sino hasta hace pocos años que la concepción monista propia del Estado de Derecho comenzó a ser cuestionada, especialmente con el surgimiento del movimiento del Nuevo Constitucionalismo Americano, que países latinoamericanos con una composición indígena importante constitucionalizaron el pluralismo jurídico, reconociéndose como países plurinacionales, rompiéndose así con una realidad que reforzaba un colonialismo, bajo el argumento de una igualdad formal o una igualdad ante la ley.

¹⁷ Garzón López, Pedro, *Pluralismo jurídico*, op. cit., pp. 217-218.

Esta situación acarrea como consecuencia el reconocimiento de una nueva realidad¹⁸, consolidándose un modelo estatal que reivindica las diversas culturas que conviven en un mismo espacio-temporal, la fórmula que se elija para transformar al estado de Derecho no siempre será la misma, las soluciones que se han dado en los distintos países que se declararon plurinacionales y han reconocido una jurisdicción indígena ha variado, cuestión que será objeto de análisis en el siguiente acápite, pero que en síntesis transforma la concepción del estado de Derecho incorporando a las disposiciones vinculantes, la jurisdicción indígena y con ello la capacidad de autodeterminación y autorregulación de los pueblos indígenas¹⁹, reivindicando la autonomía de los pueblos indígenas aplacada por el efecto colonizador propias de la concepción formalista de un Estado de Derecho.

Generándose así una pérdida de la superioridad de la jurisdicción ordinaria, reivindicando los pueblos indígenas en cuanto a su autonomía normativa, reconociéndose la superioridad de los Derechos y de la justicia por sobre el Derecho positivo, de producción estatal.

1.3. Justicia indígena.

La plurinacionalidad y el pluralismo jurídico exigen también hacerse cargo de la justicia constitucional y del sistema de control de constitucionalidad, es por eso por lo que centraremos nuestra atención el siguiente capítulo en los modelos de control en Derecho comparado. La problemática gira en torno a la constatación de si tenemos distintos órdenes normativos, ¿Cómo aplicaremos estos distintos ordenamientos que conviven? Porque si todos esos órdenes normativos van a ser aplicados por una justicia eurocéntrica, finalmente la aplicación de eso sigue siendo monista y el segundo problema gira en torno al control de constitucionalidad. Por lo tanto, para que el pluralismo jurídico se aplique en su cabalidad es necesario el reconocimiento de una justicia indígena e incorporar también un modelo de control de constitucionalidad que lo haga coherente.

Proclamar como principio constitucional el pluralismo jurídico acarrea además de la clara aceptación de la multiculturalidad y con ello el reconocimiento de la validez de todos aquellos Derechos que son manifestación de todas estas culturas, reconocimiento que debe hacerse en un plano de igualdad, evitando una sujeción jerárquica al Derecho estatal o demás tribunales de justicia. Esto no implica la negación del Derecho de producción estatal, pero si la posibilidad de convivencia de muchos Derechos, la necesidad de reconocimiento de la competencia de los órganos correspondientes de todos estos Derechos para resolver

¹⁸ Hacemos hincapié en que se está reconociendo algo que ya se encontraba presente en nuestra realidad, siempre hemos sido una nación multicultural, pero el modelo formalista propio del Estado de Derecho se ha encargado de proclamarnos como iguales, por eso señalamos que se trataría de nueva realidad, pero en el sentido del reconocimiento constitucional de dicha realidad.

¹⁹ Tortora, Aravena, Hugo, *“Cambios introducidos al sistema de Derechos fundamentales por el Nuevo Constitucionalismo Latinoamericano Descolonizador”*, Tesis Doctoral, Valparaíso, 2017, p. 214.

conflictos, sus propias normas jurídicas, los procedimientos para la solución de conflictos y un modelo de control de constitucionalidad, que respete todo lo anterior.

Si entendemos al ordenamiento jurídico como una construcción compuesta tanto por normas generales y en cierto modo estáticas, como por normas particulares y dinámicas como son las sentencias²⁰. Creemos que un modelo que respete el principio de pluralismo jurídico debiera contemplar la posibilidad de que los diferentes Derechos reconocidos, generen sus propias normas generales, pero además que respete la posibilidad que los diferentes pueblos dicten normas particulares, sentencias en las que se resuelvan conflictos jurídicos concretos.

En el fondo, se requiere que se den las condiciones necesarias para que la jurisdicción indígena sea capaz de desarrollarse en la práctica como una jurisdicción en igualdad e independencia de la jurisdicción ordinaria, reconociéndole competencias para resolver conflictos, evitando de esta manera que el reconocimiento del pluralismo jurídico se vuelva simple letra muerta, permitiendo que la superioridad del Derecho de producción estatal se mantenga.

Al respecto Bolivia y Ecuador contemplan en sus constituciones ya sea explícitamente o implícitamente normas en que se demuestra la igualdad de jerarquía entre la jurisdicción indígena y la ordinaria de producción estatal, la independencia frente a los demás órganos y poderes del estado, como el hecho que sus decisiones deban ser respetadas por todas las instituciones públicas y privadas, y referencias al efecto que, estas sentencias producen.

Profundizando más en el tema, la Constitución Política de Ecuador contempla en el Título IV, el Capítulo IV “función judicial y justicia indígena” el artículo 171, que se encarga de la justicia indígena²¹, este artículo entrega la determinación acerca de cuáles son las autoridades competentes que ejercerán funciones jurisdiccionales a cada comunidad, pueblo o nacionalidad indígena, a través de su propio Derecho, las que harán la designación, como manifestación de su autonomía interna²². Formula que a nuestro parecer resulta armónica con el principio del pluralismo jurídico, ya que permite que las jurisdicciones indígenas se obliguen a actuar no sólo de acuerdo con sus “prácticas ancestrales” (Derecho consuetudinario), sino que también “al Derecho propio”, haciendo referencia que este Derecho no se reduce sólo al actualmente existente. Por otra parte, en relación con la competencia, se distinguen tres áreas: la competencia material, la territorial y la personal.

Este artículo además establece un límite a la validez de dichas normas y procedimientos, estos “no deben ser contrarios a la Constitución y a los Derechos humanos

²⁰ Aguiló Regla, Josep, *Fuentes del Derecho*, en Fabra y Rodríguez (editores), *Enciclopedia de filosofía y teoría del Derecho*, Instituto de Investigaciones Jurídicas de la Universidad Nacional Autónoma de México, México D.F., volumen 2, 1995, pp. 1019-1066, p. 1049.

²¹ Constitución de la república de Ecuador, 2008, artículo 171.

²² Llasag Fernández, Raúl, *La jurisdicción indígena en el contexto de los principios de plurinacionalidad e interculturalidad* op. cit., p. 192.

reconocidos en instrumentos internacionales²³. El inciso segundo del artículo 171 se refiere a la independencia de la jurisdicción indígena, ya que demuestra que las autoridades que ejercen la jurisdicción indígena no quedan sometidas a otras superiores, ya que sus resoluciones deben ser obedecidas por toda autoridad o institución, de esto deriva que sus decisiones no puedan ser impugnadas o apeladas ante jueces o tribunales comunes, no obstante que estas decisiones estarán sujetas al control de constitucionalidad de decisiones jurisdiccionales a través de la acción extraordinaria de protección contra decisiones de la justicia indígena, mismo control que el que puede realizarse respecto de las sentencias ordinarias²⁴. Cuestión que trataremos de manera más extensa en el capítulo siguiente.

Por su parte la Constitución Política de Bolivia regula en su Título III el “órgano judicial y tribunal constitucional plurinacional”. En el artículo 179 señala que la jurisdicción indígena la ejercen sus propias autoridades, en este mismo artículo en su inciso segundo se señala que esta -jurisdicción indígena- gozará de igual jerarquía que la ordinaria, y la agroambiental²⁵. Aunque quizás hubiera sido más coherente con el modelo plurinacional señalar que la jurisdicción de cada pueblo goza de igual jerarquía que la de los demás pueblos²⁶.

El Capítulo IV de este mismo Título establece la regulación básica de la jurisdicción indígena originaria campesina en los artículos 190 al 192. Que en términos generales sigue la misma fórmula ya señalada, al igual que en la constitución ecuatoriana serán las propias naciones y pueblos quienes decidirán de acuerdo con su Derecho propio, quienes serán las autoridades que ejercerán las funciones jurisdiccionales y cuáles serán las normas y procedimientos a través del cual se regirán.

El artículo 190 señala los límites de esta jurisdicción, y al igual que en Ecuador ésta debe respetar los Derechos fundamentales establecidos en la constitución. Por su parte el artículo 191 se refiere a los ámbitos de vigencia personal, material y territorial. El artículo 192 refuerza la idea de independencia e igualdad en jerarquía, estableciendo que las decisiones de la jurisdicción indígena serán acatadas por “toda autoridad o persona” pudiendo recurrir -las autoridades jurisdiccionales indígenas- al apoyo de los órganos competentes del estado para el cumplimiento de estas decisiones. Además, este artículo señala que con el objeto de promover y fortalecer la justicia indígena originaria campesina, “la ley de deslinde jurisdiccional, determinara los mecanismos de coordinación y cooperación entre la

²³ Este tema ha sido objeto de problemáticas, debido a la existencia de prácticas indígenas que son contrarias a los Derechos fundamentales, pensemos por ejemplo en prácticas de tribus africanas en que se mutilan los generales de las mujeres a una corta edad, estas prácticas no serían válidas por atentar contra Derecho humanos. Si bien este tema ha sido discutido y resulta bastante interesante, excede las fronteras de este estudio, por lo que omitiremos pronunciamiento al respecto.

²⁴ Tortora, Aravena, Hugo, “Cambios introducidos al sistema de Derechos fundamentales por el Nuevo Constitucionalismo Latinoamericano Descolonizador”, op., cit. p. 216.

²⁵ Constitución política del Estado Boliviano, 2009, artículo 179.

²⁶ Goitía, Carlos Alberto, *Constitución Política y justicia indígena originaria campesina*. Potestades de generación normativa y de administración de justicia, Friedrich Ebert Stiftung, La Paz, 2012, p. 330.

jurisdicción indígena originaria campesina con la jurisdicción ordinaria y la jurisdicción agroambiental y todas las jurisdicciones constitucionalmente reconocidas”.

Respecto de los mecanismos de control de constitucionalidad de las decisiones de la jurisdicción indígena en principio no serán sometidas a controles de constitucionalidad como veíamos que, si ocurría en el caso ecuatoriano, pero si podría existir una participación del Tribunal Constitucional Plurinacional a través de las consultas que pueden formular las autoridades indígenas y a través de su atribución de conocer y resolver conflictos entre jurisdicciones. Cosa que también será analizado en el capítulo siguiente.

Como vemos, tanto la Constitución boliviana como la ecuatoriana reconocen la independencia e igual jerarquía que debe revestir la jurisdicción indígena, lo que permite que la jurisdicción indígena no se vuelva un mero reconocimiento sin verdadera aplicación, obligando a la jurisdicción ordinaria a evitar interferencias en ámbitos de su competencia. Además, de optar por entregar la determinación de las autoridades competentes, la normativa y los procedimientos que las regirán a los mismos pueblos, método coherente con un modelo plurinacional, en que se reconozca el principio del pluralismo jurídico.

Como se aprecia es indispensable -para el diseño de un modelo plurinacional y para que el pluralismo jurídico se aplique en su cabalidad- la existencia de un sistema de control de constitucionalidad que lo haga coherente y desde esta perspectiva es donde cobra sentido la idea de un Tribunal Constitucional Plurinacional con interacción indígena, que garantice la validez de la variedad de sistemas de justicia, desarrollándose -de esta manera- la jurisdicción indígena en una situación de igualdad jerárquica, haciéndose cargo de la problemática de la justicia constitucional. Es por esto, que en las páginas siguientes nos avocaremos al estudio de diversas constituciones que incorporan tribunales constitucionales con integración étnica.

CAPITULO SEGUNDO.

DERECHO COMPARADO: REFORMAS LATINOAMERICANAS.

Como sabemos, a partir de la mirada colonialista, se posiciona a los pueblos indígenas originarios, en una *condición de subordinación, explotación económica y subvaloración cultural*²⁷. Sin embargo, en la última década del siglo XX hay países que han reformado sus constituciones incluyendo el reconocimiento del Derecho y la Jurisdicción indígena - siguiendo un modelo de gestión de la multiculturalidad que autores como Yrigoyen denominan “*horizonte pluralista*”-. Lo anterior supone un gran avance puesto que implica el reconocimiento del valor indígena que desde épocas milenarias ha tenido presencia en nuestro territorio, y que forma parte de nuestra Constitución como latinoamericanos.

Lo más relevante de los cambios a nivel constitucional es que *vienen a cuestionar herencias fundamentales de los períodos anteriores. Primero, plantea el reconocimiento de los pueblos indígenas como sujetos políticos y no sólo objetos de políticas que dictan otros, lo que importa ruptura de la ideología de inferioridad y supuesta necesidad de tutela estatal acuñada en la época colonial para hacer legítima la subordinación política y explotación económica de los pueblos originarios. En segundo lugar, se cuestionan dos herecncias centrales de la juridicidad republicana que son los binomios Estado-nación y Estado-Derecho. Se quiebra la idea de que el Estado representa una nación homogénea y pasa a reconocerse la diversidad cultural, lingüística, legal.*²⁸

En este segundo capítulo, nos avocaremos a realizar un breve análisis de Derecho Comparado, contrastando el contenido que cada una de las constituciones seleccionadas, dan al órgano central de nuestro análisis que es el Tribunal Constitucional, sin perjuicio de mencionar otros aspectos que parezcan relevantes en el reconocimiento al pluralismo jurídico que cada uno de estos ordenamientos presentan.

Nuestro análisis de Derecho comparado, tendrá como objeto de estudio la constituciones de: Guatemala, Colombia, Bolivia y Ecuador. Dicha selección de países no ha sido al azar, sino que se debe a que tendremos a la vista los trabajos de la profesora Raquel Yrigoyen, quien identifica tres ciclos del horizonte del constitucionalismo pluralista: a) el constitucionalismo multicultural (1982-1988), b) el constitucionalismo pluricultural (1989-

²⁷ Yrigoyen Fajardo, Raquel, *Pluralismo jurídico, Derecho indígena y jurisdicción especial en los países andinos*, op., cit. p. 171.

²⁸ Yrigoyen, Raquel *Pluralismo jurídico, Derecho indígena y jurisdicción especial en los países andinos*, op., cit. p. 172 - 173.

2005) y c) el constitucionalismo plurinacional (2006-2009). Así, cada uno de las constituciones seleccionadas forman parte de los 3 ciclos antes señalados. Además, de lo anterior, cada uno de estos países tiene en su modelo constitucional un órgano independiente de los otros tres poderes tradicionales que ejerce el control de constitucionalidad, es decir, tienen un Tribunal o Corte constitucional, lo que es central para nuestro análisis.

2.1 Constitución Política de la República de Guatemala

El Tribunal Constitucional, se denomina “Corte de Constitucionalidad” en el Estado de Guatemala, y tiene su regulación a nivel constitucional, y a nivel legal en la “Ley de amparo, exhibición personal y de constitucionalidad de Guatemala”.

▪ Requisitos para ser miembro:

Los requisitos para ser miembro de la Corte de Constitucionalidad tienen su regulación tanto a nivel constitucional como a nivel legal en el caso guatemalteco. En la Constitución, aparece regulado en el Título VI denominado “garantías constitucionales y defensa del orden constitucional”, en el capítulo 4 denominado “Corte de Constitucionalidad”.

“Artículo 270.- Requisitos de los magistrados de la Corte de Constitucionalidad. Para ser magistrado de la Corte de Constitucionalidad, se requiere llenar los siguientes requisitos:

- a) Ser guatemalteco de origen;*
- b) Ser abogado colegiado;*
- c) Ser de reconocida honorabilidad; y*
- d) Tener por lo menos quince años de graduación profesional.*

*Los magistrados de la Corte de Constitucionalidad gozarán de las mismas prerrogativas e inmunidades que los magistrados de la Corte Suprema de Justicia.”*²⁹

A nivel legal, la “Ley de amparo, exhibición personal y de constitucionalidad”, se encarga de regular esta materia en su “Título cinco” denominado “Corte de Constitucionalidad”, en su Capítulo 1 denominado “jurisdicción”.

“Artículo 151. Requisitos para ser Magistrado de la Corte de Constitucionalidad.

²⁹ Constitución Política de la República de Guatemala, 2002.

Para ser Magistrado de la Corte de Constitucionalidad se requiere:

- I. Ser guatemalteco de origen;*
- II. Ser abogado colegiado activo;*
- III. Ser de reconocida honorabilidad;*
- IV. Tener por lo menos quince años de graduación profesional”.*

“Artículo 152. Los Magistrados de la Corte de Constitucionalidad, además de los requisitos contemplados en el artículo anterior y que les son comunes a todos ellos, deberán ser escogidos preferentemente entre personas con experiencia en la función y administración pública, magistraturas, ejercicio profesional y docencia universitaria, según sea el órgano del Estado que lo designe.”³⁰

▪ **Número de miembros, duración en el cargo y elección:**

Estas tres materias aparecen reguladas a nivel constitucional en el Título VI denominado “garantías constitucionales y defensa del orden constitucional”, en el capítulo 4 denominado “Corte de Constitucionalidad”.

“Artículo 269.- Integración de la Corte de Constitucionalidad. La Corte de Constitucionalidad se integra con cinco magistrados titulares, cada uno de los cuales tendrá su respectivo suplente. Cuando conozca de asuntos de inconstitucionalidad en contra de la Corte Suprema de Justicia, el Congreso de la República, el presidente o el vicepresidente de la República, el número de sus integrantes se elevará a siete, escogiéndose los otros dos magistrados por sorteo de entre los suplentes.

Los magistrados durarán en sus funciones cinco años y serán designados en la siguiente forma:

- a) Un magistrado por el pleno de la Corte Suprema de Justicia;*
- b) Un magistrado por el pleno del Congreso de la República;*
- c) Un magistrado por el presidente de la República en Consejo de Ministros;*
- d) Un magistrado por el Consejo Superior Universitario de la Universidad de San Carlos de Guatemala;*
- e) Un magistrado por la Asamblea del Colegio de Abogados.*

Simultáneamente con la designación del titular, se hará la del respectivo suplente, ante el Congreso de la República.

³⁰ Ley de amparo, exhibición personal y de constitucionalidad de Guatemala, 2015.

La instalación de la Corte de constitucionalidad se hará efectiva noventa días después que la del Congreso de la República.”³¹

A nivel legal, las tres materias aparecen reguladas en La Ley de amparo, en su Título cinco denominado “Corte de Constitucionalidad”, en su Capítulo II denominado “integración”.

“Artículo 150. Integración de la Corte de Constitucionalidad. La Corte de Constitucionalidad se integra con cinco Magistrados titulares, cada uno de los cuales tendrá su respectivo suplente. Cuando conozca de asuntos de inconstitucionalidad contra de la Corte Suprema de Justicia, el Congreso de la República, el presidente o vicepresidente de la República, el número de sus integrantes se elevará a siete, escogiéndose los otros dos Magistrados por sorteo de entre los suplentes.

Los Magistrados durarán en sus funciones cinco años y serán designados en la siguiente forma:

- a) Un Magistrado por el pleno de la Corte Suprema de Justicia;*
- b) Un Magistrado por el pleno del Congreso de la República;*
- c) Un Magistrado por el presidente de la República en Consejo de Ministros;*
- d) Un Magistrado por el Consejo Superior Universitario de la Universidad de San Carlos de Guatemala;*
- e) Un Magistrado por la Asamblea del Colegio de Abogados de Guatemala.*

Simultáneamente con la designación del titular, se hará la del respectivo suplente, ante el Congreso de la República.”³²

▪ **Funciones:**

Las funciones de la Corte de Constitucionalidad están reguladas en el Título VI denominado “garantías constitucionales y defensa del orden constitucional”, en el capítulo 4, denominado “Corte de Constitucionalidad”.

“Artículo 272.- Funciones de la Corte de Constitucionalidad. La Corte de Constitucionalidad tiene las siguientes funciones:

³¹ Constitución Política de la República de Guatemala, 2002.

³² Ley de amparo, exhibición personal y de constitucionalidad de Guatemala, 2015.

- a) *Conocer en única instancia de las impugnaciones interpuestas contra leyes o disposiciones de carácter general, objetadas parcial o totalmente de inconstitucionalidad;*
- b) *Conocer en única instancia en calidad de Tribunal Extraordinario de Amparo en las acciones de amparo interpuestas en contra del Congreso de la República, la Corte Suprema de Justicia, el presidente y el vicepresidente de la República;*
- c) *Conocer en apelación de todos los amparos interpuestos ante cualquiera de los tribunales de justicia. Si la apelación fuere en contra de una resolución de amparo de la Corte Suprema de Justicia, la Corte de Constitucionalidad se ampliará con dos vocales en la forma prevista en el artículo 268;*
- d) *Conocer en apelación de todas las impugnaciones en contra de las leyes objetadas de inconstitucionalidad en casos concretos, en cualquier juicio, en casación, o en los casos contemplados por la ley de la materia;*
- e) *Emitir opinión sobre la constitucionalidad de los tratados, convenios y proyecto de ley, a solicitud de cualquiera de los organismos del Estado;*
- f) *Conocer y resolver lo relativo a cualquier conflicto de jurisdicción en materia de constitucionalidad;*
- g) *Compile la doctrina y principios constitucionales que se vayan sentando con motivo de las resoluciones de amparo y de inconstitucionalidad de las leyes, manteniendo al día el boletín o gaceta jurisprudencial;*
- h) *Emitir opinión sobre la inconstitucionalidad de las leyes vetadas por el Ejecutivo alegando inconstitucionalidad; e*
- i) *Actuar, opinar, dictaminar o conocer de aquellos asuntos de su competencia establecidos en la Constitución de la República.”*³³

A nivel legal, las funciones de la Corte están reguladas en el Título V, denominado “Corte de Constitucionalidad”, en el Capítulo III.

“Artículo 163. Funciones de la Corte de Constitucionalidad. Corresponde a la Corte de Constitucionalidad:

- a) *Conocer en única instancia de las impugnaciones interpuestas contra leyes o disposiciones de carácter general, objetadas parcial o totalmente de inconstitucionalidad;*
- b) *Conocer en única instancia, en calidad de Tribunal Extraordinario de Amparo, las acciones de amparo interpuestas contra el Congreso de la República, la Corte Suprema de Justicia, el presidente y el vicepresidente de la República;*
- c) *Conocer en apelación de todos los amparos interpuestos ante cualquiera de los tribunales de justicia. Si la apelación fuere contra de una resolución de amparo de*

³³ Constitución Política de la República de Guatemala, 2002.

- la Corte Suprema de Justicia, la Corte de Constitucionalidad se ampliará con dos vocales, escogiéndose los otros dos Magistrados por sorteo de entre los suplentes;*
- d) Conocer en apelación de todas las impugnaciones contra las leyes objetadas de inconstitucionalidad en casos concretos, en cualquier juicio, en casación o en los casos contemplados por esta ley;*
 - e) Emitir opinión sobre la constitucionalidad de los tratados, convenios y proyectos de ley, a solicitud de cualquiera de los Organismos del Estado;*
 - f) Conocer y resolver lo relativo a cualquier conflicto de competencia o de jurisdicción en materia de constitucionalidad;*
 - g) Compilar la doctrina y principios constitucionales que vaya sentando con motivo de las resoluciones de amparo y de inconstitucionalidad, manteniendo al día el boletín o gaceta jurisprudencial;*
 - h) Emitir opinión sobre la inconstitucionalidad de las leyes vetadas por el Ejecutivo alegando inconstitucionalidad;*
 - i) Actuar, opinar, dictaminar o conocer de aquellos asuntos de su competencia establecidos en la Constitución de la República”.*

“Artículo 164. Otras funciones de la Corte de Constitucionalidad. Corresponde también a la Corte de Constitucionalidad:

- a) Dictaminar sobre la reforma a las leyes constitucionales previamente a su aprobación por parte del Congreso;*
- b) Emitir opinión sobre la constitucionalidad de los proyectos de ley a solicitud del Congreso de la República;*
- c) Conocer de las cuestiones de competencia entre los organismos y entidades autónomas del Estado”.*
- d)*

- **Reelección:**

La reelección se encuentra regulada en la Ley de amparo, exhibición personal y de constitucionalidad de Guatemala, en el Título cinco, denominado “Corte de Constitucionalidad”, en el Capítulo que se refiere a la “integración”.

*“Artículo 162. Reelección de los Magistrados. Los Magistrados de la Corte de Constitucionalidad podrán ser reelectos por el mismo organismo del Estado o institución que los designó, o por otro que tuviere facultades de designación.”*³⁴

- **Integración indígena:**

³⁴ Ley de amparo, exhibición personal y de constitucionalidad de Guatemala, 2015.

La Constitución Política de la República de Guatemala no considera la procedencia indígena como un requisito que deban cumplir los miembros que integran la Corte de Constitucionalidad. Sin embargo, la Carta Fundamental guatemalteca en su capítulo II que se refiere a los “Derechos sociales”, en su sección III denominada “comunidades indígenas”, artículo 66 y siguientes, reconoce el hecho de que el Estado de Guatemala está conformado por una diversidad de grupos étnicos, a los que les brinda protección y respeto. Así, a modo de ejemplo, el artículo 66 señala que “...El Estado reconoce, respeta y promueve sus formas de vida, costumbres, tradición es, formas de organización social, el uso del traje indígena en hombres y mujeres, idiomas y dialectos...”. Además, el Estado otorga protección a las tierras y cooperativas agrícolas indígenas, lo que es una clara muestra del interés real que tiene el Estado en promover las relaciones entre los distintos grupos que conforman el Estado de Guatemala.

2.2 Constitución Política de Colombia.

▪ Requisitos para ser miembro de la Corte Constitucional:

La Carta Fundamental de Colombia, establece en su Título VIII denominado “de la rama judicial”, en su capítulo 1 “de las disposiciones generales” los requisitos para ser miembro de la Corte Constitucional. En su artículo 232 se señalan como requisitos los siguientes:

- a) *“Ser colombiano de nacimiento y ciudadano en ejercicio.*
- b) *Ser abogado.*
- c) *No haber sido condenado por sentencia judicial a pena privativa de la libertad, excepto por delitos políticos o culposos.*
- d) *Haber desempeñado, durante diez años, cargos en la Rama Judicial o en el Ministerio Público, o haber ejercido, con buen crédito, por el mismo tiempo, la profesión de abogado, o la cátedra universitaria en disciplinas jurídicas en establecimientos reconocidos oficialmente.*

Para ser Magistrado de estas corporaciones no será requisito pertenecer a la carrera judicial”.³⁵

En el artículo 240 se menciona una restricción en el sentido de que se establece que “No podrán ser elegidos Magistrados de la Corte Constitucional quienes durante el año anterior a la elección se hayan desempeñado como Ministros del Despacho o Magistrados de la Corte Suprema de Justicia o del Consejo de Estado”.³⁶

³⁵ Constitución Política de Colombia, 1991.

³⁶ Constitución Política de Colombia, 1991.

- **Número de miembros, duración en el cargo, elección y posibilidad de reelección:**

En el mismo Título VIII de la Carta Fundamental colombiana, en su capítulo 1 “de las disposiciones generales”, se establece en el artículo 233 que “Los Magistrados de la Corte Constitucional, de la Corte Suprema de Justicia y del Consejo de Estado serán elegidos para períodos individuales de ocho años, no podrán ser reelegidos y permanecerán en el ejercicio de sus cargos mientras observen buena conducta, tengan rendimiento satisfactorio y no hayan llegado a edad de retiro forzoso”.³⁷

En el inciso 2º del artículo 239 de la Carta Fundamental, se reitera el concepto acerca de la duración en el cargo, y agrega la forma en que se realiza la elección de sus miembros, negando la posibilidad de reelección de sus miembros. Así se señala que “Los Magistrados de la Corte Constitucional serán elegidos por el Senado de la República para períodos individuales de ocho años, de sendas ternas que le presenten el presidente de la República, la Corte Suprema de Justicia y el Consejo de Estado. Los Magistrados de la Corte Constitucional no podrán ser reelegidos”.³⁸

- **Funciones:**

La Carta Fundamental colombiana en el mismo Título VIII denominado “de la rama judicial”, capítulo 4 denominado “de la jurisdicción constitucional”, concretamente en su artículo 241, señala un listado con las distintas funciones que debe ejercer la Corte Constitucional, señalando de esta manera que “A la Corte Constitucional se le confía la guarda de la integridad y supremacía de la Constitución, en los estrictos y precisos términos de este artículo. Con tal fin, cumplirá las siguientes funciones:

- a) Decidir sobre las demandas de inconstitucionalidad que promuevan los ciudadanos contra los actos reformativos de la Constitución, cualquiera que sea su origen, sólo por vicios de procedimiento en su formación.*
- b) Decidir, con anterioridad al pronunciamiento popular, sobre la constitucionalidad de la convocatoria a un referendo o a una Asamblea Constituyente para reformar la Constitución, sólo por vicios de procedimiento en su formación.*
- c) Decidir sobre la constitucionalidad de los referendos sobre leyes y de las consultas populares y plebiscitos del orden nacional. Estos últimos sólo por vicios de procedimiento en su convocatoria y realización.*
- d) Decidir sobre las demandas de inconstitucionalidad que presenten los ciudadanos contra las leyes, tanto por su contenido material como por vicios de procedimiento en su formación.*

³⁷ Constitución Política de Colombia, 1991.

³⁸ Constitución Política de Colombia, 1991.

- e) *Decidir sobre las demandas de inconstitucionalidad que presenten los ciudadanos contra los decretos con fuerza de ley dictados por el Gobierno con fundamento en los artículos 150 numeral 10 y 341 de la Constitución, por su contenido material o por vicios de procedimiento en su formación.*
- f) *Decidir sobre las excusas de que trata el artículo 137 de la Constitución.*
- g) *Decidir definitivamente sobre la constitucionalidad de los decretos legislativos que dicte el Gobierno con fundamento en los artículos 212, 213 y 215 de la Constitución.*
- h) *Decidir definitivamente sobre la constitucionalidad de los proyectos de ley que hayan sido objetados por el Gobierno como inconstitucionales, y de los proyectos de leyes estatutarias, tanto por su contenido material como por vicios de procedimiento en su formación.*
- i) *Revisar, en la forma que determine la ley, las decisiones judiciales relacionadas con la acción de tutela de los Derechos constitucionales.*
- j) *Decidir definitivamente sobre la exequibilidad de los tratados internacionales y de las leyes que los aprueben. Con tal fin, el Gobierno los remitirá a la Corte, dentro de los seis días siguientes a la sanción de la ley. Cualquier ciudadano podrá intervenir para defender o impugnar su constitucionalidad. Si la Corte los declara constitucionales, el Gobierno podrá efectuar el canje de notas; en caso contrario no serán ratificados. Cuando una o varias normas de un tratado multilateral sean declaradas inexecutable por la Corte Constitucional, el Presidente de la República sólo podrá manifestar el consentimiento formulando la correspondiente reserva.*
- k) *Darse su propio reglamento”.*³⁹

▪ **Integración indígena:**

La Constitución Política colombiana no considera la procedencia indígena como requisito que deban cumplir algunos de los miembros que integran la Corte Constitucional. No obstante, lo anterior, la Carta Fundamental colombiana en su capítulo 5 denominado “de las jurisdicciones especiales”, otorga reconocimiento y autonomía al Derecho de los pueblos indígenas, dando lugar, por tanto, al fenómeno del pluralismo jurídico. Esto, es una clara señal de la real importancia y valor que Estados como el colombiano, dan a sus comunidades indígenas. Así, el Capítulo 5 dispone:

“Capítulo 5, de las jurisdicciones especiales,

Artículo 246. 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.

³⁹ Constitución Política de Colombia, 1991.

La ley establecerá las formas de coordinación de esta jurisdicción especial con el sistema judicial nacional.

Artículo 247. La ley podrá crear jueces de paz encargados de resolver en equidad conflictos individuales y comunitarios. También podrá ordenar que se elijan por votación popular.

Artículo 248. Únicamente las condenas proferidas en sentencias judiciales en forma definitiva tienen la calidad de antecedentes penales y contravencionales en todos los órdenes legales”.⁴⁰

2.3. Constitución Política del Estado Plurinacional de Bolivia

El Tribunal Constitucional en Bolivia, adquiere la misma denominación, pero agrega el término “plurinacional”. Aparece regulado tanto a nivel constitucional, como a nivel legal.

▪ Requisitos para ser miembro del Tribunal Constitucional Plurinacional:

Los requisitos para ser miembro del Tribunal Constitucional Plurinacional boliviano se encuentran regulados en el capítulo sexto de la Constitución Política del Estado de Bolivia, en el capítulo denominado “del Tribunal Constitucional Plurinacional”:

“Artículo 199.

- a) Para optar a la magistratura del Tribunal Constitucional Plurinacional se requerirá, además de los requisitos generales para el acceso al servicio público, haber cumplido treinta y cinco años y tener especialización o experiencia acreditada de por lo menos ocho años en las disciplinas de Derecho Constitucional, Administrativo o Derechos Humanos. Para la calificación de méritos se tomará en cuenta el haber ejercido la calidad de autoridad originaria bajo su sistema de justicia.*
- b) Las candidatas y los candidatos al Tribunal Constitucional Plurinacional podrán ser propuestas y propuestos por organizaciones de la sociedad civil y de las naciones y pueblos indígena originario campesinos.”⁴¹*

Asimismo, aparecen regulados en la Ley del Tribunal Constitucional Plurinacional de Bolivia, en la Parte primera, referida a la “composición, organización y funcionamiento del Tribunal Constitucional Plurinacional”, en el Título II denominado “de las magistradas y los

⁴⁰ Constitución Política de Colombia, 1991.

⁴¹ Constitución Política del Estado de Bolivia, 2009.

magistrados”, Capítulo II denominado “convocatoria, preselección y elección”.

“Artículo 17. (Requisitos).

I. Para postular al servicio público de Magistradas y Magistrados del Tribunal Constitucional Plurinacional se deberá:

1. Contar con la nacionalidad boliviana.

2. Tener 35 años de edad como mínimo.

3. Haber cumplido con los deberes militares, para los varones.

4. No tener pliego de cargo ejecutoriado ni sentencia condenatoria ejecutoriada en materia penal pendiente de cumplimiento.

5. No estar comprendido en los casos de prohibición, inelegibilidad ni incompatibilidad establecidos en la Constitución y la presente Ley.

6. Estar inscrita o inscrito en el padrón electoral.

7. Hablar al menos dos idiomas oficiales del país en el marco de lo establecido en la Disposición Transitoria Décima de la Constitución Política del Estado.

8. Poseer título de abogada o abogado en provisión nacional.

9. Tener especialización o experiencia acreditada de por lo menos ocho años en las disciplinas de Derecho Constitucional, Administrativo o Derechos Humanos.

10. No haber sido destituido por el Consejo de la Magistratura.

II. Para la calificación de méritos se tomará en cuenta el haber ejercido la calidad de autoridad originaria bajo su sistema de justicia”.⁴²

▪ **Duración en el cargo y posibilidad de reelección:**

La duración en el cargo como miembro del Tribunal Constitucional Plurinacional, aparece regulado en la Ley que regula al Tribunal Constitucional Plurinacional de Bolivia, en la Parte Primera que se refiere a la “composición, organización y funcionamiento del Tribunal Constitucional Plurinacional”, en el Título II “de las magistradas y los magistrados, Capítulo I:

⁴² Ley del Tribunal Constitucional Plurinacional de Bolivia, 2010.

“Artículo 14. (Periodo de funciones)

*Las Magistradas y los Magistrados del Tribunal Constitucional Plurinacional desempeñarán sus funciones por un periodo personal de seis años, computables a partir de la fecha de su posesión, no pudiendo ser reelegidas ni reelegidos de manera continua.”*⁴³

▪ **Número de miembros:**

El número de miembros está regulado asimismo en la Ley del Tribunal Constitucional Plurinacional de Bolivia, en su Parte primera denominada “composición, organización y funcionamiento del Tribunal Constitucional Plurinacional”, Título II “De las magistradas y los magistrados”, Capítulo 1.

“Artículo 13. (Número de integrantes).

El Tribunal Constitucional Plurinacional estará conformado de la siguiente manera:

- 1. Siete Magistradas y Magistrados titulares y siete Magistradas y Magistrados suplentes.*
- 2. Al menos dos Magistradas y Magistrados provendrán del sistema indígena originario campesino, por auto-identificación personal.”*⁴⁴

▪ **Elección de sus miembros:**

La elección de los miembros que conforman el Tribunal Constitucional Plurinacional están regulados tanto en la Constitución Política del Estado de Bolivia, como en su Ley que regula al Tribunal Constitucional. En la Constitución Política está regulado en el capítulo sexto, denominado “del Tribunal Constitucional Plurinacional”:

“Artículo 198.

*Las Magistradas y los Magistrados del Tribunal Constitucional Plurinacional se elegirán mediante sufragio universal, según el procedimiento, mecanismo y formalidades de los miembros del Tribunal Supremo de Justicia.”*⁴⁵

En cuanto a su regulación en la Ley del Tribunal Constitucional Plurinacional, aparece en la parte primera de la ley denominada “composición, organización y

⁴³ Ley del Tribunal Constitucional Plurinacional de Bolivia.

⁴⁴ Ley del Tribunal Constitucional Plurinacional de Bolivia, 2010.

⁴⁵ Constitución Política del Estado de Bolivia, 2009.

funcionamiento del Tribunal Constitucional Plurinacional”, Título II “de las magistradas y los magistrados”, Capítulo II:

“Artículo 20. (Elección y posesión).

- I. *El Órgano Electoral Plurinacional procederá a la organización del proceso electoral en circunscripción nacional.*
- II. *Las candidatas y candidatos, de manera directa o a través de terceras personas, no podrán realizar campaña electoral en favor de sus candidaturas, bajo sanción de inhabilitación. El Órgano Electoral será el único responsable de difundir los méritos de las candidatas y candidatos.*
- III. *Las y los siete candidatos más votados serán las Magistradas y los Magistrados titulares del Tribunal Constitucional Plurinacional, y las siete candidatas o candidatos siguientes en votación serán suplentes.*
- IV. *La presidenta o Presidente del Estado Plurinacional poseionará en sus cargos a titulares y suplentes elegidas y elegidos.*
- V. *Las siguientes siete candidatas y candidatos que no hubieren salido electos titulares o suplentes podrán ser habilitados como suplentes, cuando éstos pasen a ejercer la titularidad de manera permanente. Formarán parte de una lista de habilitables.*
- VI. *En el proceso de postulación, preselección y selección participará efectivamente el Control Social de acuerdo con la ley.*
- VII. *En el proceso de postulación y preselección se garantizará la participación ciudadana.”*⁴⁶

▪ **Funciones:**

Las funciones del Tribunal Constitucional se regulan tanto en la Constitución, como en la Ley del Tribunal Constitucional Plurinacional.

Así la Carta Fundamental dispone:

“Artículo 202.

Son atribuciones del Tribunal Constitucional Plurinacional, además de las establecidas en la Constitución y la ley, conocer y resolver:

En única instancia, los asuntos de puro Derecho sobre la inconstitucionalidad de leyes, Estatutos Autonómicos, Cartas Orgánicas, decretos y todo género de ordenanzas y

⁴⁶ Ley del Tribunal Constitucional Plurinacional, 2010.

resoluciones no judiciales. Si la acción es de carácter abstracto, sólo podrán interponerla la presidenta o presidente de la República, Senadoras y Senadores, Diputadas y Diputados, Legisladores, Legisladoras y máximas autoridades ejecutivas de las entidades territoriales autónomas.

- 1. Los conflictos de competencias y atribuciones entre órganos del poder público.*
- 2. Los conflictos de competencias entre el gobierno plurinacional, las entidades territoriales autónomas y descentralizadas, y entre éstas.*
- 3. Los recursos contra tributos, impuestos, tasas, patentes, Derechos o contribuciones creados, modificados o suprimidos en contravención a lo dispuesto en esta Constitución.*
- 4. Los recursos contra resoluciones del Órgano Legislativo, cuando sus resoluciones afecten a uno o más Derechos, cualesquiera sean las personas afectadas.*
- 5. La revisión de las acciones de Libertad, de Amparo Constitucional, de Protección de Privacidad, Popular y de Cumplimiento. Esta revisión no impedirá la aplicación inmediata y obligatoria de la resolución que resuelva la acción.*
- 6. Las consultas de la presidenta o del Presidente de la República, de la Asamblea Legislativa Plurinacional, del Tribunal Supremo de Justicia o del Tribunal Agroambiental sobre la constitucionalidad de proyectos de ley. La decisión del Tribunal Constitucional es de cumplimiento obligatorio.*
- 7. Las consultas de las autoridades indígenas originario campesinas sobre la aplicación de sus normas jurídicas aplicadas a un caso concreto. La decisión del Tribunal Constitucional es obligatoria.*
- 8. El control previo de constitucionalidad en la ratificación de tratados internacionales.*
- 9. La constitucionalidad del procedimiento de reforma parcial de la Constitución.*
- 10. Los conflictos de competencia entre la jurisdicción indígena originaria campesina y la jurisdicción ordinaria y agroambiental.*
- 11. Los recursos directos de nulidad.”⁴⁷*

En la Ley del Tribunal Constitucional Plurinacional, aparecen reguladas las funciones del Tribunal Constitucional en la parte primera sobre “composición, organización y funcionamiento del Tribunal Constitucional Plurinacional, título I denominado naturaleza, sede y atribuciones.

“Artículo 12 (Atribuciones).

Son atribuciones del Tribunal Constitucional Plurinacional, conocer y resolver:

- 1. Las acciones de inconstitucionalidad directas o de carácter abstracto sobre leyes, estatutos autonómicos, cartas orgánicas, decretos y todo género de ordenanzas y*

⁴⁷ Constitución Política del Estado de Bolivia, 2009.

- resoluciones no judiciales.*
2. *Las acciones de inconstitucionalidad indirectas o de carácter concreto sobre la inconstitucionalidad de leyes, estatutos autonómicos, cartas orgánicas, decretos y todo género de ordenanzas y resoluciones no judiciales.*
 3. *Los conflictos de competencias y atribuciones entre órganos del poder público.*
 4. *Los conflictos de competencias entre el gobierno plurinacional, las entidades territoriales autónomas y descentralizadas, y entre éstas.*
 5. *Los recursos contra tributos, impuestos, tasas, patentes, Derechos o contribuciones creados, modificados o suprimidos en contravención a lo dispuesto en la <Constitución Política del Estado.*
 6. *Los recursos contra resoluciones del Órgano Legislativo, cuando sus resoluciones afecten a uno o más Derechos, cualesquiera sean las personas afectadas.*
 7. *La revisión de las acciones de Libertad, Amparo Constitucional, Protección de Privacidad, Popular y de Cumplimiento.*
 8. *Las consultas de la presidenta o del presidente del Estado Plurinacional, de la Asamblea Legislativa Plurinacional, del Tribunal Supremo de Justicia o del Tribunal Agroambiental, sobre la constitucionalidad de proyectos de ley.*
 9. *El control previo de constitucionalidad en la ratificación de los Tratados Internacionales.*
 10. *La constitucionalidad del procedimiento de reforma parcial de la Constitución Política del Estado.*
 11. *Los conflictos de competencia entre la jurisdicción indígena originaria campesina y las jurisdicciones ordinaria y agroambiental.*
 12. *Las consultas de las autoridades indígena originario campesinas sobre la aplicación de sus normas jurídicas a un caso concreto.*
 13. *Los recursos directos de nulidad, y;*
 14. *Otros asuntos establecidos por ley.”*⁴⁸

▪ **Integración indígena:**

La integración indígena es capital dentro del sistema de justicia constitucional boliviano, es así como puede constatarse la existencia de una regulación tanto a nivel de la Constitución como a nivel de Ley del Tribunal Constitucional Plurinacional.

El título III denominado “Órgano judicial y Tribunal Constitucional Plurinacional capítulo sexto de la Constitución, denominado “del Tribunal Constitucional Plurinacional” establece la integración indígena en el Tribunal Constitucional.

⁴⁸ Ley del Tribunal Constitucional Plurinacional, 2010.

La Carta Fundamental boliviana establece:

“Artículo 197.

- I. El Tribunal Constitucional Plurinacional estará integrado por Magistradas y Magistrados elegidos con criterios de plurinacionalidad, con representación del sistema ordinario y del sistema indígena originario campesino.*
- I. Las Magistradas y los Magistrados suplentes del Tribunal Constitucional Plurinacional no recibirán remuneración, y asumirán funciones exclusivamente en caso de ausencia del titular, o por otros motivos establecidos en la ley.*
- II. La composición, organización y funcionamiento del Tribunal Constitucional Plurinacional serán regulados por la ley.”*⁴⁹

Asimismo, la Ley del Tribunal Constitucional Plurinacional boliviano, refuerza esta idea en su parte primera que se refiere a la “composición, organización y funcionamiento del Tribunal Constitucional Plurinacional”, Título II “de las magistradas y los magistrados”, Capítulo I:

“Artículo 13. (Número de integrantes).

El Tribunal Constitucional Plurinacional estará conformado de la siguiente manera:

- 1. Siete Magistradas y Magistrados titulares y siete Magistradas y Magistrados suplentes.*
- 2. Al menos dos Magistradas y Magistrados provendrán del sistema indígena originario campesino, por auto-identificación personal.”*⁵⁰

2.4. Constitución de la Republica de Ecuador

En el Estado de Ecuador, el Tribunal Constitucional adquiere la denominación de “Corte Constitucional”.

▪ Requisitos para ser miembro:

Los requisitos para ser miembro de la Corte Constitucional del Ecuador están regulados en el Título IX denominado “Supremacía de la Constitución”, Capítulo segundo

⁴⁹ Constitución Política del Estado de Bolivia, 2009.

⁵⁰ Ley del Tribunal Constitucional Plurinacional, 2010.

denominado “Corte Constitucional” de la Constitución de la República del Ecuador.

“Artículo 433.

Para ser designado miembro de la Corte Constitucional se requerirá:

- 1. Ser ecuatoriana o ecuatoriano y encontrarse en ejercicio de sus Derechos políticos.*
- 2. Tener título de tercer nivel en Derecho legalmente reconocido en el país.*
- 3. Haber ejercido con probidad notoria la profesión de abogada o abogado, la judicatura o la docencia universitaria en ciencias jurídicas por un lapso mínimo de diez años.*
- 4. Demostrar probidad y ética.*
- 5. No pertenecer ni haber pertenecido en los últimos diez años a la directiva de ningún partido o movimiento político.*

*La ley determinará el procedimiento para acreditar estos requisitos.”*⁵¹

▪ **Duración en el cargo, número de miembros, y posibilidad de reelección:**

La duración en el cargo de miembro de la Corte Constitucional del Ecuador, el número de miembros que la integran, la elección y la posibilidad de reelección, están regulados en el Título IX denominado “Supremacía de la Constitución”, Capítulo segundo denominado “Corte Constitucional” de la Constitución de la República del Ecuador.

“Artículo 432.

La Corte Constitucional estará integrada por nueve miembros que ejercerán sus funciones en plenario y en salas de acuerdo con la ley. Desempeñarán sus cargos por un periodo de nueve años, sin reelección inmediata y serán renovados por tercios cada tres años.

*La ley determinará el mecanismo de reemplazo en caso de ausencia del titular.”*⁵²

▪ **Elección:**

La forma de elección de los miembros que integran la Corte Constitucional del Ecuador aparece regulada en el Título IX denominado “Supremacía de la Constitución”, Capítulo segundo denominado “Corte Constitucional” de la Constitución de la República del

⁵¹ Constitución de la República del Ecuador, 2008.

⁵² Constitución de la República del Ecuador, 2008.

Ecuador.

“Artículo 434.

Los miembros de la Corte Constitucional se designarán por una comisión calificadora que estará integrada por dos personas nombradas por cada una de las funciones, Legislativa, Ejecutiva y de Transparencia y Control Social. La selección de los miembros se realizará de entre las candidaturas presentadas por las funciones anteriores, a través de un proceso de concurso público, con veeduría y posibilidad de impugnación ciudadana. En la integración de la Corte se procurará la paridad entre hombres y mujeres.

*El procedimiento, plazos y demás elementos de selección y calificación serán determinados por la ley.”*⁵³

▪ **Función:**

Las funciones que ejerce la Corte Constitucional aparecen reguladas en el Título IX denominado “Supremacía de la Constitución”, Capítulo segundo denominado “Corte Constitucional” de la Constitución de la República del Ecuador.

“Artículo 436.

La Corte Constitucional ejercerá, además de las que le confiera la ley, las siguientes atribuciones:

- 1. Ser la máxima instancia de interpretación de la Constitución, de los tratados internacionales de Derechos humanos ratificados por el Estado ecuatoriano, a través de sus dictámenes y sentencias.*

Sus decisiones tendrán carácter vinculante.

- 2. Conocer y resolver las acciones públicas de inconstitucionalidad, por el fondo o por la forma, contra actos normativos de carácter general emitidos por órganos y autoridades del Estado. La declaratoria de inconstitucionalidad tendrá como efecto la invalidez del acto normativo impugnado.*
- 3. Declarar de oficio la inconstitucionalidad de normas conexas, cuando en los casos sometidos a su conocimiento concluya que una o varias de ellas son contrarias a la Constitución.*
- 4. Conocer y resolver, a petición de parte, la inconstitucionalidad contra los actos administrativos con efectos generales emitidos por toda autoridad pública. La*

⁵³ Constitución de la República del Ecuador, 2008.

declaratoria de inconstitucionalidad tendrá como efecto la invalidez del acto administrativo.

5. *Conocer y resolver, a petición de parte, las acciones por incumplimiento que se presenten con la finalidad de garantizar la aplicación de normas o actos administrativos de carácter general, cualquiera que sea su naturaleza o jerarquía, así como para el cumplimiento de sentencias o informes de organismos internacionales de protección de Derechos humanos que no sean ejecutables por las vías judiciales ordinarias.*
6. *Expedir sentencias que constituyan jurisprudencia vinculante respecto de las acciones de protección, cumplimiento, hábeas corpus, hábeas data, acceso a la información pública y demás procesos constitucionales, así como los casos seleccionados por la Corte para su revisión.*
7. *Dirimir conflictos de competencias o de atribuciones entre funciones del Estado u órganos establecidos en la Constitución.*
8. *Efectuar de oficio y de modo inmediato el control de constitucionalidad de las declaratorias de los estados de excepción, cuando impliquen la suspensión de Derechos constitucionales.*
9. *Conocer y sancionar el incumplimiento de las sentencias y dictámenes constitucionales.*
10. *Declarar la inconstitucionalidad en que incurran las instituciones del Estado o autoridades públicas que por omisión inobserven, en forma total o parcial, los mandatos contenidos en normas constitucionales, dentro del plazo establecido en la Constitución o en el plazo considerado razonable por la Corte Constitucional. Si transcurrido el plazo la omisión persiste, la Corte, de manera provisional, expedirá la norma o ejecutará el acto omitido, de acuerdo con la ley”.*

▪ **Integración indígena:**

La Constitución de la República del Ecuador no considera tampoco la procedencia indígena como un requisito que deban cumplir algunos de los miembros que integran la Corte Constitucional. No obstante, lo anterior, la Carta Fundamental ecuatoriana en su Título II denominado “Derechos”, capítulo 4 denominado “Derechos de las comunidades, pueblos y nacionalidades”, otorga reconocimiento al Derecho de los pueblos indígenas que integran su Estado, dando muestra así de que dan lugar al pluralismo jurídico. En este capítulo 4, hay una regulación y protección hacia los Derechos y cultura de los pueblos y comunidades ancestrales, lo que pone en evidencia una vez más que Constituciones como la ecuatoriana, tienen un nivel de desarrollo y reconocimiento a su realidad cultural diversa, muy superior en comparación con la Constitución chilena.

Cuadro Resumen “Tribunal Constitucional” en los Estados de Guatemala, Colombia, Bolivia y Ecuador.

<i>Estado</i>	<i>Guatemala</i>	<i>Colombia</i>	<i>Bolivia</i>	<i>Ecuador</i>
Órgano	<u>Corte de Constitucionalidad</u>	<u>Corte Constitucional</u>	<u>Tribunal Constitucional Plurinacional</u>	<u>Corte Constitucional</u>
N° de miembros	Art. 269 CPRG y 150 LAEPyC	Art. 239 CPC	Art. 13 LTCP	Art. 432 CPE
Requisito para ser miembro	Art. 270 CPRG, 151 Y 152 LAEPyC	Art. 232 y 240 CPC	Art. 199 CPB y 17 LTCP	Art. 433 CPE
Elección	153, 154, y 155 LAEPyC	Art. 239 CPC	Art. 198 CPB y Art. 20 LTCP	Art. 434 CPE
Reelección	162 LAEPyC	Art. 233 y 239 CPC	Art. 14 LTCP	Art. 432 CPE
Duración	Art. 269 CPRG y 150 LAEPyC	Art. 233 y 239 CPC	Art. 14 LTCP	Art. 432 CPE
Funciones	Art. 272 CPRG, 163 Y 164 LAEPyC	Art. 241 CPC	Art. 202 CPB y 12 LTCP	Art. 436 CPE
Integración Indígena	–	–	Art. 197 CPB y 13 LTCP	–

Este cuadro comparativo contiene las normas constitucionales y legales que regulan el “Tribunal Constitucional” en los Estados de Guatemala, Colombia, Bolivia y Ecuador. En el caso guatemalteco, este órgano se denomina “Corte de Constitucionalidad” y aparece regulado tanto en la Constitución Política de la República de Guatemala (CPRG) como a nivel legal en la “Ley de amparo, exhibición personal y de constitucionalidad de Guatemala” (LAEPyC). En el caso colombiano este órgano se denomina “Corte Constitucional” y está regulado en la Constitución Política de Colombia (CPC). En el caso boliviano el órgano se denomina “Tribunal constitucional Plurinacional” y está regulado en la Constitución Política del Estado de Bolivia (CPB) y en la “Ley del Tribunal Constitucional Plurinacional de Bolivia” (LTCP). Finalmente, en el caso ecuatoriano, este órgano se denomina “Corte Constitucional” y está regulado en la Constitución Política de la República del Ecuador (CPE).

CAPÍTULO TERCERO.

RECONOCIMIENTO CONSTITUCIONAL Y EL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL PLURINACIONAL.

3.1 Afirmación del Pluralismo Jurídico: contexto doctrinal.

En los acápites anteriores distinguimos dos modelos que explican el pluralismo jurídico: el pluralismo en sentido estricto y el pluralismo jurídico de anclaje monista. Siendo un concepto bastante polisémico, del cual se deducen connotaciones o modelos diferentes. Pero también es un concepto pluridimensional dado que es posible emplazarlo a diferentes niveles y contextos de afirmación. Boaventura de Sousa Santos, señala que en el contexto de la sociedad contemporánea existe una “constelación de legalidades (e ilegalidades) que operan en espacios y tiempos locales nacionales y transnacionales”⁵⁴.

De acuerdo con la teoría del pluralismo de base monista existen manifestaciones de pluralismo juicio en el ámbito supranacional como es el caso de la Unión Europea, el Derecho internacional o el Derecho de los Estado en tanto sujetos del orden internacional, cuya nota distintiva es la configuración sobre las bases del estatismo jurídico. Sin embargo, existen también fenómenos de pluralismo jurídico en el orden supranacional que escapan de la regulación del Derecho estatal y del Derecho internacional. Nos referimos a aquellos poderes fácticos de naturaleza económica capaces de instituir normas que no sólo contradicen al Derecho estatal o internacional, sino que incluso pueden imponerse a estos, como es el caso de la “nueva” *lex mercatoria*, en tanto suponen prácticas consuetudinarias de naturaleza comercial que escapan de la regulación y la competencia de los Estados nacionales⁵⁵.

Y por otro lado, podemos ver también en el contexto nacional la presencia de una pluralidad de regímenes jurídicos, aunque coherentes con un ordenamiento jurídico superior de base monista, como el Derecho de los Estados, el Derecho internacional, el de la Unión Europea, el Derecho de la iglesia etc. Al respecto, Miguel Reale señala que existen organizaciones o instituciones que no son estatales que se autorregulan fuera de la coacción del Estado; como son la iglesia, las organizaciones deportivas, las agrupaciones de

⁵⁴ Boaventura De Sousa Santos, *La globalización del Derecho. Los nuevos caminos de regulación y la emancipación*, trad. de César Rodríguez, Universidad Nacional de Colombia, ILSA, Bogotá, 1998., pp. 19.

⁵⁵ López, Garzón, Pedro, *Multiculturalismo, ciudadanía y Derechos indígenas: hacia una concepción decolonial de la ciudadanía indígena*, Tesis Doctoral Universidad Carlos III, Madrid, 2012 p. 330.

profesionales o sindicales cuyas conductas están sometidas a sanciones organizadas, aunque “el estado es el detentador de la coacción en última instancia”⁵⁶.

Sin embargo, como señala Pedro Garzón el punto de inflexión se da cuando determinados sujetos sociales y culturales de base comunitaria apelan por una legalidad alternativa al Derecho estatal, por considerar que este es insuficiente para colmar las necesidades más apremiantes del grupo; o incluso consideran un exceso la regulación estatal en contextos legitimados por normas diferentes⁵⁷. La razón de lo anterior se basa principalmente en la colonización que se vivió en Latinoamérica, que terminó expresándose en “la denuncia y el rechazo de aquellas leyes consideradas éticamente injustas y opresoras, así como la reacción vigorosa contra toda pretensión del Estado de monopolizar, en exclusividad, la creación y producción del Derecho”⁵⁸. Aquí con esta alternatividad lo que se pretende es una emancipación, puesto que el principal motor de su lucha tiene que ver con un sentimiento de justicia y reivindicación de las comunidades indígenas. En esta tesitura, la emergencia de la alternatividad jurídica en el ámbito local, por lo general tiene como corolario, la opresión del Derecho estatal al invadir sus ámbitos de legitimidad, así como la dominación de la globalización económica que impacta de manera negativa en la afirmación del *localismo globalizado*⁵⁹, pues cuando más se “globalizan” las relaciones jurídico-económicas, más se “localizan” o se “fragmentan” las manifestaciones sociales, laborales y culturales, en las cuales aquellas han de desarrollarse, produciéndose además una relación desigual entre aquellas y estas⁶⁰.

Teniendo en cuenta todo lo expuesto, este pluralismo en sede comunitaria, como la llama Pedro Garzón tendría como protagonista minorías que simbolizan una diversidad de movimientos sociales, culturales y políticos como son los pueblos indígenas, minorías étnicas, culturales, rondas campesinas, las favelas, inmigrantes, campesinos, mujeres, ecologistas etc. Se trata de las minorías afectadas por la desigualdad social producida por la ideología capitalista neoliberal y la exclusión del modelo jurídico-político liberal anclado en el monismo estatalista. De esta manera, dichas entidades conforman el último eslabón de la cadena, pues soportan tanto la dominación de los sujetos económicos transnacionales como la opresión del Derecho estatal⁶¹. Así resulta que ante frente a las incapacidades del Estado, estos sujetos colectivos se convierten en artífices de un nuevo paradigma del pluralismo

⁵⁶ Reale, Miguel, *Introducción al Derecho*, adaptación de Jaime Brufau Prats, Pirámide, 9º ed., Pirámide, 1989, pp. 108 y 109.

⁵⁷ López, Garzón, Pedro, *Multiculturalismo, ciudadanía y Derechos indígenas: hacia una concepción decolonial de la ciudadanía indígena*, op., cit. p. 336.

⁵⁸ Carlos Antonio Wolkmer, “Bases éticas para una juridicidad alternativa en la perspectiva Latinoamericana” en Jesús Antonio de la Torre Rangel, *Derecho alternativo y crítica jurídica*, Porrúa, México, 2002, p. 173.

⁵⁹ Boaventura De Sousa Santos, *La globalización del Derecho. Los nuevos caminos de regulación y la emancipación*, op., cit., pp. 57-61.

⁶⁰ Fariñas, María José, *Globalización, ciudadanía y Derechos humanos*, Cuadernos “Bartolomé de las Casas N.º 16, Dykinson, Madrid, 2000, p. 7.

⁶¹ López, Garzón, Pedro, *Multiculturalismo, ciudadanía y Derechos indígenas: hacia una concepción decolonial de la ciudadanía indígena*, op., cit. p. 338.

jurídico siendo dos de las estrategias más recurrentes para producir esta alternatividad jurídica a juicio de Carlos Wolkmer. 1) prácticas legales institucionales de producción alternativa dentro del Derecho oficial y 2) prácticas o mecanismos jurídicos no institucionales fuera de la órbita del sistema jurídico positivo⁶².

En el primer caso encontraremos a su vez dos variantes: a) por un lado, se trataría de prácticas “reconocidas oficialmente” como la conciliación, la mediación, el arbitraje, los juzgados especiales o justicia de paz y b) por el otro, correspondería al uso alternativo del Derecho, en tanto permite forzar el marco formalista del Derecho estatal hacia una interpretación judicial favorable a los sectores más pobres y oprimidos⁶³.

El segundo supuesto en cambio rompe con el paradigma jurídico monista propio del Estado de Derecho, para dar paso al Derecho alternativo. A tales efectos se recurre a prácticas no institucionalizadas de producción jurídica y solución de conflictos paralelas al Derecho estatal. Estructurándose esta “nueva jurisdicción “en torno a la informalidad, la autenticidad, flexibilidad y la descentralización⁶⁴

Para finalizar creemos necesario señalar que existen de verdad formas de Derecho alternativo como lo hemos entendido, dependiendo de la manera como se relaciona con el Derecho Estatal positivo. Así es que podemos distinguir un Derecho alternativo de vocación monista, cuyo objetivo consiste en suplantar otro Derecho de base monista como el Derecho estatal, este alternativismo tiene una naturaleza política, más que social o cultural, pues suele vincularse más con movimientos revolucionarios o de liberación nacional que pretenden cambiar un antiguo régimen opresor por otro.⁶⁵

Una segunda acepción sería el Derecho alternativo transitorio, cuyo contenido es más de naturaleza social. Este Derecho generalmente se desliza entre un uso alternativo del Derecho y Derecho alternativo, para lograr la eficacia de sus necesidades materiales. Valiéndose para esto de estrategias operativas que se inscriben dentro del Derecho estatal hasta prácticas jurídicas informales extraestatales, aunque eventualmente tienen su fecha de caducidad en la medida que sus reivindicaciones sean satisfechas plenamente⁶⁶.

Por último, tenemos el Derecho alternativo en sentido estricto. Cuya finalidad no es sustituir, excluir o disolver en el Derecho hegemónico, sino convivir de manera estable con el Derecho estatal en un plano de igualdad y mutuo respeto. Esta forma de alternativismo se da con mayor incidencia en aquellas minorías étnicas territoriales que apelan por el

⁶² Wolkmer, *Pluralismo jurídico. Fundamentos para una nueva cultura jurídica*, trad. de David Sánchez Rubio y Juan Carlos Sánchez Villegas, Mad, Sevilla, 2006, pp. 247 y ss.

⁶³ López, Garzón, Pedro, *Multiculturalismo, ciudadanía y Derechos indígenas: hacia una concepción decolonial de la ciudadanía indígena*, op., cit. p. 339- 340

⁶⁴ Wolkmer, *Pluralismo jurídico. Fundamentos para una nueva cultura jurídica*, op. cit., p. 265

⁶⁵ André-Jean Arnaud y María José Fariñas Dulce, *Sistemas jurídicos. Elementos para un análisis sociológico*, Universidad Carlos III-BOE, 2ª ed., Madrid, 2006, p. 290.

⁶⁶ López, Garzón, Pedro, *Multiculturalismo, ciudadanía y Derechos indígenas: hacia una concepción decolonial de la ciudadanía indígena*, op., cit. p. 353.

reconocimiento de sus diferencias culturales siendo los pueblos indígenas los que mejor se ajustan a este parámetro normativo tal como veremos en el siguiente apartado al analizar específicamente el Derecho indígena⁶⁷. Este último sería la expresión de un pluralismo jurídico en sentido estricto.

Hechas estas aclaraciones doctrinales, y contextualizando el escenario del pluralismo jurídico latinoamericano, el cual nos dará una idea del camino que han recorrido países latinoamericanos hacia el reconocimiento como Estados plurinacionales, y con ello el reconocimiento de Derechos Alternativos al Derecho Estatal, para luego, avocarnos a proponer una reforma que lleve a nuestro país a formar parte de esta nueva corriente, más coherente con nuestra realidad, y junto con ello, la posibilidad de integración indígena dentro de nuestro tribunal constitucional, logrando de esta manera una convivencia de Derechos diversos, que lograrán resolver una crisis que es inevitable, ya que resulta innegable la opresión de la cual han sido objeto nuestros pueblos indígenas. Pero desde ya dejaremos claro que no pretendemos una exclusión del Derecho estatal, puesto que hablamos de la coexistencia de sistemas normativos y con ello de sus propias elaboraciones jurídicas, en igualdad de condiciones. De ahí que nuestras propuestas abogan por un Derecho alternativo en sentido estricto.

3.2 Contexto de Reforma Constitucional: camino hacia un Estado Plurinacional.

“El sur son los pueblos, los países y las naciones que han sufrido más con el desarrollo del capitalismo global, porque se mantuvieron como países subdesarrollados en desarrollo permanente, olvidándonos que la comprensión del pueblo del sur es mucho más compleja, amplia y variada, que la comprensión occidental del mundo. el primer paso en esa dirección es estar muy atentos a la diversidad del mundo que inagotable y representa la cultura de cada pueblo. Pero, lo que es nuevo en nuestro tiempo, a inicios del siglo XXI, es que lo cultural también es económico y también es político. Por eso nos pone cuestiones como la de una refundación del Estado y de una refundación de la democracia”⁶⁸.

En la última década del siglo XX surge el horizonte pluralista en el contexto del cuestionamiento internacional a los quinientos años del “descubrimiento/ invasión”, la adopción del Convenio 169 de la OIT, los movimientos de reivindicación de Derechos de los pueblos indígenas y las reformas constitucionales en más de una quincena de países en Latinoamérica, donde lo central de estos cambios es que cuestionan tres herencias fundamentales de los períodos anteriores. En primer lugar, se plantea el reconocimiento de

⁶⁷ José A. de Obieta Chalbaud, *El Derecho humano de la autodeterminación de los pueblos*, Tecnos, 2ª reimpresión, Madrid, 1993, pp. 46 - 47.

⁶⁸ Santos, Boaventura de Sousa, *La Reinención del Estado y el Estado Plurinacional*, op., cit. pp. 14.

los pueblos indígenas como sujetos políticos con Derecho a controlar sus propias instituciones. En segundo lugar, se cuestionan dos herencias centrales de la juridicidad republicana; los binomios Estado-Nación y Estado- Derecho a los cuales ya nos referimos en los acápites anteriores y en tercer lugar al cuestionarse el monopolio de la producción jurídica por el Estado se admiten diversos grados de pluralismo legal, reconociéndose a los pueblos y comunidades indígenas (y a otras) el Derecho de tener su propio Derecho, autoridades y formas de justicia⁶⁹.

La idea de un Tribunal Constitucional Plurinacional en que se permita la integración indígena acarrea necesariamente un reconocimiento de la importancia de nuestros orígenes indígenas, pero no sólo implica una especie de reivindicación hacia nuestros pueblos originarios, sino que, además, supone una reforma constitucional que permita caminar hacia la construcción de un Estado plurinacional en armonía con nuestra realidad.

Entonces este camino hacia la construcción de un estado plurinacional obliga a refundar el estado moderno, combinando diferentes conceptos de nación dentro de nuestro Estado. Creemos ciertamente que esta transformación hacia el reconocimiento constitucional de Chile como un estado plurinacional es un proceso experimental -más aún, considerando lo relativamente nueva de esta corriente- creemos que pretender solucionar todo este tipo de cuestiones que tienen que ver la plurinacionalidad y con ello también con el pluralismo jurídico, sería demasiado pretencioso. Algunas cuestiones van a tener que dejarse abiertas para otra constituyente, pero lo cierto es que ninguna transformación puede lograrse de la noche a la mañana, se requiere de una paulatina transición, hasta dar con el objetivo principal que es la construcción de una constitución plurinacional que sea coherente con nuestra realidad. Por ejemplo, en Sudáfrica, el 1994, había una gran urgencia de crear otra Constitución para la independencia verdadera, con la mayoría negra en el poder; pero había problemas. Y como sabemos, esa experiencia fue una transición de las más maravillosas del mundo, muy pactada gracias a la gran visión política de Nelson Mandela. Pero había cuestiones que no se podían resolver. Entonces la idea fue dejar las cosas abiertas para que sean resueltas por la Corte Constitucional paso a paso. Encontramos así una solución que, gracias a la especialidad de Sudáfrica, de su Corte Constitucional, que era una corte muy respetada, se pudo hacer⁷⁰.

En nuestro país luego de terminada la dictadura se presentó una situación bastante particular, porque a diferencia de los demás países latinoamericanos -que, si pasaron por un proceso de reforma constitucional, porque no tenía sentido conservar una constitución que ya no tenía legitimación de la población, y que ya no se condecía con los nuevos ideales- nuestro país tras años de el término de la dictadura aún conserva la misma Constitución y con ello la misma visión eurocéntrica del Estado. Queremos pensar que, esta falta de cambio

⁶⁹ Yrigoyen Fajardo, Raquel, *Pluralismo jurídico, Derecho indígena y jurisdicción especial en los países andinos*. op., cit. pp. 172.

⁷⁰ Santos, Boaventura de Sousa, *La Reinención del Estado y el Estado Plurinacional*. op., cit. pp. 28.

se debió a un miedo a esta experimentación que señalábamos más que, a una reafirmación a la validez de la Constitución de 1980, ya que es cosa de escuchar el sentimiento generalizado del pueblo para notar que existe una falta de legitimación hacia nuestra actual Constitución. Pero así las cosas, pareciese ser que ya es hora de avanzar hacia un Estado más coherente con nuestra realidad, pero considerando que no podemos anteponernos a las necesidades que con esta transformación surjan, es que abogamos por este experimentalismo, dejando cuestiones abiertas, posibilitando con ello mantener organizado y activo en la toma de decisiones al constituyente originario.

Como consecuencia de lo anterior, será necesario una institucionalidad descentralizada y suficientemente fuerte para sobrellevar este proceso, que sea capaz de solucionar los conflictos de toda índole que puedan suscitarse entre el sistema eurocéntrico y los sistemas jurídico-indígenas. Y junto con ello una democracia intercultural que sea capaz de representar a una sociedad plurinacional. Para lo cual creemos que será necesario caminar hacia una democracia reforzada, que logre ser representativa dentro de las comunidades indígenas, incluyendo por ejemplo el sistema de rotación y deliberación como criterio cualitativo de representación. Y. Junto con lo anterior, también será necesario establecer una combinación de formas de participación de tradición occidental y de formas indígenas de participación, puesto que para que este proceso experimental tome fuerza, las comunidades indígenas deberán tener un papel protagónico, debiendo incorporar formas de participación propias.

La transformación hacia un estado plurinacional reconocido constitucionalmente debe también considerar una nueva generación de Derechos colectivos, indispensables para las comunidades indígenas. Por ejemplo, el Derecho al agua, a la tierra, a los recursos naturales, a los bosques, a los saberes tradicionales, entre otros. Como también incorporar conceptos que forman parte de la tradición de nuestros pueblos indígenas como es la Pachamama, sumak kawsay y el concepto de comunidad que para los pueblos indígenas resulta tan importante. Para que de esta manera el reconocimiento como un estado plurinacional no se vuelva una siempre declaración banal.

Sin estos marcos no lograremos avanzar hacia una democracia intercultural dentro de la cual nuestras comunidades indígenas puedan sentirse representadas. Modificar la herencia eurocéntrica resulta indispensable para lograr una correcta integración de las tradiciones de las comunidades indígenas. Pero como hemos señalado este es un proceso experimental, dentro del cual la participación del pueblo, especialmente de las comunidades indígenas resultará indispensable.

Para terminar, como sabemos existe una autonomía administrativa, que está muy relacionada con el proceso tradicional de descentralización, pero también existen formas políticas de autonomía. Además de éstas, hay otras formas de autonomía vinculadas a la identidad cultural como son las autonomías originarias o indígenas. El reconocimiento de un estado plurinacional requiere la convivencia de estas dos formas de autonomía, en igualdad

de condiciones, sino simplemente sería palabra muerta, lo que implicaría mantener la dominación colonial, y reafirmar los postulados del Estado de Derecho.

Como señala Boaventura de Souza Santos, “un miembro de una cultura solamente está dispuesto a reconocer a otra cultura si siente que su propia cultura es respetada; esto aplica tanto a las culturas indígenas como a las culturas no indígenas”⁷¹. Creemos que con este reconocimiento del estado plurinacional y con ello la necesidad de una democracia intercultural, podremos palear la crisis por la que está pasando nuestro país, colocándonos en un nuevo marco, donde se tomen en cuenta las injusticias históricas que han vivido nuestros pueblos, reconociéndoles la suficiente autonomía para protagonizar este proceso experimental.

3.3 Formula de reconocimiento del Pluralismo Jurídico.

Como mencionamos en el contexto latinoamericano, varios países han empleado fórmulas para el reconocimiento del Derecho indígena, por lo que la experiencia de estos países puede resultar de mucha ayuda ante este proceso experimental. Por lo que, esta fórmula constitucional comprendería “el reconocimiento de funciones jurisdiccionales o de justicia a las autoridades de las comunidades indígenas de acuerdo con su Derecho consuetudinario o con sus propias normas y procedimientos, dentro del ámbito territorial de los pueblos o las comunidades indígenas”⁷², El límite de este reconocimiento, sin embargo, está dado por esta negativa ante la incompatibilidad entre el Derecho consuetudinario y los Derechos fundamentales definidos por el sistema jurídico nacional ni con los Derechos humanos internacionalmente reconocidos⁷³.

Además, será necesaria una ley de desarrollo constitucional que coordine o compatibilice las funciones judiciales indígenas con el sistema judicial nacional y dado que nuestro país ratificó el convenio 169 OIT, la constitución deberá interpretarse juntamente con el texto constitucional.

Podemos notar que un punto común dentro de las fórmulas de otros países andinos la existencia de dos contenidos mínimos a saber: el sistema de normas y por ende la potestad reguladora de las comunidades indígenas; y la justicia o función jurisdiccional especial o la potestad de impartir o administrar justicia ello incluye la validez y eficacia de las decisiones

⁷¹ Santos, Boaventura de Sousa, *La Reinvencción del Estado y el Estado Plurinacional*. op., cit. pp. 35.

⁷² Yrigoyen Fajardo, Raquel, *Pluralismo jurídico, Derecho indígena y jurisdicción especial en los países andinos*. op., cit. pp. 174.

⁷³ Tema bastante discutido, pero que no será objeto de análisis, ya que excede el objeto de esta tesis.

de la jurisdicción indígena y la potestad de gobernarse con sus propias instituciones, incluidos los mecanismos propios de designación, cambio y legitimación de autoridades⁷⁴

Ahora bien, en cuanto a la competencia territorial, material y personal, la experiencia de los países andinos ha sido diferente.

Resulta un mínimo para las comunidades indígenas la *competencia sobre el territorio*, sin embargo, no es un limitante, pues el alcance de la jurisdicción indígena se puede ampliar debido a la competencia personal y material. De esta manera el criterio fundante será la competencia territorial. Esto es, que la jurisdicción indígena y el Derecho consuetudinario son los que rigen dentro del espacio territorial de la comunidad indígena, para lo cual la Constitución y las leyes deberán reconocer tierras colectivas a los pueblos o comunidades indígenas. Para dar contenido al concepto de ámbito territorial es importante utilizar el convenio 169 de la OIT que define el territorio como “la totalidad del hábitat de las regiones que los pueblos ocupan o utilizan de alguna manera” (art. 13,2) e incluye “las tierras que no estén exclusivamente ocupadas por ellos, pero a la que hayan tenido tradicionalmente acceso para sus actividades tradicionales y subsistencia” (art.14,1)⁷⁵. Esto es sumamente importante para nuestro caso, ya que no tenemos un reconocimiento legal de la propiedad común de la tierra, y en base a esto podremos entender que se trata de un espacio en que estas comunidades indígenas interactúan⁷⁶.

Respecto de la competencia material, la formula por la que abogamos, es otorgar a la jurisdicción indígena, competencia para conocer todas las materias que juzgue convenientes, dentro del ámbito territorial propio e, incluso extraterritorialmente respecto de sus miembros bajo ciertas circunstancias. Esta amplitud resulta coherente con el hecho de que la jurisdicción indígena se imparte de conformidad con el sistema jurídico de la comunidad indígena que se trate. Esta fórmula nos parece sensata en el sentido que le estamos otorgando a la comunidad indígena autonomía en cuanto a su función jurisdiccional.

Por último tratándose de la competencia personal creemos necesario adoptar una fórmula similar a la utilizada por la constitución de Bolivia⁷⁷ y Ecuador, ya que queda estipulado que la competencia personal dependerá de lo que su propia jurisdicción pueda definir como “asunto interno”, puesto que pueden presentarse casos que generen discusiones, como en los que las comunidades y los pueblos indígenas consideran un asunto como propio o interno cuando se ha realizado en su territorio o afecta a personas o bienes indígenas, aun cuando en tales casos participen personas no indígenas. Esta fórmula nos parece la apropiada

⁷⁴ Yrigoyen Fajardo, Raquel, *Pluralismo jurídico, Derecho indígena y jurisdicción especial en los países andinos*. op., cit. pp. 175.

⁷⁵ Convenio sobre pueblos indígenas y tribales, 1989, núm. 169 (entrada en vigor el 5 de septiembre de 1991). Disponible en www.ilo.org.

⁷⁶ Noguera Fernández, Albert, *Constitución, Plurinacionalidad y Pluralismo Jurídico en Bolivia*, op., cit. pp. 94- 95

⁷⁷ Noguera Fernández, Albert, *Constitución, Plurinacionalidad y Pluralismo Jurídico en Bolivia*, op., cit. pp. 95-96.

más aun considerando que en nuestro país las comunidades son esencialmente mixtas, las tasas migratorias son altas y las relaciones interétnicas son frecuentes y complejas⁷⁸.

Hecha esta formulación a través de la cual se reconozca el pluralismo jurídico, estaremos ante un Derecho estatal constituido por una pluralidad de órdenes normativos, que coexisten de manera autónoma y cuya expresión máxima de esa autonomía, estará en la creación de un Tribunal Constitucional de composición mixta, que reafirme todo lo que hemos venido planteando. Por lo que no resulta negable el papel fundamental que este Tribunal jugará en la conformación de Chile como un país que reconoce el pluralismo jurídico.

3.4 Tribunal Constitucional Plurinacional: propuestas de integración indígena.

No cabe duda alguna que el modelo de pluralismo jurídico establecido en Bolivia, con el proyecto de una nueva constitución, constituye un modelo sin precedente en la historia del constitucionalismo, de reconocimiento real de pluralismo y de descolonización jurídica en el interior del estado. Puesto que regula una composición del tribunal constitucional de carácter mixto, acorde a la composición plurinacional del Estado.

Resulta innegable reconocer la importancia que dicho órgano ocupa en el desarrollo constitucional de un país. Como sabemos, la constitución es la carta magna de todo país, en ella se regulan las esferas más importantes de un Estado, la cual cuenta con una supremacía. Comportándose como un marco de reglas, principios y valores sobre los cuales puede y debe realizarse la integración de la sociedad.

Como consecuencia de esto, el Tribunal Constitucional pasa a ser considerado como órgano fundamental y partícipe en muchas ocasiones del proceso legislativo, excediéndose la su principal labor que es controlar la constitucionalidad de las leyes incluso en aquellos ordenamientos en que se ha intentado limitar sus funciones. La constatación de este ineludible desarrollo en las funciones del Tribunal Constitucional vuelve evidente los motivos por los cuales debe ser considerado imprescindible para el desarrollo de un Estado realmente constitucional, la integración igualitaria de miembros pertenecientes, tanto a la jurisdicción ordinaria, como a la jurisdicción indígena, ya que, en virtud de esto, las comunidades indígenas dejan de ser administradas y gobernadas por el Derecho de producción estatal, que muchas veces puede resultarles ajeno o invasivo, para así crear un estado plurinacional y de pluralismo jurídico formalmente reconocido, en que se reconozca

⁷⁸ Yrigoyen Fajardo, Raquel, *Pluralismo jurídico, Derecho indígena y jurisdicción especial en los países andinos*. op., cit. pp. 179- 187.

la plena igualdad entre ambas jurisdicciones⁷⁹. Y con esto suprimir ese sentimiento de opresión y falta de pertenencia de nuestros pueblos indígenas.

En síntesis, para que todo esto que hemos propuesto pueda tener lugar en igualdad de condiciones y para reafirmar este reconocimiento constitucional de un estado plurinacional, debemos proponer un Tribunal Constitucional Plurinacional de integración mixta, que incluya magistrados que formen de la jurisdicción ordinaria, como también magistrados o autoridades de la jurisdicción indígena. Sólo así podremos dotar de validez y eficacia, evitando que este reconocimiento, termine siendo sólo una declaración vacía, sin posibilidad de aplicación en la realidad.

Uno de los temas que produce mayores conflictos dentro de esta idea de un Tribunal Constitucional Plurinacional de integración mixta, dice relación con el régimen de elección de los magistrados, ya que la experiencia de países latinoamericanos, en este sentido ha sido escasa. Por lo pronto queremos reafirmar el aspecto esencialmente experimental de este proceso de cambio, por lo que quizás las fórmulas puedan ir variando conforme se pone en marcha todo lo que hemos ido señalando.

Nuestra Constitución señala en su artículo 92 que habrá un Tribunal Constitucional integrado por diez miembros, tres designados por el presidente de la república, cuatro designados por el congreso nacional, de los cuales dos serán nombrados directamente por el Senado y dos serán previamente propuestos por la Cámara de Diputados para su aprobación o rechazo por el Senado, y tres que serán elegidos por la Corte Suprema en una votación secreta que se celebrara en sesión especialmente convocada para tal efecto⁸⁰.

Estimamos que la fórmula adecuada, debe mantener el número de integrantes, aunque esto dependerá en gran medida de la cantidad de comunidades indígenas con presencia en la actualidad, ya que, el objeto es la coexistencia de todas las comunidades indígenas, independiente de la cantidad de miembros que en la actualidad puedan existir. Así estimamos que el régimen de elección de los magistrados debe sufrir ciertas transformaciones, disminuyendo la cantidad de miembros que son elegidos por el poder ejecutivo, legislativo y judicial, para dar lugar a la elección de miembros de la jurisdicción indígena. Para lo cual proponemos el nombramiento de un miembro o autoridad indígena por cada comunidad indígena con presencia actual de nuestro país, los cuales deberán ser designados por los procedimientos y costumbre propios de dicha comunidad, el cual usualmente suele ser un sistema de elección en base a la rotación en los cargos, puesto que dotaría de mayor legitimidad el hecho de ser las mismas comunidades quienes elijan a sus representantes, en caso contrario estaríamos atentando con la igualdad que propone el reconocimiento de un Estado Plurinacional. Esta fórmula, deberá ser complementada por una Ley Orgánica

⁷⁹ Noguera Fernández, Albert, *Constitución, Plurinacionalidad y Pluralismo Jurídico en Bolivia* op., cit. pp. 104-109.

⁸⁰ Constitución Política de la república de Chile, 2005, artículo 92.

Constitucional que determine las comunidades indígenas existentes en nuestro país, el territorio de competencia de cada una de ellas, reconociendo territorios indígenas que delimitarán la cantidad de miembros que deberían integrarse como magistrados del nuevo Tribunal Constitucional Plurinacional.

En conclusión, resulta evidente la necesidad de reformular el sistema de elección de magistrados del Tribunal Constitucional disminuyendo la cantidad de miembros que son elegidos por los clásicos tres poderes del estado, para dar paso a una composición mixta con integración de toda comunidad indígena que en la actualidad tenga presencia dentro de nuestro país. Solo de esta manera lograra tener sentido el reconocimiento de un estado plurinacional y con ello el pluralismo jurídico en igualdad de condiciones.

CONCLUSIONES.

En la tarea que implica la búsqueda de una propuesta para la integración indígena en el Tribunal Constitucional chileno, cierto es, que se han podido apreciar diversas deficiencias que nuestra actual Constitución Política de la República, que, por cierto, es una Carta Fundamental que no reconoce nuestra realidad sociocultural diversa y mucho menos otorga reconocimiento a los pueblos indígenas que integran el Estado chileno. Cuestión que contribuye a este contexto de la poca legitimidad que rodea a nuestra actual Carta Fundamental, por parte de la comunidad, al considerarla ajena a nuestra realidad. Es por lo anterior, que aunque parece muy ventajoso para nuestro sistema constitucional integrar a los pueblos indígenas en nuestros órganos constitucionales, a saber, al Tribunal Constitucional, sería insuficiente entregar únicamente esta solución, es por ello que parece de suma relevancia una transformación constitucional, que se ocupe de plasmar las características propias de nuestra cultura, específicamente, de nuestra realidad como un Estado integrado por diversas comunidades indígenas. Ello, contribuiría a dar reconocimiento a un hecho que viene desde antaño, y eventualmente, podría contribuir a mejorar las relaciones que el Estado chileno tiene con las comunidades indígenas que lo integran. De ninguna manera, lo anterior implica aceptar la independencia jurídica o política de las comunidades indígenas antes mencionadas, sino que implica la aceptación de la autonomía de los pueblos indígenas por parte del Estado chileno, y la convivencia de toda la diversidad jurídica bajo la misma forma de un solo Estado.

En este contexto, resultan vitales los conceptos de Plurinacionalidad y Pluralismo Jurídico, puesto que, han logrado hacerse cargo de las diferencias que se presentan dentro de una Nación -concepto que como hemos explicado resulta necesario disociarlo del concepto Estado- somos un pueblo compuesto por minorías sexuales, por pueblos indígenas, por inmigrantes, etc. y de esta manera lograr una legitimación por parte de la comunidad, puesto que la Plurinacionalidad, propone la existencia de diversas culturas dentro de la nación, todas ellas con costumbres, lengua, religión y normas propias. Esto tiene como consecuencia que no sólo hay un Derecho, junto al Derecho Estatal coexisten otros Derechos, esto porque el Derecho es una manifestación cultural, al existir una pluralidad de culturas, existen a su vez múltiples Derechos. Y en concordancia con lo anterior, cobra relevancia el principio del Pluralismo Jurídico, que propone que todos estos derechos deben coexistir en igualdad de condiciones, sin que el Derecho de producción Estatal se superponga, porque de ser así, la consagración de estos principios se transforma en letra muerta, y es ahí donde cobra vital importancia la existencia de un “tribunal constitucional” de integración mixta, capaz de velar por la igualdad entre todos estos Derechos de producción no Estatal.

BIBLIOGRAFÍA.

- 1) Andrade, Grijalva y Storini (editores), *La Nueva Constitución del Ecuador. Estado, Derechos e instituciones*, Universidad Andina Simón Bolívar y Corporación Editora Nacional, Quito, 2009.
- 2) André-Jean Arnaud y María José Fariñas Dulce, *Sistemas jurídicos. Elementos para un análisis sociológico*, Universidad Carlos III-BOE, 2ª ed., Madrid, 2006.
- 3) Constitución Política de la República de Chile, 2005.
- 4) Constitución de la República del Ecuador, 2008.
- 5) Constitución Política del Estado de Bolivia, 2009
- 6) Constitución Política de Colombia, 1991.
- 7) Constitución política de Guatemala 2002.
- 8) Convenio sobre pueblos indígenas y tribales, 1989, núm. 169.
- 9) Correas, Oscar *Derecho indígena mexicano I*, UNAM, Ediciones Coyoacán, México, D.F., 2007.
- 10) Fabra y Rodríguez (editores), *Enciclopedia de filosofía y teoría del Derecho*, Instituto de Investigaciones Jurídicas de la Universidad Nacional Autónoma de México, México D.F., volumen 2, 1995.
- 11) Fariñas, María José, *Globalización, ciudadanía y Derechos humanos*, Cuadernos “Bartolomé de las Casas N.º 16, Dykinson, Madrid, 2000.
- 12) Garzón López, Pedro, *Pluralismo jurídico*. En *Eunomía. Revista en Cultura de la Legalidad*, Universidad Carlos III Madrid, Madrid, N°5, 2014.
- 13) Goitía, Carlos Alberto, *Constitución Política y justicia indígena originaria campesina*. Potestades de generación normativa y de administración de justicia, Friedrich Ebert Stiftung, La Paz, 2012.
- 14) José A. de Obieta Chalbaud, *El Derecho humano de la autodeterminación de los pueblos*, Tecnos, 2ª reimpresión, Madrid, 1993.
- 15) Judith Salgado, (edit.) *Justicia Indígena aportes para un debate*, Quito, Universidad Andina Simón Bolívar, Sede Ecuador/ Corporación Editora Nacional, 2002.
- 16) Käss y Velázquez (editores), *Reflexión crítica a la nueva constitución política del Estado*, Konrad Adenauer Stiftung, La paz, 2009.
- 17) Noguera Fernández, Albert, *Constitución, Plurinacionalidad y Pluralismo Jurídico en Bolivia*, Oxfam, La Paz, 2008.
- 18) Santos, Boaventura de Sousa, *La Reinvencción del Estado y el Estado Plurinacional*, Alianza Interinstitucional Cenda, Cejis, Cedib, Santa Cruz de la Sierra, 2007.
- 19) Santos, Boaventura De Sousa, *La globalización del Derecho. Los nuevos caminos de regulación y la emancipación*, trad. de César Rodríguez, Universidad Nacional de Colombia, ILSA, Bogotá, 1998.

- 20) Tortora, Aravena, Hugo, “*Cambios introducidos al sistema de Derechos fundamentales por el Nuevo Constitucionalismo Latinoamericano Descolonizador*”, Tesis Doctoral, Valparaíso, 2017.
- 21) Wolkmer, Carlos, *Pluralismo jurídico. Fundamentos para una nueva cultura jurídica*, trad. de David Sánchez Rubio y Juan Carlos Sánchez Villegas, Mad, Sevilla, 2006.
- 22) Yrigoyen Fajardo, Raquel, *Pluralismo jurídico, Derecho indígena y jurisdicción especial en los países andinos*. En *El Otro Derecho*, International Law Students Association, Bogotá, número 30, junio de 2004.
- 23) Ley de amparo, exhibición personal y de constitucionalidad de Guatemala, 2015.
- 24) Ley del Tribunal Constitucional Plurinacional, 2010.