

# El teórico portugués que recomendó el pluralismo jurídico ante la Convención

[pauta.cl/nacional/boaventura-de-sousa-santos-pluralismo-juridico-convencion-constitucional](https://pauta.cl/nacional/boaventura-de-sousa-santos-pluralismo-juridico-convencion-constitucional)



"Pienso que el pluralismo jurídico debe estar defendido y establecido hoy en la Constitución. Es fundamental que lo sea. Y, obviamente que habrá necesidades después de algún detalle en la ley ordinaria, pero siempre en obediencia al mandato constitucional".

El autor de la frase es **Boaventura de Sousa Santos**, director del Centro de Estudios Sociales de la Universidad de Coímbra de Portugal. Fue en respuesta a una pregunta que le formuló, en diciembre pasado, la convencional mapuche **Natividad Llanquileo**: le consultó sobre qué ámbitos del reconocimiento de la justicia indígena deberían quedar sentados como mínimos en la Constitución, velando para que la ley no limite excesivamente el pluralismo.

Luego, Santos hizo una advertencia: "Muchas veces (el pluralismo jurídico) se reconoce en la Constitución, pero después la ley ordinaria neutraliza o casi destruye la capacidad del derecho ancestral de ser reconocido constitucionalmente". Lo ejemplificó con la Ley de Deslinde Jurisdiccional de Bolivia: "Acabó por destruir, eliminar o neutralizar muchos ámbitos, dentro de los cuales el derecho propio podría ser defendido. Por eso hay que tener una reglamentación robusta dentro de la Constitución que realmente proteja la vigencia del derecho propio como parte de las demandas plurinacionales de los pueblos indígenas".

El contexto del diálogo fue la exposición que el doctor en sociología del derecho por la Universidad de Yale, y profesor de la Escuela de Derecho de la Universidad de Wisconsin-Madison, realizó el 7 de diciembre de 2021 ante la Comisión de Sistemas de Justicia de la Convencional Constitucional (CC). El foco estuvo en su estudio académico sobre el **pluralismo jurídico**.

Santos fue invitado por la expresidenta de la CC, **Elisa Loncon** (Mapuche). La coordinadora de la Comisión Sistemas de Justicia, **Vanessa Hoppe** (MSC), lo presentó así: "Tenemos a un gran invitado, un gran referente en materia de aplicación de pluralismo jurídico".

Un mes después de su intervención, Santos fue uno de los varios autores citados en la iniciativa constitucional que crea la justicia intercultural, cuya materia es el pluralismo jurídico. Fue presentada el 14 enero por los convencionales Natividad Llanquileo, **Luis Jiménez** (Aymara), Vanessa Hoppe, **Ingrid Villena** (Pueblo Constituyente), **Manuela Royo** (MSC), **Daniel Bravo** (Pueblo Constituyente), **Mauricio Daza** (INN), **Hugo Gutiérrez** (PC) y **Manuel Woldarsky** (Coordinadora Plurinacional)

Una de las citas fue a su libro *Sociología jurídica crítica. Para un nuevo sentido común del derecho* (2009). El capítulo dos se titula "El pluralismo jurídico y las escalas del derecho: lo local, lo nacional y lo global".

Al respecto, el convencional Luis Jiménez señala a **PAUTA** que Boaventura de Sousa Santos "es un referente importante, porque en su momento incluyó el tema del pluralismo jurídico igualitario. Su espíritu está en la igual jerarquía, pero no es el único". Y agrega: "En mi caso más bien recogí la experiencia nacional y todas las propuestas indígenas".

También recuerda que "esto del pluralismo jurídico no nació ahora, pues se viene debatiendo desde los 90".

Marisol Peña: "Una revolución en algunos convencionales"

subir

El pasado 15 de febrero, el pluralismo jurídico fue uno de los 14 artículos que el Pleno de la CC aprobó en general tras la presentación del informe elaborado por la Comisión de Sistemas de Justicia. Tuvo un amplio apoyo, pues a favor votaron 144 constituyentes.

Pero dos días después no pasó la votación en particular, por lo que fue devuelto a su comisión de origen para modificaciones. En cambio, sí pasó la barrera de los dos tercios el primer inciso del artículo 15°, que señala que la función jurisdiccional "se define en su estructura, integración y procedimientos conforme a los principios de plurinacionalidad, pluralismo jurídico e interculturalidad".

El pluralismo jurídico (a secas) es uno de los puntos más polémicos y, al mismo tiempo, más novedosos de la propuesta constitucional. Es la primera vez que la Constitución chilena podría incluir la existencia de dos sistemas de justicia, uno de los cuales sería el indígena.



La norma, contenida en el informe que presentó al Pleno la Comisión de Sistemas de Justicia, señala que el Sistema Nacional de Justicia -como pasará a llamarse el Poder Judicial- "coexiste en un plano de igualdad con los Sistemas Jurídicos Indígenas". Y agrega que "es deber del Estado garantizar una adecuada coordinación entre ambos, con pleno respeto al derecho a la libre determinación y los estándares internacionales de derechos humanos interpretados interculturalmente".



*Boaventura de Sousa Santos en la Convención Constitucional.*

Precisamente sobre cómo pueden coordinarse esos dos sistemas, y de la forma en que puede articularse el pluralismo jurídico, fue de lo que habló Santos ante los convencionales.

Para la expresidenta del Tribunal Constitucional **Marisol Peña**, es evidente que los planteamientos de Boaventura de Sousa Santos han dejado huella en Chile: "Su modelo doctrinario ha causado una revolución en algunos convencionales, que han dicho 'aquí está la puerta para producir las profundas transformaciones en que la sociedad requiere", dice la académica de la Universidad del Desarrollo (UDD) y panelista del programa **Derecho a la Convención, de PAUTA**.

"Su tesis y la de sus seguidores es que en los pueblos del sur se ha vivido una cultura absolutamente patriarcal, donde se ha impuesto un modelo de Estado colonialista que socavó a las culturas ancestrales que tenían sus propias formas de resolver sus conflictos", agrega.

Marisol Peña recuerda que durante el debate del Pleno del martes 15 -en el que se votó el informe de la Comisión de Justicia-, precisamente "las palabras más usadas fueron patriarcado, discriminación y elite. Eso me coincide absolutamente con este modelo doctrinario". Son términos que, agrega, concuerdan con *Descolonizando el constitucionalismo*, el último libro del teórico, publicado en 2021: no solo es "profundamente feminista", sino que también "propone que quede atrás toda esta cultura patriarcal, colonialista, y de élite".



En ese libro Santos expone, por ejemplo, que "el constitucionalismo transformador, producido en el Sur global, busca contribuir a que las dinámicas y las modificaciones constitucionales sean instrumentos para la transformación global y la emancipación humana y contra la opresión capitalista, colonialista y patriarcal. En América Latina, eso se conoce como Nuevo Constitucionalismo Latinoamericano (NCLA)".

El teórico recuerda que en la década de los 90 hubo cambios en distintas latitudes de la región. "Se constató el surgimiento y desarrollo de movilizaciones sociales que consiguieron, por la vía democrática, apoderarse del poder del Estado con el objetivo de transformarlo; procesos que resultaron en nuevos textos constitucionales con características suficientemente particulares para ser considerados como pioneros de algo diferente", dice.

Plantea que la expresión NCLA fue retomada por otros autores, entre ellos **Christian Courtis** y **Roberto Gargarella**. De hecho, Gargarella, el abogado y académico argentino de las universidades Torcuato Di Tella y de Buenos Aires, fue otros de los 127 invitados a exponer a la Comisión de Justicia de la Convención Constitucional.

Derecho propio y ancestral

subir



En su intervención ante la Convención, que fue vía telemática, lo primero que hizo Boaventura de Sousa Santos fue señalar que el pluralismo jurídico "es una cuestión muy disputada, sobre todo en el continente, [aunque] no tanto en otros lugares, porque parece que crea un conflicto con la unidad del sistema jurídico".

Esbozó que hay dos maneras de mirar el pluralismo jurídico. La primera, la tradicional, entiende que los jueces "no deberían ser sobrecargados con problemas pequeños, como conflictos y disputas que existen entre familias y vecinos" y que "pueden ser resueltos en un sistema alternativo".

La segunda es la "que discurre del carácter intercultural de la nación y de la plurinacionalidad". Citó el caso de Ecuador y de Bolivia: "Es la idea de que pueda haber en el mismo país dos sistemas jurídicos sobre temas que son relativos a grupos sociales distintos. En América Latina es la cuestión de los pueblos indígenas, su derecho propio, ancestral, que siempre ha regulado sus conflictos en las comunidades. Y que sigue haciendo eso no solo porque la ley, el derecho y el sistema judicial no penetra suficientemente en sus comunidades, sino también porque es otra visión cultural, otra concepción del derecho".

Esta forma, argumentó, es "mucho más fuerte". Señaló que el derecho propio puede resolver problemas graves que ocurren dentro de las comunidades tanto "entre los miembros; un miembro y un extraño; alguien de fuera que está en la comunidad y que comete un crimen o un delito que cabe dentro de la jurisdicción del sistema comunitario".

Para Santos, "en el caso de Chile, de Ecuador y Bolivia, de Colombia, si realmente el Estado se asume como un Estado plurinacional, es casi obligatorio desde un punto de vista constitucional que se reconozca el derecho ancestral de los pueblos indígenas. Porque el Estado plurinacional es una forma más avanzada de autogobierno".

Y añadió: "Es evidente que una declaración del Estado intercultural y plurinacional conlleva la idea, una idea fuerte, de pluralismo jurídico y de reconocimiento de derechos propios. Nueva Zelandia, por ejemplo, es otro país que acaba de reconocer de una manera bastante fuerte el derecho propio de los pueblos indígenas".

Jueces indígenas y conocimiento sabio

### subir

Natividad Llanquileo también hizo otras preguntas al académico portugués. Una de ellas fue respecto de su opinión -en una instancia de pluralismo jurídico- de la presencia indígena de personas "con conocimiento sabio", es decir, sin que sean abogados.

El académico ejemplificó así: "Supongamos que el derecho propio regula los conflictos y no necesita que las personas sean representadas por abogados, que puedan tener una persona de la familia o un jefe que lo represente. ¿Significa esto que el debido proceso fue violado porque no había un abogado para representar a las partes? No. Esto sería una manera eurocéntrica de resolver el problema. Por eso el debido proceso debe ser entendido de manera intercultural y no rígida".

Puso como ejemplo la Corte Constitucional de Ecuador, que es donde se resuelven este tipo de conflictos. Opinó: "Se debe tener jueces indígenas, sabios del derecho propio. Eso tiene que ser gradual, desde la facultad de derecho".

### Política



## **Convencional Cruz: "No es fácil estar ahí viendo cómo algunos no tienen conciencia de lo que pasa"**

---

El caso de los latigazos

### subir

De un total de 19 integrantes de la Comisión Sistemas de Justicia, solo otros dos convencionales hicieron preguntas al académico portugués: Mauricio Daza y Manuela Royo.

Las consultas de Daza fueron sobre cuáles son los límites del pluralismo jurídico -si los derechos humanos, la Constitución o la ley-, y respecto de cómo se aplica el derecho consuetudinario indígena en materia penal y cómo este se compatibiliza con los principios de garantías de las personas.

"Obviamente, los límites ahí son el reconocimiento en el marco de la Constitución y con respeto a los derechos fundamentales", contestó el autor.

Sin embargo, recordó que también surgen problemas que se deben articular jurídicamente. Un ejemplo, dijo, es la Constitución de Sudáfrica, que reconoce el derecho propio de los pueblos del sur al acceso la tierra y el respeto a los derechos humanos.

Pero, agregó, esa misma Constitución "reconoce que las mujeres tienen un derecho igual que los hombres en el acceso a la tierra. Y pasa que el derecho ancestral no reconocía a las mujeres la titularidad de la tierra. Entonces, la ley establece que ese derecho propio puede

ser ejercido localmente, pero tiene que respetar la igualdad de las mujeres al acceso jurídico a la tierra. Esa es una manera de articular las dos jurisdicciones que hay".

Y añadió: "Una de las maneras es que se pueda aplicar de una forma rígida los principios de derechos humanos, entendidos de una manera eurocéntrica. Y, en ese caso, prácticamente muchas de las actividades de los pueblos indígenas por derecho propio pueden ser considerados un ataque o violación de derechos fundamentales, cuando no lo es".

P  
o  
l  
í  
t  
i  
c  
a



### **La Convención pretende dejar atrás al Poder Judicial y propone un "pluralismo jurídico"**

Según Santos, lo mismo pasa con el derecho penal. "Cuando hablamos de derecho penal, normalmente aplicamos nuestras categorías civil, penal, derecho administrativo o derecho propio, cuando realmente el derecho propio no es así, no hay esas divisiones. Son dimensiones diferentes del mismo conflicto, porque cuando las cosas van mal, es porque van mal en la comunidad. Es una concepción totalmente distinta de justicia y por eso muchas de las cosas que pueden ser consideradas violación de los derechos humanos, no lo son. Al contrario".

Dio como ejemplo lo que denominó como "la famosa idea de los latigazos, que puede ser considerada una pena física como tortura, prohibida por Naciones Unidas, derecho de lesa humanidad. No es así: miren la jurisdicción de Colombia, que muestra que el latigazo

puede ser una forma de corrección casi restaurativa dentro de una comunidad, aunque no se puede realizar esto dentro de otra comunidad".

Y esa comunidad -la de los latigazos- "no conoce largos periodos de prisión, que a veces mata gran parte de la vida de una persona, como vemos en varios países de Europa o en Estados Unidos. O sea, hay que reconocer que tiene que haber un entendimiento intercultural del respeto a los derechos humanos fundamentales y a la Constitución".

P  
o  
l  
i  
t  
i  
c  
a



### **Tiare Aguilera defiende la autonomía regional: "Es una solicitud que viene desde los territorios"**

Los derechos de un río

subir

Manuela Royo le consultó "con mucha admiración por su trabajo y por su aporte al pluralismo jurídico" respecto de si la lucha de los pueblos originarios "por la defensa de la naturaleza, de sus tierras y de su cultura ancestral, forma parte del ejercicio del derecho propio como una manifestación actual de esta tradición histórica".

Santos respondió que es necesaria una interpretación intercultural. "Desde el punto de vista occidental, dar derechos a un río es una tontería, una cosa inerte, que no tiene personalidad. Pero tiene personalidad desde el derecho propio. El caso más famoso ahora es Nueva Zelandia, que fue un reconocimiento muy fuerte después de 140 años: una Corte Constitucional reconoció que los maorí tienen derecho sagrado, que su río es sagrado, y que ellos y el río tienen derechos humanos".

Y agregó: "En todas partes necesitamos saber que esta es una forma que está emergiendo. Ojalá Chile, que está en la delantera de las discusiones constitucionales en el continente y el mundo, pueda reconocer también los derechos de la naturaleza y de la madre tierra, como los pueblos indígenas la llaman".



Nacional

## El análisis de Marisol Peña y Gabriel Osorio a la primera votación del Pleno de la Convención

---

Autores citados

subir

La Comisión de Sistemas de Justicia, Órganos Autónomos de Control y Reforma Constitucional tuvo 127 audiencias públicas. De ellas, 27 correspondieron a integrantes de centros de estudios, además académicos y académicas de universidades chilenas y extranjeras.

Entre los académicos chilenos que Luis Jiménez citó en su planteamientos, según cuenta a **PAUTA**, están los profesores de Derecho de la Universidad de Chile **Milca Castro**, **Mirna Villegas** y **Salvador Millaelo**, quien expuso el mismo día que do Sousa Santos.

Asimismo, en la iniciativa constitucional que en enero presentaron Llanquileo, Jiménez, Villena, Hoppe, Royo, Bravo, Daza, Gutiérrez y Woldarsky, y que crea la justicia intercultural, Santos encabeza la lista de referencias. Precisamente, lo citan en la introducción del pluralismo jurídico:

*El pluralismo jurídico es una característica histórica del campo jurídico latinoamericano derivada de la preexistencia de los pueblos indígenas, civilizaciones enteras que contaban con sus propios sistemas normativos, autoridades y jurisdicciones en el contexto de dominación colonial. Sin embargo, el 'hecho colonial' situó a los indígenas en una posición de inferioridad, y sus sistemas jurídicos propios fueron mínimamente reconocidos bajo una forma subordinada, para dar cierta estabilidad al orden colonial, pero siempre bajo 'la ideología de la inferioridad natural del indio'.*

Además, señalaron que "diferentes académicos concurren a las audiencias públicas de la Comisión sobre Sistemas de Justicia y expusieron en términos concordantes, la necesidad de reconocer constitucionalmente el pluralismo jurídico en base al principio de libre determinación de los pueblos, abarcando los derechos a preservar, mantener, recuperar, ejercer y desarrollar sus instituciones, sistemas normativos y jurisdicciones propias. Así, expuso el director del Observatorio Ciudadano **José Aylwin**, las profesoras **Katherine Becerra**, Myrna Villegas y **Nancy Yáñez**, los profesores Boaventura de Sousa Santos, **Miguel Melín**, **Jorge Contesse** y Salvador Millaleo, entre otros".

Otros mencionados son los académicos colombianos **Mauricio García Villegas** y **César Rodríguez Garavito**. También se nombra a la abogada peruana especialista en derecho consuetudinario indígena **Raquel Yrigoyen Fajardo**.

En noviembre de 2021, Santos e Yrigoyen coincidieron en el foro "Colonialismo, descolonización y neocolonialismo desde la justicia y el bien común", organizado por el Comité Panamericano de juezas y jueces por los derechos sociales y doctrina franciscana.

**Vea la exposición de Boaventura do Sousa en la Convención Constitucional:**