



UNIVERSIDAD DE VALPARAÍSO
FACULTAD DE DERECHO Y CIENCIAS SOCIALES
ESCUELA DE DERECHO

Multiculturalismo: ¿Cómo compatibilizar la coexistencia entre un Derecho Estatal y un Derecho Comunitario, bajo Principios Universales que garanticen los derechos de las minorías dentro de las minorías?

Esta tesina es parte del proyecto FONDECYT regular número 1150094, titulado "Las mujeres indígenas como una minoría dentro de las minorías. Un caso difícil para la teoría y el derecho", cuyo investigador responsable es el profesor Luis Villavicencio.

CAMILA FUENTES ESCOBAR.
MONTSERRAT LANDEROS HERRERA.

PROFESOR GUÍA LUIS VILLAVICENCIO.

6 de marzo de 2017

ÍNDICE

I.	Introducción.	3
II.	Multiculturalismo.	4
A.	Origen.	4
B.	Conflicto.	6
C.	Reconocimiento.	7
III.	Pluralismo Jurídico.	13
IV.	Respuestas teóricas al pluralismo jurídico y las reivindicaciones multiculturales.	17
V.	Caso.	25
VI.	Conclusiones.	47

I. Introducción.

El siguiente trabajo tiene por objeto poder compatibilizar la teoría de las jurisdicciones multiculturales con una democracia deliberativa, que tenga como resultado una sociedad y un Estado mucho más inclusivo.

El multiculturalismo liberal pretende realzar la importancia de la identidad cultural protegiendo las diversas minorías nacionales y étnicas, pero garantizando la vigencia de ciertos principios liberales básicos. En este mismo sentido, es aquí donde las respuestas teóricas al pluralismo jurídico son un gran aporte a la teoría del multiculturalismo, en orden a asegurar a ciertos grupos minoritarios, especialmente las mujeres, un marco de protección y revisión de la permanencia o las prácticas de su cultura, pudiendo rechazarlas, o elegir entre los mecanismos de tutela de su propia cultura o las de otra.

Verificar si es necesario asegurar ciertos derechos y autonomía a la pluralidad de culturas que pueden convivir dentro de un Estado, pero estableciendo que hay ciertos principios universales transversales a todas las culturas que aseguren a cada persona ciertos derechos. Además de lo anterior, ser capaces de crear políticas públicas que interconecten las diversas formas de vida que se presentan dentro de un Estado.

Nuestro trabajo comenzará desarrollando el fenómeno del multiculturalismo, respecto del cual se analizará el origen de éste, y el conflicto que se provoca en los Estados al coexistir diversas culturas, que pretenden autonomía jurisdiccional y política. Y culminará este apartado con las políticas de reconocimiento que los Estados han adoptado.

Luego, se desarrollará el concepto de Pluralismo Jurídico, para continuar en el capítulo siguiente con algunas de las respuestas teóricas que los estudiosos han dado a esta realidad multicultural, las cuales corresponden al modelo de las jurisdicciones multiculturales y al de las democracias deliberativas.

Finalmente, expondremos un acucioso análisis de casos, consistentes en la selección de sentencias pertenecientes a los más altos tribunales de Colombia, Ecuador y Venezuela, respecto de las cuales pretendemos aplicar los modelos anteriormente descritos para contrastar lo teórico con lo práctico, señalar los límites que se consagran respecto de la jurisdicción especial indígena en cada país, y específicamente, desarrollar el avance jurisprudencial de la

Corte Constitucional Colombiana respecto de la realidad multicultural. Lo anterior, permitirá desarrollar el capítulo final, que contendrá la conclusión de nuestro trabajo.

II. Multiculturalismo.

A. Origen.

No es novedad que una gran diversidad de culturas coexisten, teniendo cada una de ellas una dinámica propia y actuando e interactuando independientemente de los Estados-nación, tampoco es novedad que dentro de estas entidades política-administrativas, se encuentre un grupo de personas que se consideran con una identidad cultural propia y distinta del resto. Pero este fenómeno no es solo parte del mundo moderno, sino que también del imperio otomano, del romano y el azteca (Jiménez, 2009: p.44). Hoy en día, y tal como lo expone Kymlicka, según estimaciones recientes, los 184 Estados independientes del mundo contienen más de 600 grupos de lenguas vivas y 5.000 grupos étnicos; y son pocos los países cuyos ciudadanos comparten el mismo lenguaje o pertenecen al mismo grupo étnico-nacional (Kymlicka, 1996: p.13).

En la génesis de la diversidad, Kymlicka observa dos modelos: el primero, consiste en la pluralidad de naciones dentro de un Estado, refiriéndose a culturas que tenían un gobierno propio, que se encontraban concentradas en un territorio específico y que fueron incorporadas a un Estado mayor. Estas culturas incorporadas, son conocidas como “minorías nacionales” teniendo como característica la pretensión de ser reconocidas en su diferencia y lograr su autonomía. El segundo modelo, consiste en la pluralidad de “grupos étnicos” no estructurados, refiriéndose a asociaciones de poca rigidez formadas como consecuencias de inmigraciones, cuyas aspiraciones son integrarse en la sociedad en la que ahora se encuentran, requiriendo que las instituciones y las leyes del Estado al que pretenden formar parte, sean más flexibles para poderlos integrar, a pesar de que tengan prácticas culturales diversas (Kymlicka, 1996: p.25).

Ahora bien, esta clasificación de la diversidad cultural en dos factores, como lo son los grupos étnicos y las minorías nacionales, es solo una simplificación del fenómeno; pues la diversidad cultural dentro de un Estado no puede resumirse solo a aquella relación. Por el contrario, en el estudio y desarrollo de cada uno de los dos modelos mencionados, se van

haciendo matices por las múltiples situaciones que se presentan dentro de cada una de ellas (Jiménez, 2009: p.46).

Por lo tanto, cuando señalamos que dentro de un Estado conviven varias culturas, nos estamos refiriendo al fenómeno del multiculturalismo. Pero este concepto no tiene un criterio único en cuanto a la utilización del término, debido a que éste puede ser usado tanto como para describir un fenómeno social, como para definir un modelo normativo a seguir.

Por esa razón, hablar de multiculturalismo implica lidiar con diversas dificultades conceptuales, a modo de ejemplo, el propio término cultura que compone el concepto de multiculturalidad carece de univocidad, e incluso según cual sea el contenido de la definición se permite una interpretación más extensa o restringida; o según cual sea el enfoque se genera un concepto más o menos inclusivo (Jiménez, 2009: p.15). Así por ejemplo, Kymlicka define la cultura como “cultural societal”, la cual se entiende como el conjunto de instituciones que abarcan tanto la vida pública como la vida privada, provistas de una lengua común que se ha desarrollado históricamente a lo largo del tiempo en un territorio dado y que proporciona a las personas una amplia gama de opciones respecto de cómo encauzar sus vidas. La aparición de una cultura societal –que requiere la normalización y difusión de una lengua común, así como la creación y la propagación de instituciones educativas, políticas y legales comunes– es un rasgo de modernización, pero es también algo que recibe un apoyo activo por parte del Estado (Kymlicka, 1996: p.112).

En relación a lo anterior, es necesario diferenciar a la multiculturalidad del multiculturalismo. La multiculturalidad es condición de hecho de aquellos cuerpos sociales que mediante diversas formas, incluyen en su seno múltiples horizontes culturales. Es una situación en la que en un mismo cuerpo social, coexisten diferentes entramados culturales, exista o no un reconocimiento jurídico o político de esta multiplicidad cultural. En cambio, el multiculturalismo consiste en aquella serie de políticas que en una sociedad determinada se despliegan en el plano del derecho, en aras de consolidar determinadas articulaciones de la multiculturalidad. Por lo tanto, la multiculturalidad es un hecho social, mientras que el multiculturalismo es un hecho de orden jurídico y político (Restrepo, 2012: p.277-278).

B. Conflicto.

Desde tiempos coloniales que el conflicto indígena por la multiculturalidad está latente. Y es en esa época que comenzó por llamárseles a los indígenas *barbari*, bárbaros, esto era, seres extraños no solo a la propia cultura, sino también, a la civilización. Eran considerados como la especie más ajena de humanidad que por entonces cupiera concebirse (Clavero, 2009: p.5).

Sin embargo, terminado el periodo de colonización, se produce el fenómeno del monoculturalismo¹, término que simplemente describe el hecho de que una sociedad está regida y organizada en base a los principios y valores de un grupo dominante que organiza la vida en común. Y cuando los Estados asumen políticas monoculturales, excluyen la diversidad cultural existente de dos formas: la primera de ellas, excluye las formas de vida de los distintos grupos culturales, no teniendo cabida en el Estado y debiendo seguir los patrones de vida y actividad definidos por los grupos dominantes; y la segunda, se refiere a la exclusión de la participación en las actividades del Estado debido a su identidad cultural, lo cual se traduce en que las personas de distintos grupos culturales sufren discriminación y desventaja en el acceso al ámbito público, económico, judicial y administrativo de la vida del Estado (López, 2006, p.23).

Sumado a lo anterior, fueron un conjunto de factores los que explican la emergencia, a contar de la década de los 70, de movimientos indígenas en los países de Latinoamérica, nacidos del conflicto tendiente a la consagración de la multiculturalidad. Entre ellos, encontramos las frustraciones provocadas por las reformas agrarias y políticas indigenistas impulsadas por los gobiernos, la amenaza que significaron los proyectos de inversión en territorios ancestrales, y la vinculación que tuvieron con movimientos indígenas emergentes de distintas regiones del continente (Aylwin, Meza-Lopehandía, Yañez, 2013: p.530).

Otro enemigo de la multiculturalidad es la globalización, ya que este fenómeno afecta varios de los aspectos relevantes de la multiculturalidad y los derechos humanos de los sujetos individuales y colectivos, toda vez que tanto la globalización como el multiculturalismo, incluyen elementos sociales, económicos y políticos que afectan la esfera de los derechos humanos (Jiménez, 2009: p.49). La globalización, según James Anaya, junto con incrementar la desigualdad en la distribución de la riqueza, ha traído consigo la imposición de las preferencias

¹ MONOCULTURALISMO: Se refiere a las políticas públicas proyectadas y ejecutadas desde el Estado, que reproducen los intereses de sectores representantes de una sola cultura dominante (López, 2006, p.32)

e iconografías propias de la cultura occidental a expensas de la diversidad cultural (Jiménez, 2009: p.58).

C. Reconocimiento.

Durante mucho tiempo la lucha más conocida por las reivindicaciones de la justicia social estaba constituida por las reivindicaciones redistributivas, proveniente de la tradición liberal, en la que autores como John Rawls elaboraron diversas teorías que pretendían una distribución más justa de los recursos y de la riqueza. Sin embargo, se ha comprobado que el liberalismo igualitario, con sus políticas de justicia redistributiva no ha sido suficiente para satisfacer las nuevas luchas de los movimientos sociales, que exigen más que una redistribución de los recursos y riquezas de la sociedad, sino que también exigen que sean reconocidos observando sus diferencias.

Hoy en día, no cabe duda que no todos los problemas pueden reconducirse a la redistribución de los recursos. Como afirma Selamé y Villavicencio, el liberalismo igualitario que propone Barry considera que es positivo que el liberalismo sea ciego a la diferencia, éste no está a favor ni en contra de la asimilación, sino que simplemente cree que la cantidad justa de ella es la que se da en un marco de instituciones equitativas. Barry, como señalan los autores, piensa que la mejor manera de lidiar con las políticas del reconocimiento es sustraer al Estado de este tema, privatizando la diferencia. En este sentido, el Estado debe mantenerse neutral, y estando bajo este presupuesto podrán florecer libremente los distintos modos de vida que quepan dentro de la esfera de lo privado, dentro de un marco garantista establecido por los mismos principios liberales, de esta manera las políticas de la redistribución se orientarán a los problemas verdaderamente importantes comunes a todos: como la pobreza, desigualdad, etc. (Selamé; Villavicencio, 2011: p.112).

Sin embargo, los planeamientos de Barry, antes que una respuesta, pueden ser una forma de opresión al seguir manteniendo un modelo que desconoce las diferencias, ya que no se trata simplemente de solucionar todos los problemas por medio de una distribución más equitativa de las riquezas dentro de una sociedad. No considera que las políticas multiculturalistas, por su parte, pueden fortalecer el Estado de Bienestar, pues no se oponen a las políticas de redistribución, sino que las complementan. El que la redistribución sea necesaria no la hace suficiente (Selamé; Villavicencio, 2011: p.124).

En cuanto a las políticas de reconocimiento, el objetivo está en una sociedad que acepte la diferencia. El término “reconocimiento”, proviene de la filosofía hegeliana y, en concreto, de la fenomenología de la conciencia. Para esta filosofía, como señala Fraser, el reconocimiento designa una relación recíproca ideal entre sujetos, en la que cada uno ve al otro como su igual y también separado de sí, implicando, por tanto, que las relaciones sociales son anteriores a los individuos y la intersubjetividad es anterior a la subjetividad (Fraser, 2008: p.85).

Con frecuencia podemos observar que las políticas de la redistribución y las políticas de reconocimiento aparecen disociadas. Algunos proponentes de la redistribución igualitaria rechazan la política de reconocimiento, considerando a las reivindicaciones del reconocimiento como “falsa conciencia”, como un obstáculo para la obtención de la justicia social; y a la inversa, algunos defensores del reconocimiento miran con desdén a la política de la redistribución, y citan el fracaso del igualitarismo económico que prescinde de las diferencias (Fraser, 2008: p.84).

Consideramos que en el mundo actual, estos paradigmas no pueden ser planteados en términos excluyentes, sino que al igual como plantean Selamé y Villavicencio, lo que debe hacerse es redefinir el debate sobre la justicia, para lograr una teoría que integre ambos paradigmas. Así lo plantean los autores al citar lo que afirma Parekh: “el que exista igualdad económica no significa que esta por sí misma genere respeto por la diversidad [...]. Una sociedad igualitaria probablemente insista en una sola y correcta forma de llevar una vida buena. [...] La injusticia no sólo se produce cuando los individuos son explotados, manipulados, o cuando se les niegan las condiciones materiales básicas de una vida buena, sino también cuando se les niega la oportunidad de hablar por sí mismos, modelar y expresar libremente sus identidades. [...] La opresión y la desigualdad pueden tomar muchas formas, la económica es sólo una de ellas. Aquellos que se avocan a la redistribución, se concentran sólo en una de ellas, aquellos que se enfocan en el reconocimiento, en otras” (Selamé; Villavicencio, 2011: p.131).

Esta disociación se puede deber, en parte, a los distintos enfoques y diferencias que tienen ambas políticas², pero a pesar de las diferencias, y de las distintas visiones de sus defensores,

² Algunas de las diferencias más importantes entre los paradigmas de la redistribución y reconocimiento son las siguientes: en primer lugar, los dos paradigmas asumen concepciones diferentes de injusticia; en segundo lugar los dos paradigmas populares proponen diferentes tipos de soluciones de la injusticia; en tercer lugar, ambos asumen

hoy no queda duda que tanto las políticas de redistribución como las de reconocimiento finalmente se entrecruzan en las luchas por las reivindicaciones de la justicia social.

En la tarea de lograr integrar ambos paradigmas, Nancy Fraser, ilustra a través de las reivindicaciones de la lucha de género, como las políticas de redistribución y reconocimiento se cruzan dentro de las injusticias que sufren las mujeres. De esta manera, como señala la autora, el género es una diferenciación social bidimensional, es decir, no es una simple clase ni un mero grupo de estatus, sino una categoría híbrida arraigada al mismo tiempo en la estructura económica y en el orden de estatus de la colectividad (Fraser, 2008: p.91-93).

Desde el punto de vista distributivo, se evidencia como el género divide la estructura de trabajo, por una parte, entre trabajo retribuido y no retribuido; y, por otra parte, dentro del trabajo retribuido, entre las ocupaciones de fabricación y profesionales, y las ocupaciones de “delantal y de servicio doméstico”, estando las mujeres en la mayoría de los casos en el trabajo no retribuido, o en el de servicio doméstico con salarios bajos.

Ahora, desde el punto de vista del reconocimiento, existe un patrón institucionalizado de valor que privilegia los rasgos asociados con la masculinidad, al tiempo que devalúa todo lo codificado como “femenino”, no solo relacionado a las mujeres. Y como señala Fraser, a consecuencia de ello, las mujeres sufren formas específicas de subordinación de estatus, incluyendo las agresiones sexuales y la violencia doméstica; representaciones estereotipadas trivializadoras, cosificadoras y despreciativas en los medios de comunicación; hostilidad y menosprecio en la vida cotidiana; exclusión o marginación en las esferas públicas y en cuerpos deliberantes, y negación de los derechos plenos y protecciones equiparables de los ciudadanos. Estos daños, son para la autora, injusticias de reconocimiento.

Otro ejemplo de carácter social bidimensional es la “raza”, una combinación de estatus y clase social. Las injusticias del racismo, enraizadas al mismo tiempo en la estructura económica, y en el orden de estatus de la sociedad capitalista, incluyen tanto la mala distribución como el reconocimiento erróneo (ídem: p.93).

concepciones diferentes de las colectividades que sufren injusticia; y en último lugar, asumen ideas distintas acerca de las diferencias de grupo.

Por tanto, podemos señalar que casi todos estos casos de subordinación suponen tanto una mala distribución como un reconocimiento erróneo. Además, después de todo, el género, la raza o etnia, la sexualidad y la clase social no están totalmente separados entre sí; al contrario, todos estos aspectos se intersectan influyendo en nuestras formas de identificarnos y en nuestros intereses.

Como ya hemos mencionado, uno de los ejes de subordinación social que también tiene carácter bidimensional es la raza o etnia. Para efectos de evidenciar, como las políticas de reconocimiento han influido en la forma de integrar y aceptar las diferencias, creemos necesario hacer algunas menciones históricas en cuanto a la evolución por la consagración de un derecho propio indígena.

Desde los comienzos de la colonización, se sentaba que a los aborígenes les correspondían derechos. Sin embargo, en sus orígenes no se reconocía a los nativos un derecho propio, un derecho que les permitiera a ellos, como aborígenes, plantearse según sus propios supuestos, conforme a su propia cultura (Clavero, 2009: p.5-6). Es por ello que durante siglos, a los indígenas se les aplicó un Derecho, el del Estado, que no era suyo, y por tanto, eran juzgados de acuerdo a normas y procedimientos que no entendían. Por lo que, siguiendo a Cabedo según Stevehagen, se verifica aquí que la ignorancia de la ley tiene dos vertientes: el desconocimiento de la ley formal (estatal) por parte de los indígenas, y el desconocimiento de la ley consuetudinaria por parte del Estado. Es por ello, que cabría preguntarse con qué derecho se valía el Estado para imponer su normatividad cuando a su vez, ignoraba el Derecho Indígena (Cabedo, 2004: p.114-115).

No obstante, una vez que se produce el periodo de descolonización, es cuando comienza el tiempo de derechos, y por tanto, el tiempo de reconocer al interior de los Estados, la existencia del multiculturalismo, mediante el reconocimiento del derecho indígena.

Así, debemos entender por derecho indígena, al derecho del pueblo indígena, por el solo hecho de serlo. Los derechos individuales de las personas indígenas son, y deben ser, los mismo de los no indígenas, sin discriminación alguna, salvo naturalmente el derecho de pertenencia a la respectiva comunidad concreta. Es aquí donde radica la diferencia: en la existencia de un derecho propio porque existe una comunidad propia (Clavero, 2009: p.110).

Ahora bien, es el Convenio 169 de la OIT sobre Pueblos Indígenas y Tribales en países independientes, el instrumento que nos entrega una definición de lo que es este pueblo indígena. Y es en su artículo primero, donde prescribe que son pueblos indígenas “por el hecho de descender de poblaciones que habitaban en el país o en una región geográfica a la que pertenece el país en la época de la conquista o la colonización o del establecimiento de las actuales fronteras estatales y que, cualquiera que sea su situación jurídica, conservan todas sus propias instituciones sociales, económicas, culturales y políticas, o parte de ellas”, añadiéndose en el punto número dos del mismo artículo, como criterio fundamental para su identificación concreta, el de la propia conciencia de su identidad indígena.

Sin embargo, fueron los procesos organizativos y las movilizaciones de los pueblos indígenas en reclamación por sus derechos, los sucesos que han tenido como consecuencia la reforma gradual de los ordenamientos jurídicos y políticos de los Estados de América, ya que, estos ordenamientos han dado un progresivo reconocimiento a los pueblos y a sus derechos en las últimas décadas. La acción colectiva de los pueblos indígenas habría posibilitado lo que algunos autores han denominada “la reforma del Estado” en América Latina (Aylwin et al., 2013: p.533).

El proceso de reformas jurídico-políticas en los Estados ha sido gradual. Así, se reconoce la existencia de tres ciclos. El primero de ellos, se desarrolla durante la década de los '80, antecedendo la aprobación del Convenio 169 de la OIT. Las reformas impulsadas en esta etapa, si bien estaban centradas en el reconocimiento y protección de la pluriétnicidad y del derecho a la identidad cultural, también establecen derechos específicos para estos pueblos sobre tierra y algunas formas de autonomía (Aylwin et al., 2013: p.534).

El segundo ciclo, se enmarca en la época de los '90, luego de la aprobación del Convenio 169. Momento en que las reformas constitucionales enfatizaron la naturaleza multicultural o pluricultural de los Estados, reconociendo a los pueblos indígenas como sujetos colectivos, y estableciéndose en ellas un conjunto de derechos políticos de participación, consulta y autonomía, de derechos territoriales relacionados con la tierra, el territorio y los recursos naturales, y de derechos de carácter lingüístico y cultural (Aylwin et al., 2013: p.535).

Sin embargo, la realidad es siempre más compleja que los enunciados de una Constitución, ya que los conflictos siguieron afectando a los pueblos indígenas, debido a que las expectativas

que estas reformas generaron en los pueblos indígenas se vieron frustradas. Esto se debió principalmente a lo que Rodolfo Stavenhagen denomina “la brecha de la implementación”, la cual se evidenció en la distancia existente entre las disposiciones constitucionales y las normas legales y reglamentarias vigentes, sumado a la ausencia de mecanismos para hacer exigibles los derechos reconocidos constitucionalmente y la falta de recursos para impulsar políticas públicas.

Como algunos analistas han señalado, el constitucionalismo de sello multicultural de este ciclo, si bien brindó un reconocimiento formal a los pueblos indígenas, legitimó un modelo económico social, sin introducir cambios sustanciales a la estructura uninacional, mono cultural y hegemónica de los Estados (Aylwin et al., 2013: p.540-541).

Finalmente, el tercer ciclo, se distingue por el paso de la multiculturalidad hacia la plurinacionalidad e interculturalidad, en el primer decenio del 2000.

Debemos entender a la plurinacionalidad como la construcción de una verdadera interculturalidad que permita impregnar e intercambiar valores, prácticas, conocimientos, sabidurías, modos de ver el mundo, en un diálogo equitativo y sin imposiciones. Es un reconocimiento mutuo de la diversidad y la riqueza del país (Sousa, 2012: p.72). Y por su parte, a la interculturalidad debemos entenderla como un término que entiende la relación entre culturas diferentes como un espacio social que se comparte, y en donde las características culturales del espacio social configuran un código que genera una continuidad entre la diferencia cultural (Jiménez, 2009: p.18-19).

En este ciclo, el apoyo indígena fue central en los procesos que llevaron a la aprobación de las nuevas constituciones en regiones latinoamericanas. Siendo común en ellas, el hecho de que reconocen que un Estado unitario no es incompatible con la existencia de una pluralidad de naciones ni con el reconocimiento de sus derechos colectivos (Aylwin et al., 2013: p.542). Cabe destacar, que estas constituciones están fuertemente influidas por la Declaración de Naciones Unidas sobre Derechos de Pueblos Indígenas de 2007 y por la jurisprudencia de la CIDH.

El panorama, hoy se encuentra situado en el reconocimiento del plurinacionalismo y de la interculturalidad, en un “nuevo constitucionalismo” de creación propia, de reivindicación del poder del pueblo y del principio democrático. Algo así como una nueva forma de relación entre el Estado y la Sociedad.

III. Pluralismo Jurídico.

El debate actual sobre el multiculturalismo tiene su interés también para el Derecho y ha dado lugar a las tesis características del pluralismo jurídico (Cebeira, 2008: p.80).

Donde quiera que haya una organización social o institución, existirá un Derecho, de suerte que del conjunto de instituciones sociales deriva necesariamente una pluralidad de ordenamientos (Garzón, 2016: p.226).

Así, la expansión geopolítica de grandes imperios multinacionales como también la colonización europea, fueron procesos que contribuyeron a que emergiera el pluralismo jurídico, tras una fuerte imposición del derecho colonizador a los pueblos o naciones sometidas (Garzón: 2016, p.232). Luego de varios siglos de dominación, muchas de las expresiones jurídicas continuaron desarrollándose al interior de las comunidades al margen del derecho estatal, lo que conllevó a que la diversidad de prácticas jurídicas vivas en contextos locales fueran abstraídas o eliminadas por la lógica del derecho estatal empeñada a reproducir el sistema jurídico moderno occidental sustentado en la trilogía Estado-soberanía-derecho.

No obstante lo anterior, no fue sino hasta las últimas décadas del siglo pasado, a consecuencia del resurgimiento de nuevos grupos sociales, minorías étnicas, nacionales, indígenas, entre otros, cuando empezó a reconfigurarse el mapa jurídico político de los Estados-naciones, dando paso a una conformación pluriétnica, plurinacional y plurijurídica (Garzón, 2016: p.233).

Elaborar un concepto de pluralismo jurídico es una tarea que no ha estado exenta de controversias y múltiples respuestas. Comenzaremos entendiéndolo como “la coexistencia de dos o más sistemas jurídicos en el mismo espacio social”, es decir, consiste en “la coexistencia de normas que reclaman obediencia en un mismo territorio y que pertenecen a sistemas distintos” (Cabedo, 2004: p.11). Así, también se entiende a la pluralidad jurídica como “la existencia simultánea -dentro del mismo espacio de un estado- de diversos sistemas de regulación social y resolución de conflictos, basados en cuestiones culturales, étnicas, raciales, ocupacionales, históricas, económicas, ideológicas, geográficas, políticas, o por la diversa ubicación en la conformación de la estructura social que ocupan los actores sociales” (Yrigoyen, 1995: p.9).

Hay que tener presente que el pluralismo jurídico es un asunto central en la reconceptualización de la relación entre Derecho y sociedad, y es por ello que las controversias acerca de su significado en tanto fenómeno social son tan importantes de desentrañar. Así, a modo de ejemplo, en el África colonial, el derecho de las colonias estaba reconfigurando la vida social de villas y tribus, siendo el derecho un instrumento avanzado del colonialismo. Este derecho impuesto pensado para el capitalismo industrial, incorporaba principios y procedimientos muy distintos al derecho local de cada comunidad, y es a esto a lo que los académicos denominaron *pluralismo jurídico*, reconociendo que la introducción del derecho colonial europeo había creado una pluralidad de ordenes jurídicos, pero ignorando –en gran medida– la complejidad de los ordenes jurídicos anteriores (Engle, 2007: p.89-90).

En cuanto a su génesis, el pluralismo legal emerge como una reacción crítica a la idea del derecho centrado única y exclusivamente en el Estado, siendo por tanto, un rechazo al centralismo legal, entendiendo por tal a la idea de que el Estado es el que tiene el monopolio exclusivo de la producción del derecho. (Prieto, 2012: p.28). Es ante ello que se crea la alternativa del pluralismo, con el propósito de derribar esta idea centralista en cuanto a la conformación del derecho, y en segundo término, de constatar la coexistencia de múltiples ordenes, prácticas o sistemas legales dentro de un mismo espacio político o campo social (ídem: p.31), teniendo en cuenta que dicha constatación y problematización no busca validar ningún sistema legal por sobre otro ni la eliminación del Estado, sino que simplemente pretende develar cuáles son las relaciones de poder existentes entre quienes se atribuyen determinadas formas de organizar las acciones sociales, estén o no dentro del aparataje estatal (ídem: p. 42-43).

Pero la dificultad para despojarse de la concepción del Estado como titular de la creación de Derecho, a la hora de conceptualizar y describir el fenómeno del pluralismo jurídico, ha sido una traba que los autores han hecho patente.

Así, John Griffiths analizando las dificultades que supone la ideología del centralismo jurídico para el estudio del pluralismo, esgrime que uno de los usos específicos de la expresión “pluralismo jurídico”, es el que se refiere a la recepción del derecho consuetudinario en contextos coloniales y post coloniales, describiendo una situación que precisamente se define a partir de la ideología del centralismo jurídico. Es por ello, que según este autor, para la elaboración de un concepto descriptivo de lo que es el pluralismo jurídico, es menester romper

el dominio absoluto sobre lo que se supone que es el Derecho, es decir, debe destruirse el esquema de concebirlo como un orden normativo jerárquico, único, unificado y exclusivo que depende del poder del Estado; es también por esa razón, que se identifica un pluralismo jurídico en sentido *fuerte* y otro en sentido *débil*. Y como es de esperar, la concepción del pluralismo jurídico en sentido fuerte, es rechazada por el centralismo, toda vez, que se entiende a esta como una situación en la que ni todo el Derecho es derecho estatal, ni se administra por un conjunto único de instituciones estatales y en la que por consiguiente no es sistemático o uniforme. Por su parte, en un sentido débil, un sistema jurídico es pluralista cuando el soberano establece, ya sea implícitamente o mediante la validez otorgada por la *grundnorm*, regímenes jurídicos diferentes para grupo diferentes de la población. Es decir, en este sistema de pluralismo jurídico, los regímenes jurídicos paralelos, dependientes de un sistema jurídico estatal abarcador y dominante, son el resultado del reconocimiento por parte del Estado del supuestamente preexistente derecho consuetudinario de los grupos afectados. De esta forma, en cuanto a la coexistencia de diversos sistemas jurídicos, no es posible concebir el derecho de los pueblos si no es en relación con el Derecho hegemónico estatal, como ocurre, por ejemplo, respecto del Derecho de los pueblos indígenas (Cabedo, 2004: p.77). Pero es necesario hacer presente que estas concepciones y la definición rupturista del pluralismo jurídico tampoco ha estado exenta de críticas, las cuales son posibles de encontrar en los escritos de Tamanaha, quien esgrime que los pluralistas jurídicos insisten erróneamente en que el Estado no tiene el monopolio del Derecho y que por tanto, todo tipo de ordenamientos normativos no ligados a él, serían Derecho, llegando a la absurda conclusión, de que todas las expresiones de control social también lo serían. Por consiguiente, argumenta que desde sus comienzos los pluralistas jurídicos se ven atrapados en su propia insistencia de que lo jurídico incluye lo no jurídico, siendo por ende la única solución posible, crear una definición de Derecho independiente del Estado, y que, no obstante, sea capaz de diferenciar el Derecho de otras formas de orden normativo, lo que según Tamanaha, no ha tenido éxito (Tamanaha, 200: p.226-227).

De la mano con lo anterior, Garzón López plantea el fenómeno del pluralismo jurídico, desde la tesis de Bobbio, quien reconoce al menos dos fases en que puede deducirse el análisis de este. La primera de ellas, comprendida por el pluralismo jurídico de carácter estatista y positivista, el cual se manifiesta en la existencia de muchos poderes soberanos, de suerte que hay tantos derechos, diferentes entre sí, cuantos poderes soberanos existan.

Y la segunda fase, consiste en el pluralismo jurídico institucional, el cual se traduce en que no solo existen muchos ordenamientos jurídicos en contraposición a un derecho universal, sino que además, hay ordenamientos de “muchos tipos diferentes”.

Nos obstante, bajo la óptica de la teoría institucional, es la institución estatal la que se impone en última instancia, ya que, si bien todas las instituciones tienen una naturaleza jurídica *in se* y *per se*, de modo que intrínsecamente tienen sus efectos jurídicos y son autónomas; sin embargo, en el contexto de sociedades más amplias, resulta que dicha autonomía jurídica es subordinada al amparo de instituciones dominantes. A modo de ejemplo, nos ilustra Garzón López, para que pueda ejercitarse legítimamente y tenga efectos civiles el ordenamiento de la Iglesia frente al del Estado, se requiere necesariamente el reconocimiento de este último.

En efecto, las instituciones que entran en la esfera de competencia del Estado, se encuentran condicionadas al reconocimiento del ordenamiento jurídico estatal para sus efectos jurídicos, no afectando esta teoría realmente al monismo jurídico (Garzón, 2016: p.225-228).

En definitiva, el fenómeno del pluralismo jurídico como importancia del multiculturalismo para el Derecho, es un concepto que se ha ido construyendo desde diversas ópticas y en base a diversas teorías, como su dependencia o independencia con el Estado o su vinculación con el Colonialismo, la cual se evidencia en la distinción entre Pluralismo Jurídico Clásico y Nuevo Pluralismo Jurídico.

La distinción que se hará a continuación, versa sobre lo que Griffiths denomina la visión del pluralismo jurídico que tienen las *ciencias sociales*³, la que lo considera como una situación empírica concreta dentro de la sociedad, es decir, la coexistencia de un grupo social de órdenes jurídicos que no pertenecen a un sistema único. De esta forma, nos encontramos con el pluralismo jurídico clásico y el nuevo pluralismo jurídico.

El pluralismo jurídico clásico corresponde al análisis de las intersecciones entre los derechos europeo y nativo, y por su parte, el nuevo pluralismo jurídico es aquel que nace tras el interés despertado en los académicos sociojurídicos a finales de la década del sesenta, por aplicar el concepto de pluralismo jurídico a las sociedades no colonizadas, centrándose más bien en países industrializados. Así, el pluralismo jurídico pasó de ser un concepto que se

³ En contraposición a la *visión del jurista* del pluralismo jurídico, que consiste en verlo como un problema particular de los sistemas jurídicos duales creados por la superposición de los sistemas jurídicos de los países europeos sobre los sistemas preexistentes cuando aquellos establecieron las colonias.

refería a la regulación de las relaciones entre colonizador y colonizado, a hablar de grupos dominantes y subordinados, donde caben las minorías étnicas, religiosas y culturales. De esta forma, según el nuevo pluralismo jurídico, los ordenamientos normativos plurales se encontrarían en prácticamente todas las sociedades. Ahora el centro de la investigación se sitúa en la relación entre el sistema jurídico oficial y otras formas de ordenamiento de la conducta con las que se conecta, pero que son dependientes y están separadas de él al mismo tiempo, es decir, en vez de influencias mutuas entre dos entidades separadas, esta perspectiva contempla formas plurales de ordenación que participan en el mismo campo social. Por lo tanto, siguiendo a Francis Snyder, cualquier distinción dualista, como la que separa el Derecho estatal del popular, es engañosa, porque los ordenamientos normativos plurales son parte del mismo sistema en cualquier contexto social concreto y están usualmente entrelazados en los mismos micro-procesos sociales.

A pesar de las diferencias con el pluralismo jurídico clásico, el nuevo pluralismo jurídico recibió de éste tres grandes contribuciones. La primera de ellas, corresponde al análisis de la interacción entre órdenes normativos que son fundamentalmente diferentes en su estructura conceptual subyacente. La segunda, es la atención que presta a la elaboración del derecho consuetudinario como producto histórico, y la tercera, es el esquema de la dialéctica entre órdenes normativos (Engle, 2007: p.94-97).

Nosotras optaremos por una visión del pluralismo jurídico nueva, que más que identificar el derecho entre colonizadores de colonizados, identifica grupos dominantes por sobre los oprimidos, constituidos estos últimos por las minorías culturales existentes al interior de los Estados, realidad social respecto de la cual se hace necesario dar una respuesta teórica, en tanto conviven dentro de un mismo espacio jurídico, social y territorial, diversos sistemas jurídicos que requieren ser dotados de autonomía, pero sin pasar a llevar principios básicos y universales, y sin negar su vinculación con el Estado.

Ante ello, la doctrina ha dado múltiples respuestas y modelos, dos de los cuales serán analizados en el siguiente capítulo.

IV. Respuestas teóricas al pluralismo jurídico y las reivindicaciones multiculturales.

Dentro de las respuestas teóricas que se han formulado para dar cabida en el derecho a la realidad multicultural, se encuentran entre ellos el modelo de las jurisdicciones multiculturales y la democracia deliberativa.

a) Modelo de las jurisdicciones multiculturales: Este modelo es propuesto por Ayelet Shachar. Su objetivo principal es lograr dejar atrás la paradoja de la vulnerabilidad cultural, logrando proteger a los grupos vulnerables u oprimidos por medio del entrecruzamiento de las jurisdicciones estatales y locales, mediante una concepción dinámica de las culturas. Así podrían justificarse las acomodaciones de la jurisdicción estatal que mejoran la posición de los grupos subordinados, mientras se amparan las diferencias culturales, generando condiciones para el cambio interno de la cultura. Su objetivo radica en equilibrar, por un lado, el reconocimiento de la autonomía normativa del grupo cultural y, por otro, la operatividad de los mecanismos previstos para la protección de los derechos fundamentales básicos (Villavicencio, p.318).

Y es que muchos teóricos políticos y jurídicos se han manifestado a favor de acomodar a los grupos de identidad, concediéndoles derechos especiales y exenciones, o bien, ofreciéndoles autonomía en la resolución de asuntos cruciales para su autodefinición, tratando de asegurar que los grupos minoritarios tengan la opción de mantener “el universo normativo en el cual la ley y la narrativa cultural están inseparablemente relacionados”. Sin embargo, cuando las políticas se dirigen a nivelar el campo de juego entre las comunidades minoritarias y la sociedad en su conjunto, involuntariamente se permite el maltrato sistemático de las minorías dentro del grupo acomodado, un impacto que en ciertos casos es tan severo que puede anular los derechos de ciudadanía de estos individuos. Por lo tanto, lamentablemente el acomodamiento bien intencionado por parte del Estado, puede dejar a los miembros de grupos minoritarios vulnerables a una injusticia severa dentro del grupo, y es a ello, a lo que Shachar identifica como el fenómeno de la paradoja de vulnerabilidad cultural (Shachar, 2004: p.1-3).

No ha habido ningún modelo normativo o jurídico que ofrezca un equilibrio adecuado entre el respeto de la diversidad cultural y la protección de los derechos individuales. Es por ello que se hace necesario un nuevo enfoque: El gobierno conjunto (ídem: p.88)

Este enfoque considera los desafíos del multiculturalismo al reconocer que algunos individuos pertenecerán a más de una comunidad política, por lo que tendrán derechos y obligaciones que derivan de más de una fuente de autoridad legal, en razón de esto es que pretende fomentar la interacción permanente entre las distintas fuentes de autoridad, como medio para mejorar la situación de los miembros tradicionalmente vulnerables, sin obligarlos a adherirse a una u otra jurisdicción.

La realidad multicultural, requiere un modelo que fomente una modalidad de gobernanza compuesto por el diálogo entre diferentes centros de poder no monopolistas, en lugar de una imposición por parte del poder hegemónico de los Estados, anunciando una nueva oportunidad para que los individuos dentro de los grupos minoritarios empleen conscientemente –o se abstengan de emplear– sus derechos como ciudadanos de manera que aumenten su participación en la reproducción o transformación interna de su cultura (Shachar, 2004: p.88-90).

Dentro del marco del modelo de *gobierno conjunto*, la autora ofrece cinco formas diferentes de llevar a cabo este complejo proceso, mediante los modelos de acomodación estilo-federal, acomodación temporal, acomodación consensual, acomodación contingente y acomodación transformativa (Shachar, 2004: p. 92-116).

Entre las variantes formas de gobierno compartido, Shachar considera que la más interesante es la Acomodación Transformativa, toda vez que reúne a los dos ámbitos de autoridad: El Estado y la comunidad, y es en base a ella que analizaremos la respuesta teórica al pluralismo jurídico, denominada Jurisdicciones Multiculturales.

La acomodación transformativa, en vez de problematizar el conflicto de intereses entre la comunidad y el Estado, lo considera como una instancia para alentar a cada entidad a otorgar mejores respuestas a sus miembros, buscando adaptar las estructuras de poder tanto del grupo como del Estado, para presentar un arreglo de competencias no exclusivo, favoreciendo a los grupos más vulnerables, especialmente aquellos que están superpuestos en ambas jurisdicciones. Por tanto, mediante esta variante cada entidad tendrá que “competir” por la adherencia continuada de sus miembros a su esfera de autoridad.

El objetivo de la acomodación transformativa es establecer un diálogo permanente entre las diferentes fuentes de autoridad, como un medio para finalmente mejorar la situación de los miembros de grupos tradicionalmente vulnerables, sin necesidad de sacarlos de allí.

Dentro de sus fundamentos, se destacan tres principios fundamentales, que a continuación serán explicados, a saber: La desconcentración de la asignación de autoridad jurisdiccional por materias; la regla de "no monopolio"; y el establecimiento de opciones de elección claramente delineadas (Shachar, 2004: p.118).

La desconcentración de la asignación de autoridad jurisdiccional por materias: Esta regla, pretende mantener una circulación del poder a través de todo el sistema jurídico, rompiendo, con la idea de que las distintas áreas sociales son indivisibles internamente. La característica destacada de esta regla, es que solo cuando las sub materias son manejadas de forma conjunta, las disputas legales pueden resolverse. Si se toma solo un sub-asunto, entonces no puede haber decisiones completas.

La acomodación transformativa asume que los miembros de un grupo pueden estar unidos a otras entidades, y por tanto, sujetos a más de una autoridad legal, por lo que busca mantener una circulación de poderes entre autoridades, en vez de acumularlos en forma desigual, rompiendo con la idea de autoridad absoluta o exclusiva, proponiendo una nueva forma en que esta deba ser distribuida.

Este modelo, comienza por explorar un ámbito social específico donde es necesaria la adaptación. Luego, procede a analizar cada una de las temáticas interrelacionadas que corresponden a ese ámbito, teniendo en cuenta la posibilidad de que diferentes actores puedan dar diferentes valores a aquellos temas específicos.

Cada materia es necesaria para hacer que un determinado ámbito social funcione como un todo, proveyendo una importante nueva manera de cortar la torta jurisdiccional, de modo tal, que cada entidad en competencia tenga una participación vital en la gestión gubernativa de un ámbito social, sin que ninguna jurisdicción obtenga el monopolio sobre él (ídem: p.119-120).

La regla de "no monopolio": La acomodación transformativa reconoce las potenciales rivalidades entre las jurisdicciones sobre determinadas materias legales. De acuerdo con esta regla, ni la comunidad ni el Estado pueden adquirir el control exclusivo sobre una arena social disputada, que afecte a individuos como miembros de un grupo o como ciudadanos. La regla

de "no monopolio" redefine la relación entre el Estado y sus grupos minoritarios estructurándolos como poseedores de poder complementarios. Por tanto, como ni el Estado ni el grupo tienen autoridad exclusiva sobre determinados asuntos, se permite que estos trabajen en forma cooperativa y competitiva (ídem: p.121).

El establecimiento de opciones de elección claramente delineadas: Para que los individuos puedan optar entre la competencia del Estado o del grupo al cual pertenecen, deben tener opciones claras que les permitan elegir entre la jurisdicción de uno u otro.

De esta manera, pueden optar por otra jurisdicción, si una de ellas no responde eficazmente a sus necesidades, por lo que los individuos dejarían de estar "encerrados" en la jurisdicción comunitaria o bajo el poder monopolista del Estado, lo que asegura la capacidad de "cambio desde dentro". Para el ejercicio de lo anterior, es menester proveer a los ciudadanos de mecanismos viables para ejercer tal elección, delegando en ellos el poder último de determinar si "quieren cambiar" su lealtad jurisdiccional.

Los individuos pueden ahora ejercer una presión más efectiva sobre los grupos que los representan, ya que estos líderes de grupo dependen del apoyo de sus constituyentes para sobrevivir, por lo que existirá una motivación mayor de adaptarse a las necesidades de sus miembros. Una vez que el antiguo equilibrio de poder se desplaza desde los depositarios de poder, a los individuos, se crea así un dinámico espacio para la participación significativa de los miembros de un grupo.

No obstante, el propósito no es fracturar la solidaridad del grupo para que los miembros puedan optar por salir a la menor oportunidad, por lo que la "exclusión voluntaria" sólo se justifica cuando el titular del poder pertinente no ha proporcionado una solución eficaz al problema individual. De esta forma, la acomodación transformadora ofrece una "solución estructural", orientándose hacia el futuro, pues no sólo se refiere a encontrar soluciones más justas y equitativas a disputas específicas, sino que también busca crear nuevas condiciones en las que los miembros de grupos vulnerables desde el punto de vista histórico, puedan desafiar la doctrina establecida de su tradición al plantear problemas que muestran la necesidad de revocar normas que mantienen su discriminación sistémica.

Se hace necesaria entonces, una amenaza creíble de salida, que debe ser puesta a disposición de los miembros del grupo tradicionalmente menos poderosos. Esto requiere

establecer puntos claros de "reversión" a través de negociaciones entre el Estado y el grupo como una condición previa para establecer un régimen de gobierno conjunto. Una vez que se ha acordado una condición de revocación, el individuo automáticamente tiene derecho a la protección de la autoridad jurisdiccional competente, ya sea grupo o Estado. Por lo tanto, las opciones de acceso, salida y reingreso claramente delimitados y selectivos son un componente crucial para mejorar la situación de los miembros de grupos tradicionalmente vulnerables. Por ello, es vital comprender la importancia institucional del acuerdo previo entre el Estado y el grupo respecto de la salida de un individuo, pues les quita a los miembros vulnerables la carga de tener que negociar individualmente, caso a caso, el arreglo entre las normas del grupo y las normas del Estado (ídem: p.125).

Lo atractivo de este modelo radica en su simplicidad. En contraste con el enfoque secular absolutista, el gobierno conjunto se abstiene de forzar las normas impuestas externamente en el grupo. Al mismo tiempo, evita las trampas de otorgar inmunidad total a las prácticas internas. En lugar de la intervención efectiva o de la inmunidad plena, la acomodación transformativa busca crear condiciones institucionales en las que el grupo reconoce que su propia supervivencia depende de la revocación de ciertas prácticas discriminatorias, en interés de mantener la autonomía sobre determinadas materias que son decisivas para cada comunidad.

En vez de tolerar tácitamente las desigualdades persistentes dentro de un grupo en deferencia a las diferencias culturales, este modelo trabaja hacia una redistribución más justa de los costos internos de preservar la identidad de la comunidad (ídem: p.122-126).

Cabe agregar, que la acomodación transformativa adopta un enfoque sensible al contexto, ya que busca negociar y poner en movimiento un sistema dinámico de jurisdicciones multiculturales complementarias. Lo que significa que los principios adoptados –la desconcentración de la asignación de autoridad jurisdiccional por materias; la regla de "no monopolio"; y el establecimiento de opciones de elección claramente delimitadas– deben ser reflexivos y flexibles, dejando así margen para innovaciones espontáneas y específicas (ídem: p.127).

b) Modelo de las democracias deliberativas: este modelo se centra en dar más fuerza al diálogo intercultural, permitiendo que todos los grupos en igualdad de condiciones argumentativas y discursivas, puedan participar dentro de la esfera pública.

En primer lugar, la mejor forma de entender la democracia, para Seyla Benhabib, es a través de un modelo que organice el ejercicio público y colectivo del poder en las instituciones más importantes de la sociedad, bajo el principio de que las decisiones que afectan el bienestar de una sociedad pueden verse como el resultado de un procedimiento de deliberación libre y razonada entre individuos considerados moral y políticamente iguales. A su vez, la legitimidad de esta democracia debe basarse en el presupuesto de que las instituciones que detentan para sí el poder, lo hacen porque sus decisiones representan un interés general, estando dichas decisiones abiertas a procesos adecuados de deliberación pública por parte de todos los individuos de la comunidad, considerados libres e iguales (Benhabib, 2006: p.179-180).

En ese contexto, el modelo de democracia deliberativa se caracteriza por dos elementos: primero, un marcado énfasis en la esfera pública que es el lugar donde se sitúan las disputas multiculturales, ocurriendo también las transformaciones políticas y morales; y, segundo, una defensa a abrir la agenda del debate público difuminando la distinción entre lo público y lo privado, entre lo que es de todos y lo que es sólo propio de mi cultura (Benhabib, 2006: p. 194).

De esta manera, la democracia deliberativa que propone Benhabib se basa en un modelo teórico dirigido a fundamentar la validez de los enunciados y de los juicios morales a través del examen de los presupuestos del discurso. Este modelo denominado ética del discurso, cuya premisa básica consiste en que “sólo son válidas las normas y los arreglos institucionales normativos que pueden acordarse entre todos los interesados, de acuerdo con situaciones de argumentación específicas llamadas discursos”, constituye para Benhabib, una metanorma que presupone tanto el principio de respeto moral universal, que pretende que reconozcamos el derecho de todos los seres capaces de habla y acción a ser participantes en la conversación moral; como el principio de reciprocidad igualitaria, que establece que dentro de los discursos cada uno debería tener el mismo derecho a diversos actos de habla, a iniciar nuevos temas de conversación, y a pedir justificación de los presupuestos de la conversación” (Benhabib, 2006: p.182).

En cuanto a la convivencia multicultural pluralista, la autora señala que estos deben subordinarse a tres condiciones normativas: en primer lugar, a la reciprocidad igualitaria, en la cual los miembros de una minoría cultural, religiosa, lingüística y otras, no deben, en virtud de su estatus de miembros, tener acceso a menores grados de derechos civiles, políticos, económicos, y culturales que los miembros de la mayoría; en segundo lugar, la autoadcripción voluntaria, en la que un individuo no debe ser asignado a un grupo cultural, religioso o lingüístico sólo por razón de su nacimiento. La membresía a un grupo debe permitir la más extensiva forma de autoadcripción y autoidentificación. El Estado no debe simplemente otorgar el derecho a definir y controlar la membresía al grupo a expensas del individuo. Es deseable, que en algún punto en sus vidas adultas a los individuos se les pregunte si aceptan o no continuar permaneciendo a su comunidad de origen y; en tercer lugar, la libertad de salida y asociación, en la que la libertad de un individuo de salir o adscribirse a un grupo debe ser irrestricta. Estas normas amplían los principios del respeto universal y la reciprocidad igualitaria, ya que por una parte precisan lo que estas reglas significarían en una democracia deliberativa, y por otra parte, amplía el concepto de personas, en el sentido de poder ser capaz de autodefinirse y autointerpretarse (Benhabib, 2006: p.215-217).

Para complementar la propuesta democrática deliberativa de Benhabib, podemos destacar lo planteado por Deveaux en relación a la legitimidad democrática de los acuerdos adoptados, la que exige una vasta inclusión política, donde no sólo se consulte a los líderes políticos de los grupos minoritarios, sino también a los miembros con opiniones divergentes. Esta inclusión requiere de una distinción cuidadosa de las inequidades y diferencias que impiden un adecuado debate público, y que “se encuentran tan profundamente entrelazadas con otras dimensiones de inequidades sociales y económicas que no basta con un empoderamiento formal de los miembros menos poderosos” (Deveaux, 2009, p.109).

Otra característica relevante de este modelo deliberativo consiste en su enfoque de doble vía de la política. Como señala Benhabib, “este tipo de enfoque se centra, por un lado, en las instituciones establecidas, como la legislatura y el poder judicial en las sociedades democráticas liberales; y, por otro lado, en las actividades y las luchas políticas de los movimientos sociales, las asociaciones y los grupos de la sociedad civil que se analizan en el contexto de la teoría de la esfera pública democrática”. Siendo en esa esfera pública donde se originan las luchas multiculturales, y donde toma sentido el aprendizaje moral y político, ya que, con mucha

frecuencia son los movimientos sociales, mediante sus actividades de oposición en defensa de las mujeres, los homosexuales, las personas discapacitadas y maltratadas, los que amplían el significado de derechos igualitarios y convierten lo que parecían cuestiones meramente privadas en cuestiones de interés colectivo. Esta interacción entre las instituciones formales y los espacios públicos de la sociedad civil, es lo que constituye el enfoque central del modelo deliberativo (Benhabib, 2006: p.180).

Ahora bien, la ética del discurso no se presenta a sí misma como un programa para cambiar prácticas e instituciones, sino que es un modelo idealizado que nos permite medir la justicia y la legitimidad de las prácticas existentes y aspirar a reformarlas cuando exista la voluntad democrática de los participantes para hacerlo (Benhabib, 2006: p.195).

A su vez, al plantear Benhabib, que el modelo de democracia deliberativa tiene dos dimensiones –por una parte, la aceptación en las disputas multiculturales, de la regulación e intervención jurídica del Estado, y por otra, las controversias y diálogos normativos producidos en la esfera civil– presupone que los diálogos políticos y morales no siempre producirán consenso normativo, de manera tal que se asume que cuando ellos fallen se deba recurrir a la ley para redibujar los límites de la coexistencia de esta doble vía, aunque, por supuesto, ello no impide que las sociedades deliberantes articulen un punto de vista y una perspectiva cívica más desarrollada. De esta manera, el proceso de dar buenas razones en público no sólo determinará la legitimidad de las normas a seguir, también aumentará las virtudes cívicas de la ciudadanía democrática a través del cultivo de los hábitos de preocuparse del razonamiento público y el intercambio (Benhabib, 2006: p.194).

Luego, si el diálogo intercultural y entre comunidades surge al interior de una adecuada concepción de la democracia deliberativa, que defienda una visión dinámica, permeable y porosa de la cultura, podremos transitar del monismo excluyente al pluralismo de valores, que sostiene que existen ciertos principios universales pero diversas formas de vida que los pueden representar culturalmente.

V. Caso.

El objetivo de este apartado consiste en contrastar las respuestas teóricas que se han desarrollado entorno a la realidad multicultural, con la práctica jurisprudencial de algunos países latinoamericanos, específicamente: Colombia, Ecuador y Venezuela.

La selección de estos países se funda, por cuestiones históricas, en que todos ellos tienen un origen indígena que ha debido coexistir y entrar en permanente conflicto con una cultura occidental a consecuencia de la colonización. No obstante lo anterior, coinciden estos tres países en que actualmente se encuentran en etapa de reconocimiento a nivel constitucional del multiculturalismo, pero no solo de su existencia, sino que también de su jurisdicción.

Lo anterior, es consecuencia de los procesos organizativos y las movilizaciones de los pueblos indígenas en reclamación por sus derechos, lo que ha logrado una reforma gradual de los ordenamientos jurídicos y políticos de los países latinoamericanos, dando un progresivo reconocimiento tanto a la existencia de sus pueblos indígenas, como al derecho a una jurisdicción propia.

Para ello fue necesario avanzar en políticas de reconocimiento, que tienen por objeto crear una sociedad que acepte la diferencia, designando una relación recíproca ideal entre sujetos, en la que cada uno ve al otro como su igual.

El reconocimiento de la multiculturalidad en los países seleccionados, comienza en lo que se denomina la “segunda etapa”, situada en la década de los '90, luego de la aprobación del Convenio 169. Ese fue el punto de partida, en que las reformas constitucionales enfatizaron la naturaleza multicultural o pluricultural de los Estados, reconociéndose a los pueblos indígenas como sujetos colectivos, y estableciéndose en ellas un conjunto de derechos políticos de participación, consulta y autonomía, teniendo como pionera en la materia, a la Constitución Política de Colombia de 1991.

Frente a esta realidad multicultural, los Estados se ven en la necesidad de cambiar el enfoque del Derecho desde la concepción monista al pluralismo jurídico, en tanto el pluralismo legal emerge como una reacción crítica a la idea del Derecho centrado única y exclusivamente en el Estado (Prieto: 2012, p.28).

El pluralismo jurídico tiene por objeto derribar esta idea centralista en cuanto a la conformación del Derecho, mediante la constatación de la coexistencia de múltiples órdenes, prácticas o sistemas legales dentro de un mismo espacio político o campo social (ídem p.31).

Cabe agregar, que una de las consecuencias del recién mencionado reconocimiento del derecho consuetudinario por parte del Estado, es la existencia de un sistema de pluralismo jurídico, en el cual conviven regímenes jurídicos paralelos, dependientes de un sistema jurídico

estatal dominante, en tanto las instituciones que entran en su esfera de competencia, están condicionadas al reconocimiento del ordenamiento jurídico estatal para sus efectos jurídicos (Garzón: 2016, p.225-228). Por lo tanto, no procede separar el Derecho estatal del comunitario, ya que los ordenamientos normativos plurales son parte de un mismo sistema.

Bajo esta nueva realidad jurídica y dentro de las respuestas teóricas que se han dado al pluralismo jurídico, y que han sido desarrolladas en este trabajo, corresponde ahora verificar si estas se encuentran presente en el ordenamiento jurídico de cada uno de los países antes mencionados. Para ello, hemos seleccionamos once sentencias de las cuales tres pertenecen a Ecuador, tres a Venezuela y cinco a Colombia.

Las materias objeto de conflicto de competencia jurisdiccional resueltas en dichas sentencias, versan principalmente sobre delitos de violación y asesinato, constituyendo estos arenas sociales disputadas. Con respecto a los demás fallos, estos se refieren a conflictos civiles, políticos y constitucionales.

Del análisis de las sentencias es posible constatar la presencia del modelo de las jurisdicciones multiculturales, propuesto por Ayelet Shachar, en tanto Ecuador, Colombia y Venezuela, pertenecen al grupo de países andinos que consagran en sus cartas fundamentales la coexistencia de una jurisdicción estatal y otra indígena.

Tal como se enunció en el capítulo anterior, dentro de las variantes de gobierno conjunto, aquella que más adherencia posee, es la Acomodación Transformativa, la cual requiere la presencia conjunta de reglas de desconcentración de la asignación de autoridad jurisdiccional por materias, reglas de no monopolio y posibilidades de elección claramente delineadas para los individuos. No obstante, a pesar de que de la revisión de jurisprudencia se vislumbra la aplicación del modelo de Shachar, no se verifica la totalidad de las reglas exigidas.

- **Sentencias de Ecuador.**

Comenzando por Ecuador, la primera sentencia analizada consiste en una causa por delito de violación cometido por un adolescente perteneciente a la comunidad indígena de la Comuna San Miguel del Prado de Ecuador⁴, en la cual, se interpone por parte del acusado un

⁴ Resolución N°0154-2015. Juicio Penal n°17761-2015-0089, Ecuador.

recurso de casación, respecto de la sentencia dictada por la Sala de Familia, Mujer, Niñez, Adolescencia y Adolescentes Infractores de la Corte Provincial de Justicia de Pichincha, en la que se niega el recurso de apelación interpuesto por el adolescente, confirmando el fallo que declara su responsabilidad como autor del delito de violación, y disponiendo de su internamiento institucional.

El recurso se funda en la infracción a normas constitucionales, en cuanto a que la comunidad indígena tiene Derecho propio y autoridades competentes para juzgar a sus miembros, por lo que se reclama que la competencia de la causa recaiga en la autoridad de esta. Conjuntamente con ello, esgrimen que se viola el procedimiento del sistema judicial indígena y se sanciona al adolescente con leyes mestizas. Arguyen también los recurrentes, infracción al Convenio 169 de la OIT sobre Pueblos Indígenas y Tribales en Países Independientes. No obstante lo anterior, la sentencia analizada rechaza la casación, en razón de que en San Miguel del Prado no han existido casos en los que niños o niñas hayan sido víctimas de delitos sexuales, por tanto, no se han definido mecanismos de protección y reparación en favor de este grupo de atención prioritaria, doblemente vulnerable (niña indígena y víctima de delitos sexuales), por lo que no es posible garantizar la tutela y la efectiva vigencia de los derechos de la víctima en este caso, sumado al hecho de que esta comunidad tampoco cuenta con procedimientos propios que aseguren el principio de legalidad en relación a casos que involucran a adolescentes.

Por tanto, es dable concluir que en materia de delitos de violación proferidos en contra de una adolescente indígena, el Tribunal no pueda dejar de tomar en cuenta la reflexión sobre la necesidad de hacer visibles prácticas culturales que encubran, toleren o naturalicen violaciones a los derechos de las mujeres, niñez y adolescentes, teniendo en cuenta que estos comportamientos son el resultado de las relaciones desiguales de poder dentro de las comunidades. Es por ello, que en relación a las reglas exigidas para estar en presencia del modelo de la acomodación transformativa, queda en evidencia la ausencia de la regla de desconcentración de la asignación de autoridad jurisdiccional por materias, al estar en presencia de una arena social respecto de la cual el Estado pretende tener el monopolio exclusivo de su competencia, incumpliendo al mismo tiempo, la segunda regla – de no monopolio- de la acomodación transformativa.

A la vez, si bien no se da derecho a las partes del conflicto a optar por una u otra jurisdicción, quedando atrapados los miembros de la comunidad indígena, a la resolución judicial de la jurisdicción ordinaria en lo que a delitos de violación concierne, se detecta la posibilidad por parte de las víctimas a una "exclusión voluntaria", ya que esta sólo se justifica cuando el titular del poder pertinente, en este caso la comunidad indígena, no ha proporcionado una solución eficaz al problema individual, al no contar con la experiencia en el tratamiento de delitos sexuales y estando desprovistos de mecanismos que aseguren la tutela judicial efectiva de los derechos de niños, niñas y adolescentes víctimas de delitos sexuales.

No hubo entonces, un trabajo cooperativo entre el Estado y el grupo, mediante el cual se fijaran procedimientos previamente deliberados que permitieran a la comunidad conocer y juzgar asuntos en los cuales se vulneren los derechos constitucionales de mujeres, niñas y adolescentes ecuatorianas, independiente de su cultura.

La segunda sentencia ecuatoriana analizada⁵, resuelve el caso de una acción extraordinaria de protección en contra de decisiones de justicia indígena adoptadas por el pueblo de Panzaleo, con relación al asesinato del hermano del accionante, toda vez que en base a los artículos 171 de la Constitución de la República Ecuatoriana y 343 del Código Orgánico de la Función Judicial, las autoridades indígenas de las comunidades de La Cocha y Guantopolo establecieron la culpabilidad de cinco jóvenes indígenas de esta última comunidad, imponiéndoles sanciones conforme a la justicia indígena.

No obstante, esta decisión generó diversas reacciones en los medios de comunicación y en la sociedad ecuatoriana, llegando incluso a la interferencia en la justicia indígena del fiscal general del Estado, quien pretendió ingresar arbitrariamente a la comunidad indígena con el fin de rescatar a uno de los principales involucrados en la muerte de la víctima. Manifiesta el accionante, que los cinco responsables del asesinato se sometieron a la justicia indígena por su propia voluntad y aceptaron que se les aplique este sistema jurídico, sin embargo, después pretendieron acogerse a la jurisdicción ordinaria, la cual procedió a su procesamiento, evidenciándose "un proceso de doble juzgamiento".

⁵ Sentencia N°113-14-sep-cc, Caso n°0731-10-ep de la Corte constitucional, Ecuador.

En relación a lo anterior, la Corte debía resolver si las autoridades indígenas fueron competentes, aplicando procedimientos propios, dentro de los parámetros constitucionales y de la protección de derechos humanos reconocidos por las convenciones internacionales; y si las instituciones y autoridades públicas respetaron a la comunidad indígena implicada en el proceso de juzgamiento en examen, en especial, las decisiones de la justicia indígena.

La Corte resuelve que no se han vulnerado derechos constitucionales, estableciendo que la justicia indígena de Panzaleo es la competente para resolver los conflictos suscitados dentro de sus fronteras territoriales, y en lo que respecta a la actuación del ministerio público y la justicia penal ordinaria tendiente a determinar la responsabilidad individual de los acusados, la Corte estima que no se ha configurado doble juzgamiento, y que por tanto, respetaron las decisiones de la justicia indígena.

Esta sentencia constituyó un precedente en cuanto a la delimitación de la competencia de la jurisdicción indígena, toda vez, que establece como criterios de procedencia del juzgamiento por parte de la comunidad, que la competencia para conocer, resolver y sancionar los delitos contra la vida, serán exclusivos del sistema de Derecho Penal Ordinario, aun cuando los involucrados y responsables sean ciudadanos indígenas, y los hechos ocurran dentro de su comunidad. No obstante ello, la justicia indígena conserva su jurisdicción para conocer y dar solución a los conflictos internos producidos entre sus miembros dentro de su ámbito territorial y que afecten sus valores comunitarios. Conjuntamente con lo anterior, se exige que los sentenciadores de la justicia penal ordinaria, en el proceso y resolución, apliquen lo establecido en el Convenio 169 de la OIT.

En cuanto a la aplicación de los principios de la acomodación transformativa, particularmente en lo que dice relación con las reglas de no monopolio, en principio podríamos argumentar que esta regla se infringe al otorgar el conocimiento exclusivo de los delitos atentatorios de derecho a la vida a la justicia ordinaria, tal como resuelve el fallo, reflejándose la ausencia de poderes complementarios entre las jurisdicciones estatal e indígena.

No obstante, en lo que respecta a la desconcentración de la asignación de autoridad jurisdiccional por materias, la sentencia establece que la Asamblea General Comunitaria del pueblo kichwa Panzaleo es la autoridad de justicia indígena habilitada y competente para resolver los conflictos internos en sus territorios, y que cuando conoció este caso de muerte,

no resolvió respecto de la protección del bien jurídico vida como fin en sí mismo, sino en función de los efectos sociales y culturales que esa muerte provocó en la comunidad, ya que fue el ministerio público y la justicia penal ordinaria –y por tanto el Estado– quienes actuaron bajo la obligación constitucional y legal de investigar y juzgar, respectivamente, la responsabilidad individual de los presuntos implicados en la muerte, por lo que la Corte declara que no se ha configurado el *non bis in idem* o doble juzgamiento. Es decir, se mantiene una circulación de poder a través del sistema jurídico, siendo perfectamente divisible el asunto, entre las consecuencias que el asesinato provocó al interior de la comunidad, y la protección del derecho a la vida, distribuyéndose de forma equitativa, la asignación de competencia entre las autoridades indígenas y estatales. Finalmente, en cuanto a la posibilidad de elección de las partes, al menos en lo que respecta al tratamiento de derechos atentatorios contra la vida, no se da la posibilidad a las partes de elegir entre las jurisdicciones, toda vez que la competencia exclusiva de estos delitos se atribuye al Estado.

La tercera sentencia de Ecuador, se pronuncia sobre una causa de Usurpación, fallada por el Juez Tercero de lo Penal y de Tránsito del Cañar, quien declara a los querellados como autores del delito de usurpación, sancionado por el Código Penal Ecuatoriano, imponiendo penas de prisión correccional, pago de costas, y perjuicios ocasionados.

Respecto de aquella decisión, es que los demandados interponen recurso de revisión ante la Corte Nacional de Justicia, con prueba nueva como requisito para la interposición de dicho recurso, consistente en declaraciones de testigos y documentos, y dentro de estos últimos, se incluye un Acta Resolutoria Única y Definitiva de Juzgamiento, y Resolución de acuerdos y compromisos mutuos, emitida por la Organización TUCAYTA, dentro de la jurisdicción indígena de la comunidad de la cual las partes son miembros, que versa sobre los mismos hechos discutidos por la justicia ordinaria. En dicha resolución, se consigna que los demandados son dueños de la propiedad reclamada de usurpación, y que el demandante ha faltado a la verdad y ha actuado en rebeldía de la autoridad de la Tucayta.

Es en base a dicha acta, que finalmente la Corte falla en favor de los demandados, otorgando plena competencia a la jurisdicción indígena para conocer del asunto, principalmente en base al artículo 171 de su Constitución, el cual delimita el espacio en el que las autoridades de las comunidades, pueblos y nacionalidades indígenas pueden ejercer sus funciones jurisdiccionales.

Es menester destacar de esta sentencia, la consagración del respeto a las resoluciones de la Justicia Indígena, toda vez que el artículo 76, numeral 7, letra i) de la referida Constitución consagra lo siguiente: “Nadie podrá ser juzgado más de una vez por la misma causa y materia. Los casos resueltos por la justicia indígena deberán ser considerados para este efecto”. Por cuanto, lo ya resuelto por la jurisdicción indígena no puede volver a ser discutido en otra sede verificándose así, el principio de *non bis in idem*, que establece el artículo citado.

Por tanto, existe aquí una desconcentración de la asignación de autoridad, en lo que respecta a asuntos territoriales, relativa al derecho de dominio respecto de una propiedad ubicada dentro del grupo indígena, en que es perfectamente dable que la jurisdicción indígena detente la facultad para la resolución del asunto, distribuyéndose así, la competencia respecto de los distintos conflictos que se susciten al interior de la comunidad. Sin embargo, a pesar de que los querellantes sometieron el conocimiento del asunto a la jurisdicción ordinaria, se detecta en este tipo de causas un monopolio en cuanto a la competencia por parte de la jurisdicción indígena, ya que el mandato constitucional del artículo 171 lo establece de forma imperativa, preceptuando que “las autoridades de las comunidades, pueblos y nacionalidades indígenas **ejercerán** funciones jurisdiccionales, con base en sus tradiciones ancestrales y su derecho propio, dentro de su ámbito territorial [...]. Las autoridades **aplicarán** normas y procedimientos propios para la solución de sus conflictos internos [...]”. A partir de lo anterior, se aprecia la obligatoriedad de su aplicación y sometimiento por parte de los justiciables, lo que también conllevaría al incumplimiento de la tercera regla del modelo acomodativo, relativa al establecimiento de opciones claramente delineadas, para que los miembros de la comunidad puedan excluir voluntariamente la competencia local de ciertos asuntos.

- **Sentencias de Venezuela.**

Entre las sentencias analizadas de Venezuela, la primera⁶ de ellas resuelve el caso de un niño de 12 años perteneciente a la comunidad indígena Warao, quien presuntamente comete el delito de Homicidio Intencional sancionado en el Código Penal Venezolano, sobre otro miembro de la misma comunidad.

⁶ Sentencia N°02 de Tribunal Supremo de Justicia - Sala Constitucional de 3 de febrero de 2012.

La causa es conocida por la Jurisdicción Especial Indígena, mediante la cual se condena al niño a la pena de 20 años de prisión. Posteriormente, la sentencia es confirmada por el Tribunal Segundo de Control de la Sección Penal del Adolescentes del Circuito Judicial Penal del Estado Delta Amacuro, Estado en el cual se circunscribe la comunidad indígena Warao. Respecto de estas sentencias, es que se deduce recurso de amparo en favor del niño, el cual finalmente es acogido por el Tribunal Supremo.

Del análisis constitucional efectuado por los sentenciadores, entre muchos otros pronunciamientos, se concluye que el procesamiento del niño indígena Warao, cumplió con los criterios de competencia que prescribe el artículo 133 de la Ley Orgánica de Pueblos y Comunidades Indígenas, a saber: Competencia territorial, competencia personal y competencia material. Toda vez, que, en primer lugar, en cuanto al criterio territorial, efectivamente se trató de un hecho dentro del hábitat y tierra de la etnia, ubicada en el Estado Delta Amacuro; en segundo lugar, en cuanto al criterio de competencia personal, tanto el sujeto activo como pasivo eran miembros de la comunidad indígena Warao; y por último, respecto del criterio de competencia material, los hechos sometidos a la Jurisdicción Especial Indígena consistieron en la muerte causada por un niño indígena a un adulto indígena, lo cual no corresponde con las excepciones referidas a la competencia de esta jurisdicción⁷. Por tanto, no es respecto de la competencia que se acoge el recurso interpuesto, sino por la falta al debido proceso, toda vez que el procedimiento se lleva a cabo con inobservancia de la garantía constitucional de derecho a un juez natural.

La resolución de este tipo de conflictos en Venezuela, evidencia la presencia de las dos primeras reglas de la acomodación transformativa, pues desconcentra la asignación de autoridad en lo que a delitos contra la vida respecta, descartando a su vez el monopolio del Estado en el conocimiento de delitos de homicidio.

La segunda sentencia venezolana⁸, versa sobre el delito de violación cometido dentro de la comunidad Indígena de Waramasen. La capitana indígena de la comunidad debidamente reconocida tanto por el acusado del delito como por la víctima, solicita que el Tribunal se

⁷ Las cuales comprenden los delitos contra la seguridad e integridad de la Nación, delitos de corrupción o contra el patrimonio público, ilícitos aduaneros, tráfico ilícito de sustancias psicotrópicas y estupefacientes, tráfico de armas de fuego, delitos cometidos con el concierto o concurrencia de manera organizada de varias personas y los crímenes internacionales como el genocidio, lesa humanidad, crímenes de guerra y crímenes de agresión.

⁸ Sentencia FP12-S-2010-000211, del 26 de julio de 2010. Venezuela.

traslade hasta la comunidad para que, en primer lugar, constate que efectivamente dicha comunidad tiene autoridades legítimas; y, en segundo lugar, ante la afirmación de aquella hipótesis plantea un conflicto de jurisdicción previsto en el artículo 134 en su ordinal 3º, de la Ley Orgánica de Pueblos y Comunidades Indígenas. Por cuanto, la comunidad considera que son las autoridades legítimas quienes deben decidir y tomar decisiones de acuerdo a su derecho propio indígena y conforme a los procedimientos tradicionales para solucionar de manera autónoma y definitiva las controversias que se susciten entre sus integrantes.

Ante la primera solicitud de la Capitana, el Tribunal estima que es inoficioso que se traslade a la comunidad, esto en razón a que la Capitana Indígena ha sido reconocida tanto por el acusado como por la víctima, teniendo como consecuencia que el Tribunal reconociera como autoridad legítima a la Capitana.

En cuanto a la pretensión de la existencia de un conflicto jurisdiccional, el Tribunal estima que se deben hacer las siguientes consideraciones: en primer lugar, a pesar de que la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela reconoce en su artículo 119 las tradiciones, normas y procedimientos de cada comunidad, siempre y cuando éstas no sean contrarias a la Constitución, la ley y al orden público, y que el artículo 132 de la Ley Orgánica de los Pueblos y Comunidades Indígenas establece la jurisdicción especial indígena, el delito de violación cometido por el acusado, se produjo estando vigente la Ley Orgánica sobre el Derecho de las Mujeres a una Vida Libre de Violencia, por lo estamos en presencia de uno de los delitos de violencia de género que según esta ley impone un límite a la jurisdicción indígena. Así queda establecido en el artículo 115 el cual prescribe que “corresponde a los tribunales de violencia contra la mujer y a la Sala de Casación Penal del Tribunal Supremo de Justicia, el ejercicio de la jurisdicción para la resolución de los asuntos sometidos a su decisión, conforme a lo establecido en esta Ley, las leyes de organización judicial y la reglamentación interna”.

En razón a lo preceptuado en aquella disposición, los sentenciadores infieren que la tutela del bien jurídico de la dignidad de la mujer y la libertad sexual, establecidos en la Ley Especial de Violencia de Género, es de especial resguardo y protección por el Estado Venezolano independiente de las características de los sujetos involucrados en el delito, y que el monopolio de la jurisdicción para estos asuntos lo tiene exclusivamente los tribunales de violencia contra la mujer y la Sala de Casación Penal del Tribunal Supremo de Justicia. Lo que se confirma con el artículo 71 de la misma ley, al establecer que los pueblos indígenas sólo serán receptores de

denuncia, siempre y cuando la mujer indígena víctima lo quiera. Por lo que en este caso, la sentencia rechaza la solicitud de la Capitana indígena, y confirma la competencia de la jurisdicción estatal. Es por ello que en lo que respecta a delitos de violencia proferida contra la mujer, aun cuando las partes en conflicto sean miembros de un grupo, no existirá desconcentración de la asignación de autoridad jurisdiccional, detentando el monopolio de la materia el Estado, particularmente mediante la competencia exclusiva de los tribunales especializados, no existiendo opciones de elección a las víctimas ni a los acusados en cuanto al cambio de jurisdicción, relegando el conocimiento de las jurisdicciones indígenas únicamente a la recepción de denuncias.

El mismo análisis procede respecto de la tercera sentencia del Tribunal Supremo de Justicia de Venezuela⁹, la cual consiste en la pretensión de amparo contra la decisión dictada por la Corte de Apelaciones del Circuito Judicial Penal del Estado de Monagas, amparo que tiene por finalidad revocar la decisión de los tribunales inferiores, y otorgarle competencia a la comunidad indígena Chaima para conocer de los delitos de violencia física y amenazas cometidos por un ciudadano indígena, miembro de tal comunidad.

Al igual que en el caso anterior, es innegable, el reconocimiento que se ha hecho a través de instrumentos jurídicos tanto nacionales como internacionales, de la existencia de los pueblos indígenas, sus costumbres, tradiciones, cultura, y modos de resolución de conflictos, entre otros aspectos. Sin embargo, tal como ocurrió en el caso anteriormente analizado, los delitos cometidos por el acusado se originaron durante la vigencia de la Ley Orgánica sobre el Derecho de las Mujeres a una Vida Libre de Violencia, estando nuevamente en presencia de uno de los delitos de violencia de género. A su vez, esta ley establece que los tribunales de violencia contra la mujer y la Sala de Casación Penal del Tribunal Supremo de Justicia, tienen la competencia exclusiva para conocer de los delitos de violencia de género, por lo que en concordancia con el artículo 71 de la misma ley, los pueblos indígenas sólo podrán ser órganos receptores de denuncia, siempre y cuando la mujer indígena víctima así lo estime.

De esta manera, la Sala reafirma la competencia de la jurisdicción estatal en materia de género para el juzgamiento de los delitos previstos en la Ley Orgánica sobre el Derecho de las Mujeres a una Vida Libre de Violencia, con independencia de que el sujeto activo sea un

⁹ Sentencia N°1325 de Tribunal Supremo de Justicia- Sala Constitucional de 4 de agosto de 2011, Venezuela.

ciudadano indígena, y en consecuencia los delitos catalogados de violencia de género, deben ser investigados incluso de oficio por los tribunales especializados en la materia.

- **Sentencias de Colombia.**

En la primera sentencia de Colombia¹⁰, la Corte falla una causa en la que el gobernador y representante legal del Cabildo Indígena Polindaras de Totoró (Cauca), formuló una acción de tutela contra Sala Jurisdiccional Disciplinaria del Consejo Superior de la Judicatura, por considerar que esa autoridad judicial vulneró los derechos fundamentales a la autonomía jurisdiccional, a la integridad étnica y cultural, y al debido proceso de la colectividad indígena que representa, como consecuencia de la decisión mediante la cual dirimió un conflicto positivo de jurisdicciones, suscitado entre la jurisdicción especial indígena y la jurisdicción ordinaria penal, asignándole competencia a esta última para investigar y juzgar a uno de sus miembros por el delito de homicidio. Por lo cual, el acusado y miembro de la comunidad indígena Polindaras de Totoró fue juzgado por la jurisdicción ordinaria penal, a pesar de que ambos involucrados en el caso, víctima y acusado, son miembros de comunidades indígenas, y que el hecho ocurrido también se encuentra geográficamente incluido dentro de una de las comunidades.

Para resolver, el tribunal toma en consideración lo preceptuado por la Constitución Política en su artículo 246, que prevé la existencia de una jurisdicción especial indígena. Sin embargo, la jurisdicción indígena comprende varias dimensiones: una colectiva que garantiza la identidad y autonomía de las comunidades indígenas, y otra dimensión individual, que constituye un fuero especial para sus miembros.

En cuanto a los límites a la jurisdicción indígena, se contempla a la Constitución y la ley, pero la autonomía no puede ser restringida por cualquier disposición constitucional o legal, pues ello reduciría a un plano puramente retórico el principio de diversidad étnica y cultural. Así entonces, se ha hecho énfasis en que los límites a la autonomía de las comunidades indígenas solo pueden ser aquellos que se refieran a lo verdaderamente intolerable desde el punto de vista de las garantías fundamentales, a partir de un consenso intercultural lo más amplio posible. Ello involucra, por ejemplo, el derecho a la vida (art. 11 CP), la prohibición de tortura (art. 12 CP) y esclavitud (art. 17 CP), y el principio de legalidad penal (art. 29 CP).

¹⁰ Sentencia de Tutela N°397/16 de Corte Constitucional, 29 de julio de 2016, Colombia.

En relación al fuero especial indígena, este constituye un mecanismo de preservación étnica y cultural de la Nación colombiana en tanto se conservan las normas, costumbres, valores e instituciones de los grupos indígenas dentro de la órbita del territorio en el cual habitan, siempre y cuando no sean contrarias al ordenamiento jurídico predominante.

Ahora, en relación a los factores que determinan la competencia de la jurisdicción especial indígena y la aplicación del fuero, la jurisprudencia constitucional se ha ocupado de fijar los factores o subreglas. De esta forma, para que las autoridades indígenas, en ejercicio de su autonomía, reclamen el derecho a juzgar las conductas socialmente nocivas de sus integrantes conforme con sus propias normas, usos y costumbres, es indispensable la presencia de cuatro factores o elementos, a saber: elemento personal; territorial; institucional u orgánico; y objetivo.

Finalmente los sentenciadores verifican que se configuran todos los elementos establecidos por la jurisprudencia constitucional que habilitan la competencia de la jurisdicción indígena y, por consiguiente, la aplicación del fuero especial. Lo anterior, por cuanto (i) el acusado de la conducta punible, así como el titular del bien jurídico afectado, son indígenas, aun cuando pertenecen a comunidades étnicas distintas; (ii) el hecho tuvo lugar en territorio indígena, específicamente, en la vereda Salado Blanco del municipio de Totoró, que si bien no se localiza dentro del resguardo Polindaras sí hace parte del resguardo de Totoró, comunidad a la que pertenecía la víctima; y (iii) según las manifestaciones hechas por el gobernador del cabildo indígena Polindaras, existe dentro de la comunidad que representa una autoridad tradicional encargada de juzgar y sancionar a sus miembros, de lo cual se presume su poder de coerción social y, por lo mismo, la concurrencia del elemento institucional. Es por estas razones, que se revoca lo decidido por los tribunales inferiores, y se otorga competencia para conocer de este asunto a la jurisdicción especial indígena.

En cuanto a la aplicación del modelo de las jurisdicciones multiculturales, la acomodación transformativa se verifica aquí, mediante el cumplimiento de sus tres principios base –la desconcentración de la asignación de autoridad jurisdiccional por materias; la regla de "no monopolio"; y el establecimiento de opciones de elección claramente delineadas– en razón de que existe consenso intercultural mediante el cual, tanto la comunidad como el Estado, han entendido que el derecho a la vida es parte de la moralidad mínima por la que deben velar ambas jurisdicciones, inexistiendo monopolio exclusivo de la competencia de una u otra

jurisdicción en la resolución de conflictos que versen sobre delitos de homicidio, ya que los conflictos de competencia se resolverán caso a caso, a través del análisis del cumplimiento de los elementos territorial, institucional, personal y objetivo.

La siguiente sentencia colombiana¹¹, consiste en el caso de un miembro de la comunidad indígena que es retirado de los beneficios que otorga su comunidad por haberse ausentado del territorio debido a cuestiones laborales, a su inasistencia a las asambleas realizadas por la comunidad, y al no pago de las cuotas que el resto de los miembros debía de pagar. Es en base a estas causales que la sentencia se pronuncia sobre la solicitud de reincorporación al Sistema General De Participantes, a los que tendría derecho el accionante por ser parte del Resguardo Indígena. En su defensa, este ciudadano indígena reitera que la razón de su ausencia responde a motivos laborales pero que, sin embargo, respecto de los demás deberes que se le imponen, ha dejado a su madre en su representación quien ha cumplido debidamente con todo lo requerido.

El tribunal para decidir sobre el asunto tiene en consideración, en primer lugar, los principios generales de interpretación: a) el principio de “maximización de la autonomía de las comunidades indígenas” (o bien, de “minimización de las restricciones a su autonomía”); b) principio de “mayor autonomía para la decisión de conflictos internos”; y c) principio “a mayor conservación de la identidad cultural, mayor autonomía”. En segundo lugar, considera las limitaciones a la autonomía de las comunidades, en relación a los distintos ámbitos de aplicación (garantía para la comunidad y fuero indígena), cuestión que ya ha sido explicado con anterioridad.

Por lo tanto, la Sala estima que si la comunidad de Chenche Buenos Aires Tradicional decide utilizar sus recursos en proyectos en los que solo participen los miembros de la comunidad que permanecen al interior del territorio, esta decisión, desde el punto de vista del bloque de constitucionalidad, se encuentra fundada en razones legítimas e incluso de relevancia constitucional y no puede, en consecuencia, considerarse discriminatoria. En ese mismo sentido, dado que la exclusión del peticionario fue una decisión política de la comunidad, tampoco puede pensarse que hizo tránsito a cosa juzgada; por el contrario, como es propio de las decisiones políticas es siempre posible que la comunidad reconsidere la decisión, o determine una nueva forma de manejar los recursos del Sistema General de Participaciones. En

¹¹ Sentencia de Tutela N°514/09 de Corte Constitucional, 30 de julio de 2009, Colombia.

consecuencia, si el peticionario lo desea, podrá participar en esas discusiones políticas y mover las fuerzas de la comunidad a su favor. En atención a las consideraciones precedentes, la Sala reiterará las decisiones de instancia, en el sentido de denegar la protección a los derechos a la integridad étnica, la diversidad, la igualdad, el trabajo y la Jurisdicción Especial Indígena.

Nos encontramos aquí con una causa en la cual se verifica que la asignación de autoridad es desconcentrada respecto de asuntos que versan sobre conflictos puramente locales y políticos, sin embargo, es en base a esta misma razón, que existe monopolio por parte de la comunidad de conocer y fallar este tipo de conflictos, sin que se verifique un trabajo conjunto, cooperativo y competitivo entre los bloques de poder. Y respecto del establecimiento de opciones de elección claramente delineadas, estas no se encuentran presentes cuando se trata de decisiones que son tomadas por la comunidad en asamblea, toda vez que constituyen decisiones políticas perfectamente mutables, respecto de las cuales no procede el cambio de jurisdicción por tratarse de cuestiones políticas más que judiciales, por lo que los miembros insatisfechos tiene la opción de dar argumentos a su favor para cambiar las decisiones comunitarias.

Otra de las sentencia analizadas, se pronuncia acerca de la demanda de inconstitucionalidad presentada en contra del artículo 11 de la ley 89 de 1890¹², por la cual se determina la manera en cómo deben ser gobernados los salvajes que vayan reduciéndose a la vida civilizada. En este asunto le correspondió a la Sala Plena de la Corte Constitucional determinar si la norma acusada, al conferir a los alcaldes municipales y a otras autoridades administrativas la competencia para dirimir conflictos surgidos entre indígenas de una misma comunidad o, entre éstos y el cabildo de la comunidad correspondiente, desconoce el artículo 246 de la Constitución Política, como norma que establece el derecho fundamental de las comunidades indígenas de resolver los asuntos internos mediante la aplicación de normas y procedimientos propios. Como cuestión previa, la Sala se pronunció sobre la vigencia de la norma demandada, posteriormente reiteró jurisprudencia referente al marco normativo de la diversidad étnica y cultural en la Constitución de 1991 y analizó la temática relacionada con los límites a la autonomía indígena, los aspectos que determinan la competencia de la jurisdicción especial indígena y los elementos estructurales del fuero indígena. Luego de realizar el análisis del cargo formulado, se decide declarar la inconstitucionalidad del artículo demandado.

¹² Sentencia de Constitucionalidad N°463/14 de Corte Constitucional, 09 de julio de 2014, Colombia.

Este artículo al tener un contexto histórico distinto del actual, pretendía establecer una garantía a los procesos que se iniciaran en relación a miembros de comunidades indígenas, momento en que estos eran considerados como salvajes y carentes de un procedimiento racional y justo. Sin embargo, hoy queda de manifiesto que las comunidades indígenas tienen sus procedimientos, sus costumbres, y sus autoridades, siendo así reconocidos y consagrados por la Constitución. De esta manera, teniendo en consideración los mismos criterios señalados en las sentencias anteriores, el Tribunal estima que esta norma contradice lo regulado y establecido en la actualidad, limitando la autonomía de los pueblos indígenas. Por tanto, en razón a todos los criterios anteriormente expuestos y al reconocimiento de las normas, costumbres y usos de los pueblos indígenas, la Corte Constitucional de la República de Colombia, declara inconstitucional el artículo 11 de la Ley 89 de 1890.

De los argumentos que se mencionan en el fallo, cabe consignar que se trata de un asunto que única y exclusivamente puede ser sometido a la decisión de la Corte Constitucional, por lo que no estaría presente ninguno de las reglas de las jurisdicciones multiculturales, toda vez que no procede aquí plantear un conflicto de competencia entre la jurisdicción ordinaria y especial, monopolizándose el conocimiento del asunto al aparato estatal, excluyendo las posibilidades de accionar en otra sede jurisdiccional.

Corresponde ahora analizar dos sentencias colombianas referidas a delitos sexuales sobre menores de edad. La primera¹³, analiza la competencia de la jurisdicción especial indígena para conocer del delito de abuso sexual cometido por el padrastro a una menor de edad, siendo los involucrados miembros de una comunidad indígena, y encontrándose los hechos verificados dentro de su territorio geográfico.

En las sentencias de los Tribunales inferiores, pese a considerar probados los factores territorial y personal, la Sala asignó el conocimiento del asunto a la Justicia Penal Ordinaria – representada por el Juzgado Penal del Circuito de Riosucio, Caldas– aduciendo, en primer lugar, que la Jurisdicción Indígena no es absoluta y debe observar ciertos límites en procura de salvaguardar intereses superiores. En segundo lugar, expresó que “la protección de los derechos de los menores es uno de los fines constitucionales del Estado, imposibilitándose el reconocimiento de un fuero de juzgamiento especial al investigado, por tratarse de un delito reprochable bajo cualquier óptica, sin que sean aceptables argumentos de tipo cultural o

¹³ Sentencia de Tutela N°002/12 de Corte Constitucional, 11 de enero de 2012, Colombia.

étnico”. Finalizó argumentando, que hechos punibles como el que está en debate “por su misma naturaleza, no pueden tener ninguna protección fundada en la condición de indígena, habida cuenta que la jurisdicción especial fue erigida para mantener la identidad, costumbres y tradiciones de los pueblos debidamente asentados”.

En este caso, los sentenciadores anteriores consideraron que debido a la naturaleza del delito, al interés superior del niño, y a que se debía resguardar el debido proceso, era indispensable que el delito fuese conocido y juzgado por un tribunal de competencia penal ordinaria. Frente a esta argumentación, esta Corte sostuvo que “la labor del juez no se limita a evaluar, desde la perspectiva occidental, la situación del menor indígena”. Esto significa que, si bien las decisiones del juez constitucional relacionadas con la integridad sexual de los menores son expresión de la lucha que libra el Estado desde la administración de justicia para salvaguardar la integridad, la salud y la supervivencia del menor, cuando se trata de menores indígenas esta lucha no puede librarse en términos que excluyan la diversidad. En otras palabras, el juez constitucional no puede perder de vista el hecho de que el menor indígena es, en sí, gestor de su propia cultura, por lo que la protección de sus derechos constituye al mismo tiempo una valiosa oportunidad para perpetuar saberes y costumbres ancestrales fundamentales para la conservación de la diversidad y la promoción del respeto por la diferencia.

La Sala estimó que los tribunales anteriores tomaron en consideración un elemento y consagración constitucional por sobre otro, faltando además motivación suficiente para aquello, es por esto, que se ordena al Juzgado Penal del Circuito con función de conocimiento en Riosucio, Caldas, remitir el expediente con todas las pruebas obrantes en él a las autoridades tradicionales del mencionado resguardo. Por otra parte, como se desprende de los antecedentes del caso, el derecho propio del resguardo La Montaña prevé la posibilidad de contar con la presencia de médicos tradicionales, por lo que la Sala solicitará a las autoridades tradicionales del resguardo evaluar la posibilidad de aplicar esa modalidad de asesoría en el presente caso.

Por tanto, existe respecto de este asunto, desconcentración de la asignación de autoridad jurisdiccional por materias y regla de "no monopolio", toda vez que la misma sala constitucional reitera que no existe actualmente una regla jurisprudencial general que permita sustraer del conocimiento de las autoridades tradicionales indígenas, los casos relacionados con

la afectación de la integridad sexual de los menores pertenecientes a sus resguardos, ni que les impida buscar la protección de los menores mediante procedimientos internos. Lo anterior, se debe en parte a que el interés superior del niño es una arena social disputada que ha tenido consenso en la sociedad colombiana, respecto de la cual no es procedente poner en duda la efectividad de la jurisdicción especial a la hora de conocer y fallar delitos cuyas víctimas sean menores de edad, siempre y cuando, se verifiquen los cuatro elementos que limitan la aplicación de la justicia indígena. Por el contrario, no se verifica el establecimiento de opciones de elección claramente delineadas, ya que los miembros de la comunidad no puedan optar entre la competencia del Estado o de su grupo.

Si bien, la Corte remite los antecedentes del caso a la jurisdicción indígena establece una condición a la misma en cuanto a la cooperación posterior que debe existir entre el Estado y la comunidad.

En la misma línea se pronuncia la segunda sentencia¹⁴ relativa a delitos sexuales, en el contexto de un acceso carnal abusivo por parte de un hombre de 26 años a una niña de 13 años, ambos pertenecientes a un pueblo indígena. El acusado es sometido a la justicia ordinaria como autor del delito de violación, por lo que el Gobernador del Resguardo Indígena de San Lorenzo, al estar en conocimiento del caso, solicitó el cambio de jurisdicción, esto es, pasar de la jurisdicción ordinaria a la indígena. Dicha solicitud fue resuelta por el Juez de control de garantías, quien no encontró méritos para decretar el cambio de jurisdicción y decidió que el conflicto se enviara a su superior.

En razón de que el asunto planteado versa sobre un conflicto de competencias, el caso fue remitido al Consejo Superior de la Judicatura, el que decidió adscribir el conocimiento del caso a la jurisdicción ordinaria en base a los siguientes motivos: (i) Prevalencia del interés del menor sobre el reconocimiento de fueros especiales; (ii) el grado de culturización y nivel académico del imputado, toda vez que no es posible aseverar su arraigo y obediencia ciega a los usos y costumbres que rigen las comunidades indígenas sin que por ello se haya dejado de pertenecer a las mismas; y (iii) la edad de la víctima y del victimario, su grado universitario y que las relaciones sexuales no serían consentidas.

¹⁴ Sentencia T-921/2013, Corte Constitucional, Colombia.

El accionante señala que la decisión sería contraria a Derecho, vulnerando una serie de normas que desconocen la procedencia de la jurisdicción indígena, siendo demostrado en este caso que los sujetos activo y pasivo son indígenas; que se perpetró en el resguardo indígena; y que no tuvo efectos fuera de esta comunidad.

Finalmente, la Corte Constitucional Colombiana resuelve que la Constitución faculta a las autoridades de los pueblos indígenas el ejercicio de funciones jurisdiccionales dentro de su ámbito territorial, de conformidad con sus propias normas y procedimientos, siempre y cuando no sean contrarios a la Carta Política y a la Ley, contemplando como únicas limitaciones a la autonomía indígena, a aquellas que se refieren "a lo que verdaderamente resulta intolerable por atentar contra los bienes más preciados del hombre", o bien sobre los derechos que independientemente de la cultura que se trate, deben ser garantizados, como el derecho a la vida, la dignidad humana, la prohibición de la tortura, la esclavitud y el debido proceso.

Del análisis jurisprudencial, se concluye que existen cuatro elementos necesarios para el reconocimiento del fuero penal indígena: el elemento personal, territorial, institucional y objetivo.

Es por ello, que la Corte concluye que el proceso penal en el cual el acusado se encuentra siendo juzgado por el delito de acceso carnal abusivo en contra de la menor, ha incurrido en un defecto por violación directa de la Constitución al no haberse remitido a la jurisdicción indígena, por lo que finalmente la Sala Séptima de Revisión de la Corte Constitucional, resuelve revocar los fallos de tutela proferidos por la Sala Jurisdiccional Disciplinaria del Consejo Seccional de la Judicatura de Bogotá y, en su lugar, conceder la acción de tutela presentada por el acusado, y realizar el cambio de jurisdicción.

Cabe agregar, que en cuanto a los fundamentos esgrimidos para rechazar la aplicación del derecho indígena, se contemplaba la consideración del interés superior del niño, el cual, no es incompatible con la aplicación del fuero penal indígena, toda vez que la jurisdicción indígena también tiene el deber de velar por la protección de los derechos humanos y dentro de éstos por los derechos de los niños.

Respeto de Colombia, hemos querido destacar el trabajo realizado por la Corte Constitucional, en cuanto a la creación de un marco conceptual desarrollado por ella, el cual ha determinado el carácter del debate público acerca del contenido y los límites de la autonomía

política y jurídica de las minorías culturales. Así, ha establecido los principios generales de interpretación y los elementos estructurales del fuero indígena, que establecen la competencia de esta jurisdicción.

Para un mayor entendimiento, hemos decidido desarrollar los elementos que componen el fuero indígena, requiriendo verificar, en primer lugar, la existencia del *elemento personal* que implica la pertenencia del acusado a una comunidad indígena; en segundo lugar, el *elemento territorial*, el cual consiste en que el territorio de la comunidad se entiende no solo en su acepción geográfica, sino que también alcanza el lugar en que la comunidad indígena despliega su cultura; en tercer lugar, el *elemento institucional u orgánico*, que se manifiesta a partir de una “institucionalidad al interior de la comunidad indígena, que debe estructurarse a partir de un sistema de derecho propio conformado por los usos y costumbres tradicionales y los procedimientos conocidos y aceptados en la comunidad”. Por ejemplo, este elemento se constata a partir de la basta organización jurídica de la comunidad, la que debe contar con sus propios tribunales y con un sistema que asegure los derechos de su comunidad; finalmente, el elemento objetivo, que se remite a la naturaleza del bien jurídico tutelado, determinando si este se trata de un interés de la comunidad indígena, o de la sociedad mayoritaria.

Otra construcción normativa que se ha hecho a partir del trabajo de la Corte Constitucional Colombiana, es la que propone Bonilla para neutralizar las debilidades de la jurisprudencia de esta Corte, y así estructurar interpretaciones de su Constitución, que garanticen un reconocimiento justo y una apropiada acomodación de la diversidad cultural (Bonilla:2006, p.271-283). Este planteamiento, se basa en cinco criterios: (i) la imparcial del Estado frente a las comunidades culturales, (ii) la maximización del derecho de autogobierno de los grupos indígenas, (iii) la mínima intervención del Estado, la máxima intervención de la sociedad civil, (iv) la estrategia de la salida y (v), la transformación de los criterios que gobiernan la coexistencia de diferentes culturas a través de diálogos interculturales.

El primer criterio, dice relación con que el Estado no debe imponer ninguna perspectiva cultural sobre sus ciudadanos, debiendo reconocer y acomodar todas las culturas que lo integran. Hay que tener presente que es inevitable que el Estado decida cuestiones relacionadas con la cultura, no obstante, en aquella labor debe equilibrar activamente los diversos intereses y necesidades de las culturas que coexisten en su interior, reconociendo su carácter multicultural, en tanto no hay una perspectiva moral o política aceptada por todas las culturas en conflicto,

que resuelva las tensiones que existen a consecuencia de la existencia de diferentes visiones del mundo en un mismo espacio temporal, y es por ello que si el aparato estatal escogiera promover y proteger una de las perspectivas culturales favorecidas por alguno de sus ciudadanos, estaría discriminando a los individuos que defiendan otros valores morales y políticos.

En cuanto a la maximización del derecho de autogobierno de los grupos indígenas, este criterio apunta a otorgar autonomía política y jurídica a las comunidades indígenas, en tanto la supervivencia y reproducción cultural solo es posible si a las comunidades se les permite aplicar sus tradiciones en la vida pública y privada; si tienen la posibilidad de juzgar a sus miembros, educar a sus hijos, distribuir sus recursos y organizar sus asuntos familiares y religiosos de acuerdo a sus tradiciones.

El tercer criterio apunta a la mínima intervención del Estado, y la máxima intervención de la sociedad civil, lo que se traduce en que los límites al derecho de autogobierno de las comunidades indígenas, deben ser aquellos valores interculturalmente aceptados que, solo en caso de ser violados, justificarían una intervención coercitiva en la vida de cualquier comunidad política y jurídicamente autónoma. Estos valores son la prohibición de la tortura, el asesinato y la esclavitud, los cuales constituirían una moralidad mínima que todos los nacionales han terminado por aceptar.

El cuarto criterio, contempla la estrategia de salida, en tanto los miembros de los grupos indígenas deben tener siempre la posibilidad de abandonar su comunidad, no debiendo ser obligados a obedecer perpetuamente principios o prácticas que consideren cuestionables. Cabe consignar, que los costos de la partida deben ser distribuidos justamente entre la comunidad y las personas que la abandonan, constituyendo una posibilidad real de salida. Por tanto, la carga psicológica y económica, que la salida del grupo impone sobre sus disidentes, no debe incrementarse hasta hacer imposible que estos puedan empezar una nueva vida en otra comunidad.

Finalmente, el autor consigna que la transformación de los criterios que gobiernan la coexistencia de diferentes culturas, debe realizarse a través de diálogos interculturales. Las relaciones interculturales son dinámicas y deben ser modificadas si nuevas circunstancias políticas, económicas o sociales así lo requieren.

Este principio se fortalece si se tiene en cuenta que históricamente la cultura dominante ha impuesto a las comunidades indígenas los estándares que gobiernan las relaciones interculturales.

Los grupos indígenas deben tener la posibilidad de cuestionar y redefinir los principios y reglas de interpretación que han sido creados unilateralmente por la cultura hegemónica.

Estos diálogos interculturales deben ser altamente contextualizados, debiendo tomar en cuenta las características, aspiraciones y necesidades de las partes, las que deben reconocerse como iguales durante las conversaciones y aceptar que ningún criterio o regla de interpretación será legítimo si no cuenta con el apoyo no forzado de todas las partes.

En cuanto a la aplicación del modelo de democracia deliberativa, cabe advertir que este análisis no será llevado a cabo por país, debido a la dificultad que se tiene para poder hacer esta reflexión en base a los antecedentes expuestos. Es por ello, que resulta más adecuado realizar un análisis general de la respuesta teórica mencionada.

El enfoque de este modelo, se centra en dar mayor fuerza al dialogo intercultural permitiendo que todos los grupos en igualdad de condiciones argumentativas y discursivas, puedan participar dentro de la esfera pública. En ese mismo sentido, es fundamental para la autonomía de las comunidades, que las prácticas colectivas en las que participamos, pueden verse como el resultado de nuestros legítimos procesos de deliberación (Benhabid, 2006: p.194)

Teniendo estas ideas en consideración, cabe destacar que todos los países analizados, a través de las luchas sociales por las reivindicaciones multiculturales, han logrado construir institucionalmente un modelo de jurisdicción multicultural, que permite la coexistencia de dos sistemas jurídicos y sociales, y que tiene por finalidad alcanzar un permanente diálogo en el plano de la igualdad.

Estas circunstancias políticas y sociales, han permitido una ampliación de los derechos fundamentales que las Constituciones pretendan resguardar, en el plano del reconocimiento de la diferencia, la autonomía y el respeto a las diferentes culturas y grupos minoritarios. Ejemplo de lo anterior, es el proceso constituyente vivido en Colombia en el año 1991, mediante el cual el Estado colombiano se vio en la necesidad de generar esta instancia, debido a las diferentes

luchas sociales (contra la corrupción, violencia, presencia de cuarteles de droga, etc.), la existencia y la resistencia india, y la profunda crisis de la justicia.

Todos estos procesos permitieron un debate en la esfera pública por parte de los distintos intervinientes, de la necesidad de nuevas normativas acorde a la realidad social y multicultural, en la que todos los individuos pudiesen sentirse identificados y resguardados.

El órgano jurisdiccional, a través del conocimiento de esta nueva realidad social, y la aplicación a esta de la nueva normativa introducido en los Estados por medio de las Constituciones, ha perfeccionado y desarrollado jurisprudencialmente la coexistencia de dos sistemas jurisdiccionales, tanto de la jurisdicción estatal como indígena, dando a su vez mayor fuerza a la autonomía y respeto de la minorías culturales.

Siguiendo las ideas en las que se basa el modelo de democracia deliberativa y analizando la situación específica de Colombia, podemos evidenciar la ausencia de intervención total e igualitaria de los miembros de la sociedad, reflejándose esto - a modo de ejemplo - en la representación de los pueblos indígenas en la Asamblea Nacional Constituyente, que alcanzo apenas la representación de tres miembros, en la que además no existió equidad de género al haber sido estos solo hombres.

En ese sentido, la tarea pendiente consiste en fortalecer la participación de todos los miembros en la toma de decisiones de los ámbitos políticos y jurídicos más relevantes de las instituciones que articulan la sociedad.

VI. Conclusiones.

Tal como se evidenció en este trabajo, fue a consecuencia de los procesos organizativos y las movilizaciones de los pueblos indígenas en reclamación por sus derechos, que comenzó en Latinoamérica el reconocimiento gradual del derecho indígena y su especial jurisdicción en los ordenamientos jurídicos y políticos de los Estados plurinacionales, mediante la constitucionalización del multiculturalismo como realidad social. Y a pesar de que se trate de un “reconocimiento” a la diversidad en una Constitución hecha por la cultura dominante –una Constitución que verdaderamente expresa normativamente el “Ser” de una comunidad política de origen occidental (Villegas, 2012: p.100)–, fue de esta forma cómo se logró el tránsito desde el monismo al pluralismo jurídico.

El pluralismo jurídico derriba la idea de que sea el Estado en quien se centre única y exclusivamente el Derecho, pretendiendo reconocer jurídicamente la coexistencia de dos o más sistemas jurídicos en el mismo espacio social. No obstante, de las distintas concepciones que fueron desarrolladas en nuestro trabajo, tal como lo expresamos en el apartado del pluralismo jurídico, optamos por una concepción que identifica grupos dominantes por sobre los oprimidos, en donde los oprimidos estarían representados por las minorías culturales existentes al interior de los Estados.

Y es ante esta realidad multicultural que los teóricos han tratado de dar respuesta, fundamentalmente a través de los dos modelos desarrollados: el de las jurisdicciones multiculturales, y el de las democracias deliberativas. En cuanto al primero, este postula que la acomodación transformativa constituiría la única vertiente de gobernanza conjunta capaz de derribar la paradoja de la vulnerabilidad cultural, toda vez que se funda en principios que pretenden la desconcentración de la asignación de autoridad jurisdiccional por materias; la regla de "no monopolio"; y el establecimiento de opciones de elección claramente delineadas. Y en cuanto al modelo de las democracias deliberativas, este modelo que tiene un marcado énfasis en la esfera pública y que pretende ampliar el debate público, se basa en la ética del discurso y en establecer como válidas solo aquellas normas y arreglos institucionales normativos que puedan acordarse entre todos los interesados, a través de discursos en los cuales todos los participantes tienen los mismos derechos, siendo considerados libres e iguales, además de tener la posibilidad de intervenir, iniciar y pedir justificación en los distintos temas de conversación de los que sean parte. Todo lo anterior, además, debe considerar la convivencia multicultural pluralista y la sujeción de esta a tres condiciones normativas, siendo ellas la reciprocidad igualitaria; la autoadscripción voluntaria, y; la libertad de salida y asociación. Solo de esta manera se fortalece el diálogo intercultural, a las comunidades y sus miembros, permitiéndoles cuestionar su permanencia y las costumbres de sus grupos.

De acuerdo a la jurisprudencia analizada, estos modelos no se quedan en lo puramente teórico y han tenido aplicación práctica en las jurisdicciones de países como Ecuador, Venezuela y Colombia, siendo precisamente este último país el que ha tenido más desarrollo en cuanto al tratamiento de la multiculturalidad, pues en ausencia de legislación que especifique la cooperación entre el derecho indígena y el derecho estatal, los Estados han desarrollado otros medios para implementar el nuevo reconocimiento constitucional del derecho indígena, por ejemplo, a través del desarrollo de la jurisprudencia. Así, el Tribunal Constitucional de

Colombia ha actuado como legislador de facto en ausencia de legislación de aplicación (Van Cott: 2003, p.32).

Del análisis jurisprudencial se concluye que si queremos reconocer y acomodar justamente a las comunidades indígenas, es necesario interpretar la tensión entre unidad y diversidad cultural de manera que el derecho de autogobierno de las comunidades indígenas sea maximizado; y por contrapartida, la intervención del Estado sea la menor posible, justificándose únicamente para neutralizar cualquier acción dirigida a violar los valores transculturales de la vida, la integridad cultural y la libertad. Pero además, la tensión constitucional de los Estados latinoamericanos debe ser interpretada de manera que se promuevan diálogos interculturales con el objeto de modificar determinados estándares que gobiernan las relaciones intergrupales de las comunidades por parte del resto de los grupos que coexisten en un determinado Estado, y de esa forma garantizar que los disidentes de los grupos minoritarios tengan una posibilidad real de abandono y posterior asentamiento en otra comunidad cultural (Bonilla, 2006: p. 283).

Ahora bien, de la investigación realizada, es posible proponer un modelo de sociedad y Estado inclusivo que incluya tanto la teoría de las jurisdicciones multiculturales, como la de las democracias deliberativas. Así, por una parte, se fortalece el diálogo intercultural dentro del Estado, con el desarrollo de la ética discursiva y el empoderamiento de todos los miembros de las comunidades, permitiendo que no solo los líderes de cada comunidad representen a los integrantes de cada una de ellas –cuestión que muchas veces oprime las voces disidentes del interior de los grupos–, sino que permite que aquellos disidentes o las mismas minorías de cada grupo puedan cuestionar y modificar sus decisiones y sus costumbres, y también puedan proponer y ampliar los debates de lo público que se generan en el ámbito de la sociedad civil. Esto, complementado con el modelo de las jurisdicciones multiculturales, faculta a que cada grupo pueda ejercer su autonomía y sentirse identificado con su grupo, en relación a sus procedimientos y costumbres; pero además, en los casos de mayor tensión entre sus derechos individuales y sus deberes culturales, permite que en aquellas circunstancias los miembros que no se sientan protegidos o identificados, tengan la opción real de poder optar entre uno u otro sistema jurisdiccional.

En base a las nociones de pluralismo jurídico a las cuales adscribimos, las instituciones que entran en la competencia del Estado dependen del reconocimiento del ordenamiento jurídico estatal para producir efectos, por lo que los postulados del liberalismo según los cuales el

Estado debe ser neutral frente a las culturas minoritarias, son poco plausibles (Bonilla, 2006: p.49). Es por ello que al convivir diversos sistemas jurídicos dentro de un mismo espacio jurídico, social y territorial, deben asegurarse ciertos derechos y autonomía a la pluralidad de culturas que pueden convivir dentro de él, sin negar vinculación con el Estado y sin perder de vista que hay ciertos principios universales transversales a todas las culturas que deben asegurar a toda persona ciertos derechos, en tanto una sociedad puede a la vez ser liberal y defender un fin colectivo a través del Estado, si protege los derechos fundamentales de sus minorías (Bonilla, 2006: p.61).

Tal como se pudo observar en el análisis jurisprudencial, entre los temas que generan serios conflictos interculturales se encuentra la tensión entre género e igualdad, toda vez que un gran número de minorías culturales en el país, estructura su vida pública alrededor de instituciones patriarcales (Bonilla: 2006, p.156), siendo las mujeres miembros vulnerables dentro de sus propias comunidades y requiriendo de la protección y aseguramiento de sus derechos humanos básicos.

Por tanto, siguiendo los postulados de Bonilla en base a Kymlicka, los Estados deben responder a los retos de la diversidad cultural reconociendo y promoviendo a la vez derechos individuales y derechos colectivos en función de grupo, reconociendo a los menos tres tipos de derechos diferenciados: de autogobierno, de representación especial y pluriétnicos.

Es por ello que en un contexto de jurisdicciones multiculturales existente al interior de los Estados plurinacionales, es menester poner en práctica el diálogo intercultural, así como el empoderamiento de todos los miembros de las comunidades en la participación de estos diálogos, con el objeto de determinar cuáles son estos principios básicos necesarios que aseguren a todas las personas y que establezcan un mínimo de tolerancia, independientemente del grupo al cual pertenezcan.

Bibliografía.

Aylwin, José (coord.); Meza-Lopehandía, Matías; Yáñez, Nancy (2013): *Los pueblos indígenas y el derecho*, LOM ediciones, Santiago.

Benhabib, Seyla (2006): *Las reivindicaciones de la cultura: igualdad y diversidad en la era global*.

Belloso, Nuria; de Julios-Campuzano, Alfonso (2008): ¿Hacia un paradigma cosmopolita del derecho?: Pluralismo jurídico, ciudadanía y resolución de conflictos, Editorial Dykinson, Madrid, España.

Bonilla Maldonado, Daniel (2006): La Constitución multicultural, Siglo del Hombre Editores, Bogotá, Colombia.

Cabedo, Vicente (2004): *Constitucionalismo y derecho indígena en América Latina*, Universidad Politécnica de Valencia, Valencia.

Chase, Oscar G. (2011): Derecho, cultura y ritual. Sistema de resolución de controversias en un contexto intercultural, Marcial Pons Ediciones Jurídicas Y Sociales, Madrid, España.

Clavero, Bartolomé (2009): *Derecho indígena y cultural constitucional en América*, Primera Reimpresión, Editorial Siglo Veintiuno, México D.F.

Deveaux, Monique (2006): Gender and Justice in Multicultural Liberal States, Oxford: Oxford University Press.

De Sousa Santos, Boaventura; Grijalva, Agustín (2012): *Justicia indígena, plurinacionalidad e interculturalidad en Ecuador*, editorial Abya Yala, Ecuador.

Engle; Griffiths; Tamanaha (2007): Pluralismo Jurídico, Siglo del hombre Editores, Colombia.

Fraser, Nancy (2008): “La justicia social en la era de la política de identidad: redistribución, reconocimiento y participación”.

Friedman, Marilyn: Autonomy, Gender, Politics.

Garzón, Pedro (2016): Ciudadanía Indígena: Del multiculturalismo a la colonialidad del poder, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, Madrid, España.

Jiménez, Lelia (2009): *Diversidad cultural y pueblos indígenas*, Cuadernos Deusto de Derechos Humanos N° 54, Universidad de Deusto, Bilbao.

Kymlicka, Will (1996): *Ciudadanía multicultural*, Editorial Paidós Estado y Sociedad, Barcelona.

Kymlicka, Will (2004): Estados, Naciones y Culturas, editorial Almuzara, Córdoba, España.

Phillips, Anne (2007): Multiculturalism without Culture, Princeton: Princeton University Press.

Prieto Montt, Manuel José (2012): “Una invitación al pluralismo legal”, en Revista de Derecho, Volumen XXV, Número 1, Julio de 2012, Valdivia, Chile.

Selamé G, Nicole; Villavicencio M, Luis (2011): “Liberalismo, multiculturalismo y estado de bienestar”. Revista Ideas y Valores, Volumen IX N° 146, Bogotá: 111-140.

Shachar, Ayelet (2004): *Multicultural Jurisdictions: Cultural Differences and Women's Rights*, Cambridge University Press, Inglaterra.

Squella Narducci, Agustín; Villavicencio Miranda, Luis; Zuñiga Fajuri, Alejandra (2012): Curso de Filosofía del Derecho, Editorial Jurídica de Chile.

Van Cott, Donna Lee (2003): “Legal pluralism and informal community justice administration in Latin America”, preparado para la conferencia *Informal Institutions and Latin American Politics*, University of Notre Dame, Indiana.

Villavicencio Miranda, Luis (2014): “Minorías étnico-culturales y derechos de las mujeres”. *Revista de Ciencia Política*, Volumen 34, N°3: 605-621.

Villavicencio Miranda, Luis (2015): “Una concepción de la ciudadanía para una nueva Constitución. El caso de las mujeres indígenas”. Libro *Propuestas para una nueva Constitución (originada en democracia)*, Instituto Igualdad: 303-327.