

Pluralismo Jurídico en Latinoamérica.

Cooperación, coordinación y tensiones entre
la Justicia Indígena y la Justicia Ordinaria



Pluralismo Jurídico en Latinoamérica
Cooperación, coordinación y tensiones entre la Justicia Indígena y la Justicia Ordinaria

Silvina Ramirez (Argentina)
Farit Rojas (Bolivia)
Guillermo Padilla y Ginna Rivera (Colombia)
Nancy Yañez (Chile)
Mariana Yumbay (Ecuador)
Aresio Valiente (Panamá)
Javier La Rosa (Perú)

Pluralismo Jurídico en Latinoamérica

Cooperación, coordinación y tensiones
entre la Justicia Indígena y la Justicia Ordinaria

© Konrad Adenauer Stiftung e.V., 2019

Autores

Silvina Ramirez (Argentina)
Farit Rojas (Bolivia)
Guillermo Padilla y Ginna Rivera (Colombia)
Nancy Yañez (Chile)
Mariana Yumbay (Ecuador)
Aresio Valiente (Panamá)
Javier La Rosa (Perú)

Editores responsables

Georg Dufner
Representante de la Fundación Konrad Adenauer en Bolivia y Director del Programa Regional de Participación Política Indígena (PPI) de la Fundación Konrad Adenauer
Bernardo Ponce
Coordinador del Programa Regional de Participación Política Indígena
Miguel Vargas
Técnico del Programa Regional de Participación Política Indígena

Fundación Konrad Adenauer (KAS)

Programa Regional de Participación Política Indígena (PPI) en América Latina

Av. Sánchez Bustamante #509, Calacoto, La Paz
Tél. PPI: (+591) (2) 277-5225 / KAS Bolivia: (+591) (2) 277-5254 / 212-5577
Casilla N° 9284
La Paz – Bolivia
Email: info.ppi@kas.de
www.kas.de/ppi
Facebook: @PPIKAS
Youtube: www.youtube.com/PPIKAS

Diseño de portada

Gabriela Fajardo

D.L.

4-1-234-20

ISBN

978-99954-1-955-4

Impresión - Plural editores
Av. Ecuador 2337 esq. calle Rosendo Gutiérrez
Teléfono: 2411018 / Casilla Postal 5097
La Paz, Bolivia
e-mail: plural@plural.bo / www.plural.bo

Impreso en Bolivia

Esta publicación se distribuye sin fines de lucro, en el marco de la cooperación internacional de la Fundación Konrad Adenauer.

El texto que se publica a continuación es de exclusiva responsabilidad de los autores y no expresa necesariamente el pensamiento de los editores y/o de la KAS. Se autoriza la reproducción total o parcial del contenido siempre que se cite la fuente.

Índice

Prefacio	9
El pluralismo jurídico en Argentina: Relato de una ausencia	
<i>Silvina Ramírez</i>	13
Resumen	13
I. Contextos, argumentos.....	14
II. Situación normativa en Argentina.....	15
III. Debates latinoamericanos.....	18
IV. Experiencias incipientes de pluralismo jurídico en Argentina	21
V. Razones del desconocimiento de derechos	29
VI. Agenda política de los pueblos indígenas en Argentina.....	30
VII. Conjeturas como cierre	31
Bibliografía	32
La relación entre la justicia indígena y la justicia ordinaria en Bolivia	
<i>Farit Limbert Rojas Tudela</i>	35
Resumen	35
I. Introducción	35
II. La relación entre la justicia indígena y la justicia ordinaria y la jurisprudencia del Tribunal Constitucional Plurinacional.....	36
III. Algunas tensiones no resueltas	48
IV. Lo plurinacional, a manera de cierre	52
Bibliografía	53
Cambio de era. La Jurisdicción Especial Indígena en Colombia: Normas, jurisprudencia y tensiones	
<i>Guillermo Alberto Padilla Rubiano y Ginna Marcela Rivera Rodríguez</i>	55
Resumen	55

I. Contexto normativo y jurisprudencial de la relación entre justicias indígenas y justicia formal estatal en Colombia.....	55
II. Tensiones en torno a la coordinación de las justicias indígenas y la justicia formal estatal	65
III. A modo de reflexión final	71
Bibliografía	72
La relación entre la justicia indígena y la justicia ordinaria (coordinación/cooperación/tensiones) en Chile	
<i>Nancy Adriana Yáñez Fuenzalida (Ph. D.)</i>	77
Abstract.....	77
I. Bases jurídicas del pluralismo jurídico en el derecho internacional de los derechos humanos y sus implicancias en Chile	77
II. Regulación del derecho propio indígena (<i>derecho consuetudinario o costumbre indígena</i>) en el derecho internacional.....	81
III. El reconocimiento del pluralismo jurídico en el derecho interno chileno	83
IV. Reconocimiento jurisprudencial del pluralismo jurídico en Chile.....	87
V. Conclusiones.....	96
Bibliografía	97
La relación entre la justicia indígena y la justicia ordinaria en Ecuador	
<i>Mariana Yumbay Yallico</i>	99
Resumen	99
I. Contexto normativo del reconocimiento de derechos de los pueblos indígenas y la relación entre la justicia indígena y la justicia ordinaria.....	100
II. Tendencias jurisprudenciales respecto a la relación entre la justicia indígena y la justicia ordinaria.....	107
III. Principales acciones de coordinación y/o cooperación entre los sistemas de justicia indígena y justicia ordinaria	115
IV. Conclusión	122
Bibliografía	123
La coordinación de la jurisdicción indígena en el sistema inquisitivo y en el sistema penal acusatorio en Panamá	
<i>Aresio Valiente López</i>	125
Resumen	125
I. Introducción	125
II. Antecedentes de la República.....	126
III. Época Republicana	127
V. Jurisprudencia.....	136
VI. Conclusiones.....	143
Bibliografía	144

La relación entre la Justicia Indígena y la Justicia Ordinaria
(coordinación/cooperación/tensiones) en Perú

<i>Javier La Rosa Calle</i>	145
Resumen	145
I. Contexto normativo respecto a la relación entre la justicia indígena y la justicia ordinaria.....	145
II. Tendencias jurisprudenciales respecto a la relación entre la justicia indígena y la justicia ordinaria.....	154
III. Principales acciones de coordinación, cooperación y tensiones entre los sistemas de justicia indígena y la justicia ordinaria	159
Bibliografía	160

Prefacio

Las declaraciones sobre el carácter multicultural de algunos Estados en la región durante el decenio de 1980 (Guatemala, Nicaragua y Brasil), la aprobación del Convenio 169 de la Organización Internacional del Trabajo (OIT) en 1989 y la declaración de Estados pluriculturales (Colombia, México, Perú y Venezuela) durante el decenio de 1990 significaron un hito importante en el reconocimiento de los derechos de los pueblos indígenas, así como de la diversidad de sus sistemas políticos y jurídicos. La evolución en el reconocimiento de derechos territoriales, como el de la consulta previa o los de participación política, entre otros, fue acompañada por procesos de movilización significativos en los que las organizaciones representativas de los pueblos indígenas reivindicaron el derecho a profundizar los logros alcanzados, apostando por la consolidación de sistemas democráticos en los que se reconozca de manera real su carácter heterogéneo y plural.

En este camino, las mujeres y hombres indígenas encontraron un mayor respaldo político y jurídico con la aprobación de la Declaración de las Naciones Unidas sobre los Derechos de los Pueblos Indígenas (2007) que reconoce el derecho a la libre determinación, norma que en gran medida fue recogida en las constituciones de Ecuador y Bolivia al reafirmar el carácter plural de sus economías y sistemas jurídicos. Así, en la actualidad, la región avanzó de manera sustancial en el reconocimiento de sistemas de justicia plurales en los que conviven órganos de justicia ordinaria con instituciones propias de los pueblos indígenas responsables de impartir justicia.

A pesar de este significativo avance, los sistemas propios de justicia indígena y los modelos de justicia plural aún no han logrado materializarse en verdaderos mecanismos de fortalecimiento de la justicia y la democracia por la existencia de brechas entre su reconocimiento formal y real. Por ello, el Programa Regional de Participación Política Indígena en América Latina (PPI) de la Fundación Konrad Adenauer (KAS), creado en 2005, ha decidido, entre sus líneas estratégicas, implementar medidas que permitan promover en la región la revalorización de los sistemas propios de justicia indígena, así como la consolidación de sistemas jurisdiccionales plurales.

De esta manera, en el marco de trabajo con el grupo por el Pluralismo Jurídico en América Latina (KAS PRUJULA), creado por el Programa Regional de Estado de Derecho para Latinoamérica de la KAS, el PPI ha decidido aportar al debate a partir de reflexiones sobre el estado de situación de la relación entre la justicia ordinaria y los sistemas de justicia indígena reconocidos en la región. En este marco, se invitó a ocho especialistas de Argentina, Chile, Colombia, Bolivia, Perú, Ecuador y Panamá a reflexionar sobre las condiciones actuales de coordinación, cooperación y las tensiones en las que se desenvuelve la relación interjurisdiccional.

Así, la publicación *“Pluralismo Jurídico en Latinoamérica. Cooperación, coordinación y tensiones entre la justicia indígena y la justicia ordinaria”* que el lector tiene en sus manos, presenta una diversidad de posiciones respecto a la situación del Pluralismo Jurídico. De esta manera, Silvina Ramírez desde Argentina presenta una reflexión sobre los contextos en los que se desenvuelve el pluralismo jurídico, considerando la situación normativa en ese país y los debates latinoamericanos. Describiendo las experiencias “incipientes” en su aplicación, explorando las razones del desconocimiento de los derechos indígenas, concluyendo con un repaso por la agenda política de los pueblos indígenas en ese país. En el caso de Chile, Nancy Yañez realiza un análisis sobre la situación del derecho propio indígena y su relación con la justicia ordinaria. Puntualizando el reto del país trasandino de apostar por una ciudadanía diferenciada que permita la apertura a un texto constitucional en el que se reconozca a los pueblos indígenas y las dimensiones vinculadas al pluralismo jurídico.

Desde Colombia, Ginna Rivera y Guillermo Padilla presentan una lectura sobre la práctica de las justicias indígenas y el ejercicio que realiza el Poder Judicial en general y, en particular, la Corte Constitucional por medio de sus sentencias que reglamentan la coexistencia interjurisdiccional. Resaltando los aportes de esta relación en los diferentes niveles de la sociedad y del Estado colombiano, lo cual posibilita una nueva valoración sobre la existencia de principios y valores propios de la diversidad en ese país. Farit Rojas de Bolivia, desarrolla un análisis sobre la relación entre la justicia indígena y la justicia ordinaria y su intermediación por el Tribunal Constitucional Plurinacional a través de las sentencias y declaraciones constitucionales. Describe las reformas que en materia de justicia indígena ha introducido la Constitución Política del Estado de 2009, la legislación secundaria al respecto y la jurisprudencia del Tribunal Constitucional Plurinacional sobre el tema en un contexto de coordinación, cooperación y tensión entre ambas jurisdicciones.

En el Perú, Javier La Rosa presenta un estado de la situación de la relación entre la Justicia Indígena y la Justicia Ordinaria con especial atención en la jurisdicción especial que es ejercida por comunidades campesinas, comunidades nativas y rondas campesinas dando cuenta de las tensiones producidas en el ámbito legislativo y jurisprudencial en un contexto de cooperación y sobre todo de conflicto. Desde Ecuador, la abogada indígena Mariana Yumbay nos presenta un recorrido histórico por las constituciones de ese país, explorando los derechos de los pueblos indígenas, prestando atención al ejercicio de la jurisdicción indígena y analizando las formas en las que el Estado Plurinacional ecuatoriano garantiza el ejercicio de este derecho, identificando los escenarios de coordinación y cooperación con la justicia ordinaria. Finalmente, el abogado panameño perteneciente al pueblo Guna, Aresio Valiente, presenta una retrospectiva del largo proceso de reconocimiento de la jurisdicción indígena en Panamá en un contexto de reconocimiento jurisprudencial a partir de sentencias emitidas por la Corte Suprema de Justicia

de ese país. También, hace referencia a la experiencia autonómica de las comarcas gunayala, emberá-wounaan, kuna de madungandi, ngöbe-buglé y kuna de wargandi de construcción de una jurisdicción propia que permita resolver conflictos sociales dentro de esos territorios.

De esta manera, los textos que integran la presente obra buscan profundizar el debate sobre el reconocimiento real de los sistemas plurales de justicia como mecanismo para fortalecer el Estado de Derecho y la democracia en la región.

Dr. Georg Dufner
Director Programa KAS PPI
Representante KAS en Bolivia

El pluralismo jurídico en Argentina: Relato de una ausencia

Silvina Ramírez¹

Resumen

En Argentina, contrariamente a buena parte de América Latina, el pluralismo jurídico es solo un debate que se da en espacios académicos, constatando una ausencia importante en ámbitos judiciales. Si bien tanto el Convenio 169 de la Organización Internacional del Trabajo sobre Pueblos Indígenas y Tribales (en adelante C169), como las declaraciones de la ONU y de la OEA sobre pueblos indígenas se encuentran vigentes, al no existir un reconocimiento constitucional expreso del derecho a administrar justicia indígena en las comunidades. La reticencia, la ignorancia y el desconocimiento es la reacción habitual y extendida en los operadores de justicia. En este contexto, aunque existen algunos “atisbos conocidos” (se descarta que existan muchos más que no están documentados) de ejercicio del derecho propio (lo que se conoce como pluralismo jurídico), éstos todavía no tienen impacto ni en la legislación ni en la jurisprudencia. Por otra parte, las comunidades indígenas no reclaman centralmente por la vulneración de este derecho, dado que sus prioridades actuales son la reivindicación de sus derechos territoriales y la gestión de los bienes comunes naturales, a los que se suma el derecho a la Consulta y al Consentimiento Previo, Libre e Informado. En este artículo se abordarán los contextos en los que se desarrolla el pluralismo jurídico (I), la situación normativa en Argentina (II) y los debates latinoamericanos (III). A continuación, se describirán las experiencias incipientes de pluralismo jurídico en Argentina (IV) y se explorarán las razones del desconocimiento de derechos (V). Por último, este ensayo concluye con la agenda política de los pueblos indígenas en Argentina (VI) y unas breves notas de cierre (VII).

1 Abogada. Doctora en Derecho. Profesora de posgrado de la UBA y UP. Miembro de la Asociación de Abogados/as de Derecho Indígena en Argentina (AADI). Asesora académica del Grupo de Apoyo Jurídico por el Acceso a la Tierra del Centro de Políticas Públicas para el Socialismo (GAJAT / CEPPAS). Miembro de la Junta Directiva del Instituto de Estudios Comparados en Ciencias Penales y Sociales (INECIP).

I. Contextos, argumentos

La existencia del pluralismo jurídico es un dato fáctico, un presupuesto ineludible en sociedades con presencia de comunidades indígenas. A la par de la justicia ordinaria, existen modos de gestionar la conflictividad que responden a la especial cosmovisión de los diferentes pueblos indígenas. Sin embargo, más allá de esta realidad, la estructura jurídica en los Estados presenta tendencias muy distintas frente a la inclusión –o no– de la administración de derecho propio y, en muchos casos, existe un rechazo frente a este escenario jurídico.

Si bien para la teoría jurídica clásica la coexistencia de múltiples sistemas de justicia es una idea disruptiva y se resiste a aceptar que nociones como validez, eficacia y eficiencia o vigencia pueden también ser aplicadas al conjunto de reglas que conforman la justicia indígena, el material normativo existente incluye, entre otros derechos, el derecho de los pueblos indígenas a contar con sus propias instituciones y a administrar su derecho propio.

En América Latina el pluralismo jurídico es relativamente aceptado. Si bien el grado de aceptación depende del país de que se trate, existe desde hace al menos tres décadas, con debates instalados a nivel regional, y su reconocimiento –con avances y retrocesos– forma parte tanto de la dimensión jurídica como de la dimensión fáctica. En Argentina, por el contrario, los debates alrededor de estos temas son prácticamente inexistentes. El contexto que rodea a los pueblos indígenas no es favorable respecto a la identidad cultural. En un país cuyo mito de origen es descender de los barcos (Ramírez, 2006, pp. 13-33), y cuya identidad declarada es su ascendencia de inmigrantes españoles o italianos, la cultura indígena siempre es visualizada como ajena.

La negación recurrente que atraviesa espacios públicos y privados para admitir que el genocidio fue constituyente de nuestro Estado (Lenton, 2012, pp. 48-49), es un elemento imprescindible para explicar nuestro presente y nuestro pasado. Los procesos de exterminio de los pueblos indígenas a fines del siglo XIX perfilaron una matriz estatal que no contaba en su organización política y jurídica con su existencia. De este modo, este “pecado de origen” marcó a fuego la relación de los pueblos indígenas con el Estado y significó un permanente rechazo a sus derechos. Dentro de estos derechos, la posibilidad de que exista “algo así” como sistema(s) de justicia(s) indígena(s) está ubicado fuera del imaginario de aquellos que tienen poder de decisión y, definitivamente, ha quedado excluida de las prácticas judiciales.

Los argumentos, que no solo desconocen, sino que no toman en serio la existencia del derecho indígena, son de los más variados. Al ya conocido de la desintegración o fragmentación estatal, le acompaña el de la subordinación cultural de los pueblos indígenas (y la desjerarquización de la justicia indígena, visualizada como una justicia “de segunda”) y el rechazo de sus derechos a la autonomía y libre determinación. El pluralismo jurídico obliga a redefinir ciertos conceptos de la teoría política y de la teoría constitucional. Términos tales como soberanía, como monopolización del uso de la violencia por parte del Estado, como centralización de la administración de justicia deben dejar paso a conceptualizaciones en donde el hecho de la diversidad involucra, necesariamente, una estructura jurídica más flexible y una descentralización de poder que va más allá del paradigma federal de descentralización territorial y autonomías provinciales.

Por otra parte, transversalmente a estos argumentos, existen procesos de racismo y discriminación que se han vuelto históricamente insoslayables. Desde sectores judiciales es

impensable admitir que la gestión de la conflictividad, llevada adelante por las autoridades indígenas, responde a estándares que merecen la pena ser respetados. No solo se cuestiona la posibilidad de administrar justicia indígena, sino que se cuestiona que las autoridades indígenas puedan ser análogas –tener el mismo estatus– a los jueces de la justicia ordinaria y que puedan existir espacios de producción normativa que no correspondan a nuestro Congreso o Parlamento donde se elaboran las leyes que rigen la nación².

Si bien en el contexto latinoamericano –y más allá de todas las discusiones que se abordarán en un apartado específico– la justicia indígena ocupa un espacio en el debate y existe jurisprudencia sobre su aplicación y sobre sus límites, en Argentina no se ha avanzado ni doctrinaria ni jurisprudencialmente en el reconocimiento. En la realidad son temas que no se discuten o, en el mejor de los casos, se identifican ciertas prácticas pero no se incorporan al “campo de lo jurídico”.

Los argumentos ya esbozados se fortalecen con los datos de contextos como el racismo histórico todavía imperante, la discriminación permanente y un desconocimiento extendido de todo lo relativo a los pueblos indígenas. A lo más, todo se reduce a “notas de color” sustentadas por cuestiones relativas a los trajes típicos, música y comida, pero muy alejadas de un enfoque de derechos. Esta ignorancia de la existencia de los pueblos indígenas y sus derechos genera un estado de situación que, hasta el momento, bien entrado el siglo XXI, ha sido imposible revertir.

II. Situación normativa en Argentina

En Argentina, el C169 se encuentra vigente con estatus de tratado internacional³. Asimismo, fueron suscriptas, en 2007 y 2016 respectivamente, tanto la Declaración de Naciones Unidas como la Declaración Americana sobre Derechos de los Pueblos Indígenas. Todos estos instrumentos jurídicos internacionales reconocen la institucionalidad indígena y el derecho de estos pueblos de administrar su propia justicia.

Sin embargo, a diferencia de todo el constitucionalismo andino y de las constituciones de otros países latinoamericanos, en la Constitución este derecho no fue incluido expresamente. Esta ausencia constitucional traduce una insuficiencia de la recepción de derechos indígenas. En la Constitución argentina, un solo inciso de un artículo recepta los derechos de los pueblos indígenas (Art. 75, inciso 17). La formulación del artículo ha sido discutida pero, sin lugar a dudas, ha significado un avance con respecto a la constitución histórica (1853–1860) que disponía la conversión de los indios al catolicismo y el trato pacífico en las fronteras. Sin embargo, dar cuenta de la preexistencia de los pueblos indígenas solo con un inciso que reúne un conjunto de derechos muy disímiles no parece ser la forma más aceptable para regular una relación tan traumática, con un devenir histórico que incluyó genocidio y despojo.

2 Una nota aparte merece el término “nación”. En Argentina se sigue hablando de la “Nación Argentina” sin matizar ni incorporar nociones de plurinacionalidad que adjetivan los Estados boliviano y ecuatoriano en las constituciones del siglo XXI.

3 Se presentó el instrumento de ratificación en el año 2000, por lo cual entró en vigencia a partir de julio de 2001, de acuerdo a la normativa interna.

En ese sentido, se observa una notable falta de registro –que no fue subsanada en la última reforma constitucional de 1994, más allá del reconocimiento de la preexistencia de los pueblos indígenas– de la relevancia de la inclusión de una dimensión colectiva que era muy difícil de pensar en la redacción de la constitución histórica y, mucho más difícil aún, cuando la Constitución se pergeñó de espaldas –entre otros sujetos relevantes, como las mujeres– a los pueblos originarios (Ramírez, 2019).

En otras palabras, la Constitución argentina conserva la matriz liberal donde, a través de sucesivas reformas y en el caso de los pueblos indígenas a partir de la última reforma constitucional de 1994, se le añaden derechos sociales e indígenas como meros agregados que no transforman ni la matriz constitucional ni el modelo estatal.

La regulación constitucional y su austeridad conspira contra el reconocimiento de la administración de justicia indígena. Si bien, como ya ha sido señalado, en la Argentina están vigentes los instrumentos jurídicos internacionales, al existir escaso material doctrinario⁴ sobre los alcances y la interpretación del inciso 17, Art. 75, y al contar con una legislación secundaria también escasa⁵, el impacto de la normativa internacional es limitado.

Este escenario normativo ha conspirado, sin lugar a dudas, con la vigencia del derecho al derecho propio. Si bien, llevando adelante una tarea hermenéutica alrededor de toda la legislación vigente, es posible defender la existencia –legalidad y legitimidad– de la justicia indígena, las prácticas en los tribunales distan de considerar como derecho vigente al derecho indígena. No sólo que existe un desconocimiento generalizado de los operadores de justicia sobre esa posibilidad, sino que, llegado el caso, cuando un conflicto que ya ha sido solucionado

4 Entre otros, ver Benedetti, Miguel Ángel (2011). “Algo más que reubicar y reescribir un inciso de la Constitución” en Gargarella, Roberto (Coordinador), *La Constitución en 2020, 48 propuestas para una sociedad igualitaria*, Buenos Aires. Siglo veintiuno editores; Bidart Campos, G. y Sandler, H. R. (Coord.) (1995). *Estudios sobre la reforma constitucional de 1994*, Buenos Aires: Coedición Depalma y Departamento de Publicaciones de la Facultad de Derecho de la UBA; García Lema, Alberto Manuel (2012). “Pueblos indígenas argentinos. Significado constitucional de la preexistencia étnica y cultural” en García, Julio C. (Coord.), *Derecho Constitucional Indígena*, Resistencia, Chaco: Contexto; Gargarella, Roberto (2005). *Los fundamentos legales de la desigualdad. El constitucionalismo en América (1770-1860)*, Madrid: Siglo veintiuno de España Editores; Hualpa, Eduardo (2011). “Los sujetos indígenas en la Constitución” en Gargarella, Roberto (Coordinador), *La Constitución en 2020, 48 propuestas para una sociedad igualitaria*, Buenos Aires: Siglo veintiuno editores.

5 Entre otras, ver Ley 23.302 Ley sobre Política Indígena y Apoyo a las Comunidades Aborígenes. Creación del Instituto Nacional de Asuntos Indígenas. Adjudicación de Tierras. Planes de educación, salud y vivienda. Sancionada 30 septiembre 1985. Promulgada de hecho, 8 noviembre 1985; Ley 24.195 Ley Federal de Educación. Derecho de las comunidades aborígenes a preservar sus pautas culturales y al aprendizaje y enseñanza de su lengua. Participación en el proceso de enseñanza. Sancionada 14 abril 1993. Promulgada por Decreto N° 872, 29 abril 1993; Ley 25.517 Restitución de restos mortales de indígenas que formen parte de museos y/o colecciones públicas o privadas. Requerimiento del expreso consentimiento de las comunidades aborígenes para la realización de emprendimientos científicos; Ley 26.160 Declaración de la emergencia por el término de cuatro años en materia de posesión y propiedad de las tierras que tradicionalmente ocupan las comunidades indígenas originarias del país. Suspensión de la ejecución de sentencias y actos procesales o administrativos cuyo objeto sea el desalojo o desocupación de las tierras en cuestión. Relevamiento técnico-jurídico-catastral de las tierras ocupadas. Creación de un Fondo Especial para la asistencia de las comunidades indígenas, asignado al Instituto Nacional de Asuntos Indígenas. Asimismo, se debe tener presente que, por la organización federal de gobierno, cada provincia tiene su propia legislación, pero no avanza sustantivamente sobre la legislación nacional.

en la comunidad llega a la justicia ordinaria y ésta interviene en el caso sin tener presente la decisión comunitaria⁶.

Asimismo, no solo que la justicia ordinaria “invade” la esfera de la justicia indígena, sino que cuando juzga –con procedimientos ordinarios, y según cuáles sean los supuestos, cuando corresponde que ésta intervenga– no respeta ninguno de los derechos específicos de los pueblos indígenas. La incorporación de elementos de interculturalidad tales como traductores/intérpretes, peritajes, defensas especializadas, etc., son excepcionales en la administración de justicia ordinaria en Argentina. Por el contrario, su cotidianeidad pasa por impulsar procesos monoculturales y hegemónicos que no consideran la presencia de diversidad⁷.

La situación normativa en Argentina, frente a la regulación/reconocimiento de la administración de justicia indígena, está lejos de ser la ideal. Si bien se rescata la fortaleza de los instrumentos jurídicos internacionales para contemplarla, la omisión constitucional y su ausencia en la legislación secundaria debilitan aún más su respeto. Este desconocimiento es potenciado, a su vez, por las prácticas habituales de los operadores que ignoran este derecho o directamente dejan de lado la posibilidad de que un conflicto pueda ser resuelto por las autoridades indígenas.

Como telón de fondo, y para entender este entramado, debe retomarse la reflexión alrededor de la relación entre el Estado y los pueblos indígenas. La resistencia a reconocer el derecho propio está encadenado a la negación del resto de los derechos, especialmente los derechos territoriales y la gestión de los bienes comunes naturales. En definitiva, la negación de la existencia de estos derechos se vincula estrechamente a la negación de la existencia de los pueblos indígenas y al rechazo de la diversidad.

Los derechos de autonomía y libre determinación de los pueblos indígenas son profundamente resistidos por el Estado y los sucesivos gobiernos. La inclusión de éstos en el Estado está sujeta a la pérdida de su propia identidad. Otra vez el reclamo de administrar justicia, de controlar sus territorios, de gestionar sus bienes comunes naturales, de demandar su autonomía en ejercicio de su libre determinación es visualizado como gestos de secesión y de independencia. Sin embargo, no se comprenden sus reivindicaciones y cada vez más se instala un paradigma equivocado que transita por la estigmatización, el hostigamiento y la criminalización. Los pueblos indígenas son estereotipados como primitivos, salvajes, peligrosos; por lo que, pretender que gestionen su conflictividad no deja de ser algo que aún se encuentra en un horizonte lejano.

6 En materia penal, esto se agrava aún más porque contraviene un principio constitucional conocido como “non bis in ídem”: Nadie debe ser juzgado dos veces por el mismo hecho. En las comunidades de Pulmarí, provincia del Neuquén, algunos de los conflictos más frecuentes son el robo de ganado. Las autoridades –el llamado Consejo Directivo– da respuestas a este conflicto. Las autoridades de la justicia ordinaria podían intervenir, persiguiendo por “abigeato”, tipo penal que responde a esta conducta, desconociendo cómo fue resuelto al interior de las comunidades. Con la “Declaración de Pulmarí”, señal incipiente de pluralismo jurídico en Argentina descrita en el siguiente apartado, este solapamiento de jurisdicciones pretende ser superado.

7 Por ejemplo, el caso de Reina Maraz, una mujer boliviana, indígena, pobre, quechua hablante, analfabeta, migrante, fue encarcelada en 2010 en la Provincia de Buenos Aires por la muerte de su marido. Una inspección llevada adelante por la Comisión Provincial por la Memoria (CPM) en la institución carcelaria donde se encontraba detenida, en 2011, advirtió que no hablaba castellano, entendía poco y con dificultad, y hasta ese momento no comprendía las particularidades del proceso judicial que la había llevado a la cárcel.

III. Debates latinoamericanos⁸

En América Latina los debates alrededor del pluralismo jurídico que involucran la existencia y reconocimiento de la justicia indígena se remontan a tres décadas atrás aproximadamente. Éstos coincidieron con el surgimiento del Consenso de Washington y la formulación de políticas neoliberales que añadieron un elemento de incertidumbre frente al rol del Estado, su relación con los pueblos indígenas y la compatibilización y complementariedad de los servicios que debe prestar el Estado con la reivindicación de autonomía y libre determinación de los pueblos indígenas.

Desde esa perspectiva, por una parte, se demandaba el respeto del derecho propio de las comunidades indígenas; por otra parte, se instaló la suspicacia frente a la tendencia del “achicamiento del Estado”; en otras palabras, demandar por ciertos derechos significaba un recorte de las obligaciones del Estado. En el caso del servicio de justicia, la lucha por administrar justicia indígena podía implicar la retracción de los servicios de justicia del Estado.

Dado el doble estatus de ciudadano del Estado y de miembro de un pueblo indígena, se debe lograr un delicado equilibrio entre los derechos colectivos de los pueblos indígenas y los derechos que goza como ciudadano. La libre determinación y la autonomía indican la prerrogativa de la comunidad indígena de gestionar su conflictividad. Las obligaciones del Estado señalan que el derecho de acceso a la justicia también es un derecho del que debe gozar un ciudadano indígena. La decisión final –siempre y cuando se den determinadas condiciones– está en manos de las autoridades indígenas. Si éstas declinan intervenir, el Estado debe arbitrar los medios para que la justicia ordinaria pueda aplicarse.

Para llevar adelante una sistematización que traduzca claramente los diferentes escenarios, las situaciones que pueden presentarse en países con presencia indígena, cuyos pueblos indígenas demandan el reconocimiento de derecho propio, son las que a continuación se señalan:

1. Gestión de la conflictividad al interior de cada comunidad. La justicia ordinaria no participa de la resolución, pero reconoce lo actuado por las autoridades indígenas.
2. Gestión de la conflictividad al interior de cada comunidad. La justicia ordinaria no reconoce la competencia de las autoridades indígenas o las autoridades indígenas no se sienten representando al Estado en el que viven.
3. Cuando la justicia ordinaria resuelve casos en donde, ya sea como víctima o como imputado, participa un miembro de una comunidad indígena. La justicia ordinaria debe gestar instancias que respeten la interculturalidad.
4. Cuando, trabajando en conjunto, la justicia indígena y la justicia ordinaria resuelven casos. O cuando la decisión se toma en el campo de la justicia ordinaria a pedido de la comunidad indígena. O la decisión la toman las autoridades indígenas con colaboración de la justicia ordinaria. Son los fenómenos conocidos como de “interlegalidad”.

Una vez que se reconoce desde los Estados la administración de justicia propia, uno de los desafíos que surge –y, de hecho, alrededor del cual se trabaja consistentemente hace

⁸ Este apartado toma parte de los artículos ya publicados por la autora. Ver Ramírez, S. (2018). *Pluralismo Jurídico en el siglo XXI: ¿Nuevas formas de Estado?*

prácticamente tres décadas, coincidente con la adopción del C169– es cómo llevar adelante la articulación entre diferentes sistemas normativos que coexisten en un mismo espacio geopolítico. En otras palabras, cómo instrumentar el pluralismo jurídico⁹.

La coordinación o articulación es una dimensión que los Estados no han abordado fácilmente. En las reformas constitucionales de los años 90, principalmente en los países andinos, se incluyen fórmulas constitucionales que receptan el pluralismo jurídico. Estas nuevas constituciones toman el impulso de su renovación del C169 de la OIT, adoptado en 1989. Es en el nuevo siglo, con las últimas reformas constitucionales en América Latina –la Constitución ecuatoriana de 2008 y la Constitución boliviana de 2009– donde se instala un paradigma más sólido de reconocimiento de la justicia indígena. El pluralismo jurídico, inspirado en el C169, según parece se asienta con fuerza en la norma suprema de los Estados, fortalecido asimismo por la Declaración de Naciones Unidas sobre Derechos de los Pueblos Indígenas de 2007 y la Declaración Americana sobre Derechos de los Pueblos Indígenas de 2016.

En 2010 se sanciona la ley de coordinación (llamada Ley de Deslinde Jurisdiccional) en Bolivia¹⁰, la primera en su tipo en América Latina. En nuestra tipología de situaciones, esta ley respondería a nuestro primer caso donde se reconoce la decisión de las autoridades indígenas por parte de la administración de justicia ordinaria. No obstante, Bolivia es francamente un caso paradigmático. Un Estado cuyo presidente es indígena, en el que se sanciona la primera ley de articulación de jurisdicciones en América Latina y, sin embargo, traduce una concepción regresiva a lo contemplado en los instrumentos jurídicos internacionales, principalmente en relación al C169. Dicha ley, prácticamente, vacía la jurisdicción indígena¹¹.

Una ley de coordinación debería no sólo contribuir a despejar cualquier “discusión interpretativa” del texto constitucional, sino que podría ampliar sus alcances dotándole de mejores instrumentos para su aplicación; puede también generar un marco de articulación y coordinación que evite cualquier solapamiento o confusión sobre los alcances, tanto de la jurisdicción ordinaria como de la jurisdicción indígena. Sin lugar a dudas, no es el caso de la Ley de Deslinde Jurisdiccional en Bolivia.

El segundo caso posible, presentado en el inicio de este apartado, está representado por lo que sucede en algunos estados de México. Por ejemplo, en las comunidades indígenas que viven en el Estado de Guerrero se creó el Consejo Regional de Autoridades Comunitarias (CRAC) y la Policía Comunitaria (PC) como una forma de administrar justicia y garantizar la seguridad en el interior de las comunidades debido, entre otras razones, a la ausencia del Estado. El reconocimiento estatal no fue buscado por las autoridades indígenas, por lo que su ubicación dentro del Estado sigue siendo un tema delicado para todos los sectores.

En este caso en particular, no solo la coordinación no se produce, sino que predomina la desconfianza histórica que ha signado la relación pueblos indígenas - Estado. El pluralismo jurídico se da de facto, es un hecho, pero las autoridades en ambos sistemas de justicia prefieren desconocerse, generando graves problemas de articulación.

9 Parte de este trabajo ha sido publicado por IWGIA en Ramírez, S. (2014). *Nuevos paradigmas estatales para el fortalecimiento del pluralismo jurídico. La justicia indígena en un nuevo modelo Estatal* en Convenio 169 de la OIT.

10 Ley 073 del 29 de diciembre de 2010.

11 Para un estudio pormenorizado, ver Ramírez, S. (2013). *Constitucionalismo y Derechos de los Pueblos Indígenas*, La Ley y Facultad de Derecho de la UBA, Buenos Aires, p. 134 y ss.

En el tercer caso, el Estado debe incluir en la administración de justicia ordinaria elementos de interculturalidad que respeten efectivamente los derechos de los pueblos indígenas. Como ya se mencionó, son los casos donde se incorporan intérpretes, se utiliza el peritaje, se plantean casos de jurados interculturales, etc. Tal vez una de las incorporaciones más importantes y necesarias en el proceso penal sea las defensorías especializadas que presentan como rasgos distintivos una atención particularizada a los miembros de los pueblos indígenas, en la medida en que sus operadores poseen una formación calificada para su atención. Tanto en Chile como en Guatemala existen defensorías indígenas con diferentes perfiles, pero con objetivos similares. Ambas son evaluadas positivamente por los miembros de los pueblos indígenas.

La cuarta situación de nuestra tipología se da en la última década donde se pretende cambiar el eje del enfoque y ya no hablar solo de coordinación, tomando a los sistemas jurídicos como aislados sin posibilidad de interacción, sino que se adjetiva esta coordinación como interlegal, intercultural e interétnica para hacer referencia a que los estudios y análisis deben ser realizados desde una perspectiva holística, tomando al sistema jurídico como un todo (Sieder, 2012, pp. 23-30).

Existen experiencias documentadas en Bolivia¹² que demuestran que los sistemas de justicia no son sistemas puros sino, por el contrario, también utilizan elementos ya sea de la justicia ordinaria, ya sea de la justicia indígena interrelacionándose en el mismo campo. En otras palabras, no se hablaría de dos campos jurídicos sino del mismo campo donde se entremezclan los elementos indígenas y no indígenas.

Por ello, actualmente, es posible hablar de híbridos legales o una coordinación interlegal; no obstante, estas categorías pueden ser válidas para los países andinos o Guatemala, pero no es posible aplicarlas en todos los países latinoamericanos.

En Argentina es impensable hablar de interlegalidad si antes no se debate alrededor del pluralismo jurídico en sentido clásico. Es tal el desconocimiento sobre estos temas y estos derechos que un primer paso es promover el respeto de la justicia indígena e incluso, estratégicamente, es conveniente tomarlo como un sistema jurídico o normativo aislado (aunque esté claro que los sistemas puros no existen) para promover el fortalecimiento de su institucionalidad. Hablar de interlegalidad ya implica haber recorrido un camino. En países como Chile o Argentina es todavía prematuro, a pesar que en Argentina el C169 se encuentra vigente hace 18 años.

Esta perspectiva hace repensar, nuevamente, en la relación entre el Estado y los pueblos indígenas. En la medida en que este intercambio se profundice, será más sencillo que el Estado asuma la justicia indígena como parte de la justicia estatal. Esta situación también es muy problemática porque las autoridades indígenas –muchas de ellas, al menos– no quieren ser diluidas en lo que se conoce como autoridades estatales por lo que, en un sentido, la pérdida de su identidad es un efecto no menor que deberá ser tomado en cuenta en un análisis posterior¹³.

12 Por ejemplo, en las comunidades de Jesús de Machaca del departamento de La Paz, en el altiplano boliviano, existen los Servicios Legales Integrales Municipales (SLIM) que atienden casos de violencia contra la mujer (Cfr. Choque, M. E. 2012). “La marka rebelde: comunidades de Jesús de Machaca” en Santos, Boaventura de Sousa; Exeni Rodríguez, José Luis, *Justicia indígena, plurinacionalidad e interculturalidad en Bolivia*. La Paz, Bolivia: Fundación Rosa Luxemburg, p. 513.

13 Éste es un aspecto que presenta sus ambigüedades y claroscuros porque si bien los pueblos indígenas demandan por reconocimiento, se niegan rotundamente a ser catalogados como autoridades estatales. Por su parte, el Estado intenta mantener su idea de unidad fagocitando los sistemas jurídicos indígenas.

Por otra parte, existe jurisprudencia encontrada en países tan protectores –constitucionalmente hablando– de los derechos indígenas como son los casos de Bolivia y Ecuador. En Ecuador, por ejemplo, decisiones judiciales reconocen en un caso la administración de justicia indígena (La Cocha I, 2002) y la desconocen en un caso análogo y con pocos años de diferencia (La Cocha II, 2010), limitando su competencia material. Está claro que los límites de la jurisdicción indígena, y los modos de articulación, siguen formando parte de un debate abierto en América Latina con avances y retrocesos permanentes.

Como se advierte, en pleno siglo XXI, y con material normativo que protege un conjunto de derechos indígenas, todavía no existe una cabal comprensión de los alcances del reconocimiento. De ese modo, tampoco es esperable que ese mismo Estado pueda delinear sistemas de administración de justicia interculturales o que reconozca genuinamente los derechos de autonomía y libre determinación, y con éstos su derecho a administrar justicia.

IV. Experiencias incipientes de pluralismo jurídico en Argentina

En Argentina, como ya fue señalado, solo pueden identificarse experiencias incipientes de pluralismo jurídico. Dado que no existe un reconocimiento constitucional, y que por lo general todo lo atinente a derechos indígenas es ignorado o rechazado¹⁴, detectar y documentar estas experiencias no es una tarea sencilla. Muchas de ellas permanecen invisibilizadas, por decisión de los propios actores, y las que se visibilizan carecen de material para profundizarlas.

A pesar de ello, se destacan tres experiencias que si bien no pueden competir con otras experiencias en países latinoamericanos que son mucho más profundas, en el sentido de traducir autonomía, de reflejar una relación más simétrica con el Estado, de establecer una jerarquización de sus autoridades, sí al menos demuestran que se van dando modestos pasos para consolidar la institucionalidad indígena¹⁵.

Vale la pena llamar la atención sobre la forma de organización del poder en Argentina y su sistema federal de gobierno. Conviven dos órdenes normativos¹⁶, el nacional o federal y el provincial. Cada Estado provincial tiene su propia Constitución, sus códigos de procedimiento y goza de autonomía. Por ello, la justicia indígena debe articularse con ambos niveles de justicia (el federal y el provincial). Eventualmente, las provincias –en sus dos dimensiones, el provincial y el municipal– pueden elaborar normativa relativa a la coordinación con la justicia indígena.

A continuación se describirán tres experiencias en curso en tres provincias diferentes de Argentina. En primer lugar, el Fiscal General de la Provincia del Neuquén dictó una instrucción general que reconoce, con limitaciones, la gestión de la conflictividad por parte de las

14 Una nota aparte merece los procesos de racismo y discriminación en el que estamos inmersos. Es indudable que el rechazo a la eficacia de los derechos indígenas tiene que ver con un rechazo pertinaz a la diversidad.

15 Vale la pena, a riesgo de ser redundantes, volver a insistir con el recorte realizado en este trabajo. Las tres experiencias que se describen no agotan el universo de ejercicio de derecho propio existente. Las dificultades para identificar otras experiencias no son menores, precisamente por la debilidad de la institucionalidad indígena y la ausencia de reconocimiento estatal.

16 A la manera de Estados Unidos, México o Brasil con sus particularidades.

autoridades indígenas. En segundo lugar, en la Provincia de Formosa una Guardia Comunitaria fue creada por el pueblo Wichí con el objetivo de impartir justicia y garantizar seguridad. En tercer lugar, en la Provincia de Tucumán el Consejo de Ancianos en Amaicha del Valle resuelve casos de diferente índole y articula con la justicia de la provincia.

A. La Declaración de Pulmarí. Pueblo Mapuche. Provincia del Neuquén¹⁷

La Provincia del Neuquén, en su Constitución, siguiendo los lineamientos de la Carta Constitucional (Art. 75, inc. 17, CN), reconoce la preexistencia étnica y cultural de los pueblos indígenas (Art. 53, Const. Prov.).

En concordancia con el mandato constitucional, la Ley N° 2784, que establece el Código de Procedimiento Penal (CPP), contiene dos disposiciones relacionadas a tal reconocimiento: una, comprendida entre los principios del proceso, referida a la diversidad cultural en general (Art. 19) y; la otra, dentro de las reglas de disponibilidad de la acción que hace mención en forma específica a los pueblos indígenas (Art. 109).

El artículo 19 indica que en los procedimientos se tendrá en cuenta la diversidad étnica y cultural. Es una norma que se extiende a un universo amplio de casos aunque fue destinada, en primer lugar, a los pueblos indígenas.

Por su parte, el artículo 109 alude a las comunidades indígenas específicamente, estableciendo la aplicación directa del artículo 9.2 del C169, cuando se tratare de un hecho cometido por un miembro de un pueblo indígena. La norma estipula que *las autoridades y los tribunales llamados a pronunciarse sobre cuestiones penales deberán tener en cuenta las costumbres de dichos pueblos en la materia.*

La inclusión del artículo 109 (CPP) dentro de las reglas de disponibilidad de la acción, implica abordar la cuestión como si se tratara de la aplicación de un criterio de oportunidad, permitiendo la prescindencia total o parcial del ejercicio de la acción penal o su limitación, cuando el conflicto penal haya sido resuelto por los métodos y costumbres indígenas, siempre que no exista un interés público prevalente o una grave afectación al interés público.

El Art. 109, coherente con la estructura del código procesal que privilegia la resolución de los conflictos (Art. 17), abre las puertas al pluralismo jurídico avanzando, dentro de la legislación, en el reconocimiento de situaciones por lo general ajenas al paradigma jurídico imperante.

La posibilidad y opción procesal/sustancial de “extinción de la acción” penal que ofrece el artículo 109, cuando el conflicto penal ya ha sido resuelto en el ámbito indígena, contribuye a generar relaciones más simétricas entre el Estado y los pueblos indígenas al reconocer sus instituciones y sus autoridades.

Dentro de este marco normativo, el Ministerio Público Fiscal reconoce –limitadamente– la gestión de la conflictividad interna en las comunidades que habitan en la región de Pulmarí del Departamento Aluminé, zona oeste de la provincia, caracterizada por la presencia de precordillera y cordillera, y limítrofe con la República de Chile.

17 La información de este apartado fue extraída del “Informe preliminar sobre la situación de la justicia mapuche en las comunidades de Pulmarí”, de abril de 2015.

El Consejo Zonal Pewence (CZP) es el que conduce el proceso organizativo de las nueve comunidades mapuche que se ubican geográficamente en el Departamento. Compuesto por las autoridades políticas de cada comunidad (Logko, Inan Logko y Werken), el Consejo Zonal Pewence tiene un equipo técnico que se ocupa de colaborar con administración y gestión de la organización, mientras que las decisiones políticas quedan a cargo de las autoridades.

La Declaración de Pulmarí fue firmada el 29 de agosto de 2014 en la localidad de Aluminé, Provincia del Neuquén, por los representantes del Ministerio Público Fiscal de Neuquén, de la Corporación Interestadual Pulmarí y del Consejo Zonal Pewence. En la Declaración de Pulmarí los participantes declararon:

- Reconocer y respetar la identidad cultural de los pueblos indígenas neuquinos en la forma de resolver sus conflictos, dentro del marco de los Derechos Humanos y del ordenamiento jurídico vigente.
- Fomentar, a través de actividades conjuntas, el intercambio cultural.
- Rescatar y poner en valor las tradiciones y costumbres de los pueblos indígenas.
- Promover los métodos de resolución de conflictos basados en el diálogo y en el respeto mutuo.
- Coordinar acciones en conjunto para articular el abordaje de los conflictos.

Para efectivizar esta Declaración, el Fiscal General formuló la Instrucción General N° 6 a principios de septiembre de 2014. Los y las fiscales fueron instruidos para comenzar a aplicar la Declaración de Pulmarí para la resolución de casos penales con hombres y mujeres de las comunidades mapuche de Neuquén.

En la mencionada Resolución se establecieron los criterios para el reconocimiento de la gestión de la conflictividad en las comunidades indígenas, los que se detallan a continuación:

1. Debe tratarse de un conflicto que interese al derecho penal;
2. El conflicto debe involucrar solo a miembros de comunidades indígenas reconocidas por el Estado;
3. El hecho debe haber ocurrido únicamente en territorio reconocido de las comunidades indígenas;
4. El hecho no debe afectar gravemente el interés público o involucrar un interés público prevalente;
5. De aplicarse una sanción, la misma debe respetar los derechos humanos;
6. El conflicto debe ser resuelto o avalado por una autoridad legitimada por las comunidades indígenas.

Desde ya que esta instrucción general, si bien significa un avance con respecto al estado de situación del pluralismo jurídico en Argentina, no solo que tiene una eficacia estrictamente local, sino que es absolutamente acotada sustantivamente. En ese sentido, sus alcances son restringidos y está sujeta a la permanencia y discreción del Fiscal General.

En primer lugar, una instrucción general es una herramienta del Ministerio Público Fiscal para establecer determinadas políticas criminales. En ese sentido, el Fiscal General

determinó en 2014 que algunos delitos no serían perseguidos por el Estado si habían sido resueltos por las autoridades indígenas. Así, esta instrucción traduce un germen de pluralismo jurídico.

En segundo lugar, la vigencia de esta resolución está sujeta a la decisión del Fiscal, quien podría “darla de baja” cuando así lo disponga (forma parte de sus facultades); por otra parte, si este Fiscal es reemplazado, también puede suceder lo mismo con la instrucción general. Por lo tal, esta medida tiene una estabilidad relativa.

En tercer lugar, los delitos incluidos en la instrucción son aquellos menores (por ejemplo: problemas de linderos, lesiones leves, amenazas), algo así como la “hojarasca” del derecho penal; por lo cual, una de las razones de la reivindicación del pluralismo jurídico y de la administración de justicia propia, que no es otra que la reivindicación del derecho a la autonomía y a la libre determinación, queda socavado por un reconocimiento austero, menor que no respeta en su profundidad la diversidad con todo lo que ésta conlleva.

Por todo ello, si bien se destaca esta iniciativa como un paso adelante hacia el horizonte del respeto a la justicia indígena, no debe dejar de reconocerse que se presenta como un paso muy pequeño, cuando lo que se discute estructuralmente es la jerarquización de los pueblos indígenas como sujetos políticos. Sin embargo, a pesar de la austeridad del reconocimiento, vale la pena señalar que este tipo de iniciativas coloca el tema de la jurisdicción indígena en la agenda pública y judicial, y permite tener elementos para llevar adelante un debate que se presenta como ineludible para avanzar en la construcción de Estados igualitarios.

B. Guardia Comunitaria Washek. Pueblo Wichí. Provincia del Chaco

Éste es un caso reciente sobre el que se carece todavía de elementos para llevar adelante una evaluación más profunda. Es incierto si constituye una iniciativa genuina de las comunidades Wichí de la Provincia del Chaco, o si está promovida por actores externos, o si representa una conjunción de ambas posibilidades.

En la Provincia del Chaco coexisten diferentes pueblos indígenas. Es una región selvática conocida como “el impenetrable”, donde el avance de las actividades extractivas y del narcotráfico son presencia corriente. En este lugar, ante la ausencia del Estado, las comunidades indígenas se organizaron para proteger el hábitat. En ejercicio de su derecho a la libre determinación y autonomía, asumieron las funciones de seguridad y justicia, lo que provocó un enorme debate acerca de los límites de sus funciones (por ejemplo, si la guardia podía estar armada, cuáles eran los alcances de su intervención, etc.).

En este punto, merece la pena volver a examinar la organización federal del poder en Argentina. No sólo que los Estados provinciales gozan de cierta autonomía (con su propia legislación, como ya fue señalado) con respecto al Estado nacional, sino que dentro de las provincias también existen niveles de descentralización del poder, ya que los municipios tienen su normativa y gozan de cierta autonomía.

El caso que nos ocupa está en la localidad del Sauzalito, situada en el Departamento General Güemes de la Provincia del Chaco. En esta localidad, los concejales aprobaron una ordenanza (abril de 2019) que reglamenta la “Guardia Comunitaria y el Cuerpo de Bomberos del Pueblo Wichí del Impenetrable Chaqueño” a fin de asegurar la *“formación de un equipo de*

personas altamente capacitadas, con equipamiento tecnológico adecuado, al servicio de la prevención, la educación, el control y el mantenimiento de condiciones de seguridad urbana”.

Esta ordenanza, a la vez, distingue diferentes roles (jefe, vocero, etc.) atribuyéndole al jefe de la Guardia Comunitaria funciones como, entre otras, las de planificar, programar y disponer de los recursos necesarios para su intervención, así como elaborar planes de acción, confeccionar los procedimientos para trabajos de rutina, etc., y una serie de funciones definidas en el reglamento de la ordenanza. Así, establece:

Artículo 4: Serán funciones de la Guardia Comunitaria, entre otras:

1. *Recrear y difundir formas de comportamiento que promuevan los valores de seguridad, transitabilidad, libre esparcimiento, integridad de los bienes públicos, buena convivencia y de respeto del bien común.*
2. *Cuidar el mantenimiento del orden público en el territorio del municipio con el objeto de salvaguardar la seguridad de las personas y sus derechos.*
3. *Disuadir toda acción, sea individual o grupal, que implique o conlleve a una trasgresión de la normativa o del deber ser.*
4. *Aplicar y hacer cumplir la normativa vigente, en todo aquello que sea pertinente a la esfera de competencia municipal, al presentarse conductas que atenten contra la seguridad de las personas y/o bienes.*
5. *Garantizar el cumplimiento de las normativas y políticas de seguridad, utilizando a tal fin los medios más adecuados en consideración de cada caso en particular, tales como ser: educación, disuasión, persuasión, mediación; y, cuando corresponda, otras prácticas que involucren el ejercicio del poder de la Policía Municipal.*
6. *Prevenir, controlar y disuadir “en flagrancia” prácticas riesgosas en la vía pública o con características de peligrosidad que constituyan faltas y/o contravenciones, para lo cual podrá labrar Actas in situ, sin perjuicio de la posterior actuación de la autoridad competente.*
7. *Detectar la existencia de zonas o situaciones críticas que faciliten la comisión de hechos que hagan peligrar la paz social.*
8. *Interactuar con otros organismos, sean éstos públicos o privados, en la atención y resolución de situaciones conflictivas y/o de emergencia en base a procedimientos o protocolos preestablecidos para cada caso.*
9. *Asistir a los lugares de afluencia masiva de público con el objetivo de ordenar, prevenir disturbios y mantener las condiciones de convivencia.*
10. *Prevenir y asistir en forma primaria en caso de accidentes ecológicos, desastres naturales o catástrofes u otras situaciones de emergencia.*
11. *Proteger los bienes y espacios de la jurisdicción municipal, sean éstos públicos y/o privados, de posibles agresiones y/o deterioros.*
12. *Velar por la seguridad pública en los espacios comunes de recreación y esparcimiento (parques, plazas, paseos, etc.).*
13. *Recibir los reclamos y denuncias de los vecinos y darles el curso correspondiente.*
14. *Proporcionar apoyo a todo operativo de otras áreas municipales con el fin de hacer efectivo el poder de la Policía Municipal.*
15. *Ante la comisión de un hecho ilícito, y sin perjuicio de las facultades otorgadas por la legislación vigente, dar inmediato aviso a las autoridades pertinentes y/o requerir el auxilio de la fuerza pública, realizando la denuncia correspondiente.*

16. *La presente enunciación no es taxativa, debiéndose integrar con las establecidas en otras normativas y con las que oportunamente le asigne el Departamento Ejecutivo Municipal.*

La transcripción de esta norma obedece a la relevancia de su formulación y contenido. En primer lugar, le atribuye a una “institución indígena” las mismas funciones que una institución occidental; en otras palabras, concibe análogamente a la Policía Municipal. En segundo lugar, al incorporarla a la normativa municipal la convierten en una institución del Estado, sometida a sus propias reglas. En tercer lugar, la autonomía y libre determinación de las comunidades indígenas ceden frente a las exigencias y necesidades del Estado municipal.

Esta institución indígena que surge frente a las demandas comunitarias, y a su situación de despojo permanente a través del desmonte y de las graves consecuencias del narcotráfico, dan origen a una instancia “híbrida” que no se parece –al menos en una evaluación preliminar– a la construcción de un espacio intercultural.

Llama la atención que entre los principios rectores que rigen a la Guardia Comunitaria se encuentre el respeto a todo el ordenamiento jurídico vigente, a los símbolos patrios, a los límites de la propiedad (ya sea pública o privada). Está claro que lo que se pretende es, por una parte, asegurar “la unidad estatal”; por otra, suplir las deficiencias del Estado y sus ausencias con una iniciativa indígena que apunta a resguardar su propio territorio. Una Guardia Comunitaria, que tuvo su origen en la defensa territorial y ambiental, termina convirtiéndose en una policía municipal con excesivas funciones y con una reglamentación que nada tiene que ver con una organización propia.

En síntesis, deben usar uniformes, cumplir órdenes, seguir horarios y turnos, someterse a evaluaciones periódicas, etc. Todo lo cual convierte a la Guardia Comunitaria en un apéndice estatal, lo que cuestiona claramente la asunción de que estamos en presencia de un pluralismo jurídico. Las prohibiciones y obligaciones a las que está sometida la vincula, a su vez, a la cultura occidental.

Si bien la Guardia Comunitaria se presenta como una institución indígena de reciente existencia con características propias, asume un doble rol y presta servicios de justicia y seguridad. Su conformación y características son muy discutibles, y su proyección es difícil de pronosticar.

C. Consejo de Ancianos. Pueblo Diaguita. Amaicha del Valle, Provincia de Tucumán

Amaicha del Valle es una localidad de la Provincia de Tucumán que se encuentra organizada como comunidad indígena. Su cacique cumple, asimismo, el rol de delegado municipal, conjuga la autoridad tradicional con la autoridad del Estado. La comunidad es –junto con la Comunidad India Quilmes– reconocida a través de una Cédula Real de 1716. Su organización interna, la preservación de su cultura y la fortaleza de su institucionalidad le confiere características que son excepcionales en Argentina.

Por otra parte, la presencia del Estado en la zona es importante. Existen diferentes instancias estatales en la comunidad, desde escuelas hasta Juez de Paz. Asimismo, cuentan con delegaciones de la Seguridad Social de la Nación, técnicos de salud, presencia del servicio provincial de salud, etc. Desde hace un año se instaló un equipo interdisciplinario (abogada, trabajador social, médica, chofer), dependiente del Ministerio de Justicia y Derechos Humanos

de la Nación que presta servicios de justicia y de salud itinerante –ya que cuentan con una movilidad–, lo que ha fortalecido la presencia estatal¹⁸.

Dentro de este escenario, la comunidad indígena de Amaicha del Valle, en un proceso de recuperación institucional, se dio su propia constitución –la Constitución Política de la comunidad indígena de Amaicha del Valle–, que convive y coexiste con la Constitución de la Provincia de Tucumán y con la Constitución Nacional. Por otra parte, establece, junto con los principios rectores de la comunidad (que se extienden a los no comuneros¹⁹), un conjunto de sanciones para aquellos que cometan cualquier acto perjudicial para la comunidad y establece que el órgano de aplicación de las sanciones es el Consejo de Ancianos y la Asamblea General.

En el artículo 33 de la Constitución se establece cuáles son los actos que perjudican o dañan a la comunidad. Así, la apropiación de tierras comunitarias, la extracción, traslado y comercialización de especies vegetales, traslado y comercialización de árboles petrificados, la depredación de fauna autóctona, apropiación, desvío no autorizado de aguas comunitarias, contaminación o polución del medioambiente comunitario, excavaciones no autorizadas por el gobierno comunitario de ruinas arqueológicas.

El Consejo de Ancianos es “el órgano judicial” de la comunidad y está conformado por siete miembros mayores de 49 años que son elegidos por la Asamblea General. Entre sus atribuciones se encuentra la de cumplir y hacer cumplir las disposiciones de la Constitución Política y todas aquellas que forman parte del derecho indígena de la comunidad, llamado también derecho mayor.

Lo relevante de las prácticas de esta comunidad, para este trabajo en particular, tiene que ver fundamentalmente con la articulación que llevan adelante con instancias estatales; por otra parte, conviven tanto con un espacio propio de gestión de la conflictividad como con el reconocimiento de la importancia del servicio de justicia ordinaria para su comunidad. En ese sentido, el Cacique está impulsando, a través de tratativas con la Corte Suprema de Justicia de la Provincia de Tucumán, la creación de un juzgado de paz intercultural.

Por otra parte, el Cacique y las autoridades de la comunidad han abierto el diálogo con los fiscales con jurisdicción en la comunidad para acordar formas de coordinación que no ha sido posible plasmar en la legislación, pero que avanzan a través de acuerdos en los territorios entre los actores que tienen a su cargo la administración de justicia. En otras palabras, dado que las estructuras estatales son reacias a reconocer el derecho indígena, y dado también que es un dato de la realidad incuestionable, se ha optado por una vía pragmática de apelar al trabajo de los fiscales para que declinen impulsar la acción penal pública si el conflicto ya ha sido resuelto en el ámbito de la comunidad.

Concretamente, con respecto a la administración de justicia, el Consejo de Ancianos resuelve aplicando derecho propio sobre un conjunto de conflictos que tienen que ver, fundamentalmente, con problemas de tierras entre comuneros, con cuestiones de disputas por

18 Este servicio, denominado Centro de Acceso a la Justicia (CAJ) con servicio rural itinerante, cumple actualmente un rol importante de relacionamiento con las autoridades indígenas y traduce un escenario de diálogo intercultural que merece la pena destacarse.

19 En Amaicha –lo que es receptado en la constitución local–, para referirse a los miembros del pueblo indígena se utiliza el término “comunero”. Existen, entonces, comuneros y no comuneros. Asimismo, establecen otra distinción para aquellos miembros del pueblo que no viven en la comunidad. Por ello, se habla de comuneros residentes y comuneros no residentes.

el riego²⁰, casos de hurto entre familias comuneras, vandalismo, etc. Expresamente, y con la llegada a la comunidad de instancias que han fortalecido la presencia estatal, han dejado de lado cuestiones relativas a violencia de género, casos de homicidio y todo lo vinculado a niños y niñas.

Asimismo, en la actualidad, requieren del asesoramiento del Centro de Acceso a la Justicia (CAJ) en conflictos de tierras y en conflictos de familia. Si bien el Consejo de Ancianos es el que resuelve, requiere del asesoramiento del CAJ. Así, una vez presentado el caso, se elabora un dictamen por parte del CAJ que es analizado por el Consejo de Ancianos para llegar a una decisión.

Es interesante destacar este tipo de interacción para señalar que el Consejo de Ancianos está utilizando la presencia –y el trabajo– del CAJ estratégicamente. Como esta institución –y su estatus de autoridad tradicional– ha sido recuperada en el 2004, se vale de un servicio estatal para dotar de mayor respaldo a sus decisiones. En otras palabras, los miembros de la comunidad, por muchos años, han estado habituados a que la justicia ordinaria interviniera en sus conflictos.

Por los propios procesos de conquista, colonización y aculturación hasta no hace mucho tiempo atrás, las autoridades tradicionales no contaban con el mismo grado de fortaleza que hoy presentan. Esta fortaleza actual es también parte de un proceso que incluye, en el caso de la comunidad indígena de Amaicha del Valle, darse su propia Constitución, valorizar sus propias autoridades, rescatar su propio derecho.

Para ir recorriendo este camino, la comunidad ha seguido diferentes trayectos. En el caso de la asistencia del CAJ, su utilización por parte del Consejo de Ancianos ha generado un esquema de colaboración que no solo fortalece la administración de justicia indígena, sino que construye espacios de interlegalidad. En estos casos, el pluralismo jurídico se abre paso en contextos que no siempre son sensibles a estas realidades.

Estas tres experiencias señaladas presentan denominadores comunes y algunas diferencias con respecto a las articulaciones y tensiones entre jurisdicciones diversas. Así, mientras alrededor de las comunidades indígenas que viven en Pulmarí existe una instrucción general del Fiscal que respalda su gestión de la conflictividad, en el caso de Amaicha del Valle no existe marco normativo, pero sí una experiencia cotidiana de coordinación con los operadores de justicia.

Por otra parte, en cuanto a la Guardia Comunitaria del pueblo Wichí el contexto normativo del Estado municipal les permite tener una cobertura frente a su accionar, aunque ello se da a costa de diluir su propia especificidad. En definitiva, la articulación con la jurisdicción ordinaria se vuelve inevitable y cada una de estas experiencias así lo acredita. Todas apuntan a alcanzar una convivencia pacífica con las instancias estatales a la par que requieren de reconocimiento para que puedan llevar adelante sus líneas de acción sin generar rechazos e, incluso, persecuciones.

Las tres experiencias descriptas demuestran las posibilidades del pluralismo jurídico en Argentina. Pero, asimismo, dan cuenta de las dificultades del ejercicio del derecho al derecho propio al interior de un Estado, cuyas estructuras siguen siendo profundamente monoculturales.

20 En Amaicha del Valle el agua es un bien escaso. Su uso está estipulado a través de “turnos para el riego”. Muchas veces existen disputas por dichos turnos, cuestionamientos alrededor del tiempo asignado para el uso del agua, etc.

V. Razones del desconocimiento de derechos

Llegado a este punto, es pertinente preguntarse por las razones que dan lugar al desconocimiento recurrente de los derechos indígenas, en particular el derecho a su propio derecho. Si bien estas preguntas no tienen una sola respuesta, es posible identificar, tentativamente, un conjunto de motivos que explicarían que, ya bien entrado el siglo XXI, siga debatiéndose estos derechos ya vigentes y vulnerados por el propio Estado que ratificó el C169 y que suscribió las declaraciones de Naciones Unidas y de la OEA.

1. *Racismo y Discriminación.* Sobrevive intacta en muchos sectores de la población –y dentro de nuestro Poder Judicial– la idea de que es impensable que los pueblos indígenas puedan tener su propia justicia. Siglos de subvaloración, de negación del otro, de rechazo de la diferencia han gestado una mirada sobre “lo indígena” que es profundamente negativa. Para esa mirada, las autoridades indígenas nunca podrían estar a la altura de resolver un conflicto porque no son capaces de llevarlo adelante y porque debe existir “una única justicia”. La homogeneización y la monoculturalidad se imponen.
2. *Fragmentación estatal.* Sigue insistiéndose en el contexto político de Argentina que la efectivización de los derechos indígenas significa una suerte de secesión estatal y de surgimiento de un nuevo Estado indígena. En Argentina sigue discutiéndose en estos términos, hasta el punto de confundir conceptos relevantes para la teoría política como lo son Estado y nación, y la creencia –muchas veces malintencionada– de que la reivindicación territorial, sumada a los derechos lingüísticos, al derecho a conservar sus instituciones, al derecho a su justicia, conllevan inevitablemente a la conformación de un Estado diferente.
3. *Justicia indígena y Derechos Humanos.* El prejuicio extendido de que la justicia indígena vulnera derechos humanos fundamentales también encuentra arraigo en el imaginario jurídico argentino. No solo se piensa que se permiten “actos aberrantes” en las comunidades indígenas como parte de su cultura (por ejemplo, abusos sexuales), sino que sus castigos no serían compatibles con la vigencia de los derechos humanos fundamentales (por ejemplo, castigos corporales). Merece la pena señalar que existe un enorme desconocimiento sobre la forma en que se resuelven los conflictos dentro de las comunidades indígenas. La documentación es escasa y los trabajos etnográficos no son abundantes, lo que fortalece un prejuicio basado en el racismo.
4. *Igualdad ante la ley.* Este principio, distorsionador del contenido de un auténtico principio de igualdad, se utiliza habitualmente para denegar los derechos indígenas, afectando también el pluralismo jurídico. Existe una sola ley en el país y el reconocimiento de derechos diferenciados –entre ellos el derecho al derecho propio– afecta uno de los puntales sobre el que se estructuró nuestro Estado democrático y republicano. Muchas de las sentencias en Argentina apelan a este supuesto, pero no lo interpretan de modo tal de tratar diferente al que lo es, cuando entenderlo de este modo es clave para una adecuada comprensión del principio de igualdad.
5. *Limitaciones del alcance de la jurisdicción indígena.* En las pocas excepciones en que se reconoce el derecho indígena, como son los casos analizados en este trabajo, los límites a su ejercicio son evidentes. En el caso de Pulmarí solo pueden resolver sobre cuestiones menores; en el caso de Amaicha se autolimitan, excluyendo casos de homicidios y violencia

de género; en el caso de la Guardia Comunitaria Wichí deciden regirse por una ordenanza del municipio. En todos estos casos, se advierte una notable restricción al derecho a su autonomía y al principio de libre determinación que debe regir los destinos de los pueblos indígenas.

VI. Agenda política de los pueblos indígenas en Argentina

El reconocimiento de pluralismo jurídico, y por ende de su derecho propio, no forma parte de las prioridades de la agenda política de los pueblos indígenas en Argentina, en la medida en que las necesidades urgentes que los atraviesan tienen que ver, primordialmente, con los derechos territoriales (posesión y propiedad comunitaria de las tierras) y con la gestión de los recursos naturales, de acuerdo a nuestra Constitución.

Es entendible que ésta sea la situación en el marco de las posibilidades de la lucha política por el territorio y de la lucha por la sobrevivencia como pueblos. Sin embargo, cada vez más se discute sobre lo que significa la recuperación de la institucionalidad indígena y las posibilidades de fortalecer su estatus de sujeto colectivo político con el reconocimiento de sus facultades de gestionar —a través de sus propias autoridades— su conflictividad.

La administración de justicia es clave para los pueblos indígenas. En Argentina, la judicialización, cada vez más frecuente de casi todos los conflictos —que muchas veces traducen la vulneración de los derechos indígenas—, obliga a la justicia ordinaria a tener presente el material normativo específico, la existencia de derechos diferenciados, la doctrina y jurisprudencia vigentes. Con sus decisiones podría generar una jurisprudencia sólida que contribuya a la consolidación de un estatus jerarquizado de los pueblos indígenas y a gestar una relación más simétrica con el Estado.

Por otra parte, la situación de vulnerabilidad de las comunidades indígenas en Argentina las obliga a privilegiar sus demandas por territorio, defenderlos de las actividades extractivas, reclamar por el cumplimiento del derecho a la Consulta y al Consentimiento Previo, Libre e Informado; lo cual, muchas veces no deja espacio para la reivindicación y la lucha por otros derechos. En el caso de la jurisdicción indígena, actualmente no forma parte del centro de sus luchas.

Sin embargo, cabe hacer notar que las comunidades indígenas, progresivamente, tienen mayor claridad sobre la relevancia de este reconocimiento puntual. Si bien en Argentina parece lejos todavía el momento de una instrumentación real, más allá de su vigencia como un derecho reconocido, lo cierto es que políticamente es relevante generar un estado de situación para que se incorpore en el debate y en las agendas públicas.

Las proyecciones del pluralismo jurídico en Argentina son inciertas. El goce efectivo de los derechos territoriales se encuentra todavía muy lejos en el horizonte y los mecanismos estatales no parecen dispuestos a incorporar diseños que abonen el respeto a una multiplicidad de sistemas de justicia. Por el contrario, el rechazo a “lo indígena” encuentra recepción en buena parte de la sociedad que o bien desconoce profundamente la existencia de pueblos indígenas en el país o consideran anacrónico el hecho mismo de su reivindicación como pueblos, en pleno siglo XXI.

La doctrina y la jurisprudencia, en el campo jurídico, no contribuyen a la transformación de esta situación. La doctrina no avanzó demasiado para instalar discusiones alrededor de la jurisdicción indígena. Los constitucionalistas no le han dedicado mayor atención al inciso del artículo constitucional que recepta los derechos indígenas y la especialización en la materia sigue siendo una excepción en ámbitos donde todo lo relativo a pueblos indígenas forma parte de “una nota de color”.

La jurisprudencia alrededor de los derechos indígenas, en general, es austera. Si bien existen decisiones judiciales protectoras de derechos indígenas, se concentran principalmente en la jurisprudencia provincial. Los fallos de máxima instancia, los que surgen de la Corte Suprema de Justicia de la Nación (Ramírez, 2019), son escasos y ambivalentes, y no se caracterizan por atribuir importancia al debate hermenéutico sobre sus derechos.

Finalmente, la jurisprudencia sobre disputas alrededor de la jurisdicción indígena es prácticamente inexistente. Pueden rastrearse algunos fallos en las provincias²¹ que se abstienen de aplicar justicia ordinaria, pero no existen sentencias en el nivel de las instancias superiores que al menos se planteen la vigencia de la jurisdicción indígena.

VII. Conjeturas como cierre

Una de las razones que justifican la existencia del Estado es la centralización de la administración de justicia. En ese sentido, y en los casos más sensibles, el monopolio del ejercicio de la violencia –la administración del castigo– sigue siendo un elemento clave para explicar las instancias estatales y para dar razones de su diseño y funcionamiento.

La emergencia de la jurisdicción indígena, como constatación de la coexistencia de múltiples sistemas de justicia en el mismo espacio geopolítico, interpela fuertemente a los modelos estatales, gestando ya sea nuevas formas de estatalidad o generando rechazos que consolidan posturas conservadoras que son refractarias de plano a cualquier atisbo de gestión de la conflictividad por fuera del esquema de administración de justicia ordinaria, ciñéndose a una estructura estatal clásica.

En Argentina, un país federal que descentraliza territorialmente el ejercicio del poder, la admisión de la jurisdicción indígena debería generar un planteo de nociones básicas como son “la soberanía”, “el tipo de federalismo”, la construcción de interculturalidad y una comprensión elemental del alcance de los derechos indígenas hoy vigentes.

La transformación de la matriz estatal está lejos de ser una realidad en el mediano plazo. Otros problemas más urgentes, crisis económicas, socavamiento de las instituciones básicas del Estado, falta de credibilidad de la clase dirigente –fenómenos no solo argentinos, sino que afectan el espectro global– desplazan el foco y no generan atención ni problematizan las demandas indígenas, salvo coyunturalmente cuando alguna reivindicación provoca la reacción de las fuerzas de seguridad y, por ende, se dan hechos de violencia.

21 La sentencia dictada en 1999 por el Tribunal Superior de Justicia de la Provincia del Neuquén, en los autos “Puel, Raúl s/ daño”(expediente No. 228, año 1998), declaró no punible el hecho de extraer estacas demarcatorias de la propiedad de un particular por parte de un miembro de una comunidad indígena.

En este escenario, y de cara al futuro, no existen razones para suponer que el pluralismo indígena ingresará al conjunto de temas relevantes. Antes bien, a su invisibilización por las circunstancias señaladas se le suma la carencia de urgencia para ocuparse del tema y la falta de movilización por parte de las organizaciones y comunidades indígenas para que este derecho sea respetado. El pluralismo jurídico en Argentina forma parte de una ausencia constitucional, de una ausencia judicial y también de una ausencia en las agendas políticas tanto del Estado como de las organizaciones indígenas.

Bibliografía

Choque, M. E.

2012 *La marka rebelde: comunidades de Jesús de Machaca* en Santos, Boaventura de Sousa; Exeni Rodríguez, José Luis, *Justicia indígena, plurinacionalidad e interculturalidad en Bolivia*. La Paz, Bolivia: Fundación Rosa Luxemburg

Lenton, D.

2012 *La “cuestión de los indios” y el genocidio en los tiempos de Roca: sus repercusiones en la prensa y la política* en Bayer, Osvaldo (Coordinador), *Historia de la crueldad argentina. Julio A. Roca y el genocidio de los Pueblos Originarios*. Buenos Aires, Argentina: RIGPI.

Ramírez, S.

2004 Diversidad y Derechos Humanos - Un Desafío para la Administración de Justicia Penal. Revista Aportes Andinos. Recuperado de www.uasb.edu.ac

2006 *La Guerra silenciosa. Despojo y resistencia de los Pueblos indígenas*. Buenos Aires, Argentina: Capital Intelectual.

2013 *Constitucionalismo y Derechos de los Pueblos indígenas*, Colección Facultad de Derecho, Serie Derecho Constitucional y Teoría del Estado. Buenos Aires, Argentina: Editorial La Ley.

2014 *Nuevos paradigmas estatales para el fortalecimiento del pluralismo jurídico. La justicia indígena en un nuevo modelo Estatal*, en Convenio 169 de la OIT. Los desafíos de su implementación en América Latina a 25 años de su aprobación, IWGIA.

2015 *Matriz Constitucional, Estado intercultural y Pueblos indígenas*, Colección Derechos de los Pueblos indígenas. Buenos Aires, Argentina: Editorial AD HOC.

2018 *Pluralismo Jurídico en el siglo XXI: ¿Nuevas formas de Estado?* En Ledesma Narváez Marianella (Coordinadora), *Justicia e Interculturalidad, análisis y pensamiento plural en América y Europa*. Lima, Perú: Centro de Estudios Constitucionales, Tribunal Constitucional de Perú.

2018 *La justicia indígena y la justicia ordinaria frente a los conflictos civiles. Camino para su articulación*. Santiago de Chile, Chile: Centro de Estudios de Justicia de las Américas (CEJA).

2019 *Los alcances del derecho a la autonomía: Autonomía personal vs. autonomía colectiva. El derecho a la autonomía de los pueblos indígenas*, en Iosa, Juan (Coordinador). Artículo 19 en la Constitución. Buenos Aires, Argentina: Rubinzal Culzoni Editores.

- 2019 *Los pueblos indígenas en las decisiones de la CSJN Presidencia Lorenzetti. Un reconocimiento moderado (atenuado) de los derechos indígenas* en Gaido, P.; Clérico, Laura, La Corte y sus presidencias. Buenos Aires, Argentina: AD HOC Editores.
- Sieder, R.
2007 *Derechos indígenas, reformas multiculturales y globalización legal: ¿La construcción del “Estado de Derecho en Guatemala?”* en Palacio, J. M. y Candiotti M. (Editores). *Justicia, Política y Derechos en América Latina*. Buenos Aires, Argentina: Prometeo Libros.
- Sieder, R. y Flores, C.
2011 *Autoridad, Autonomía y Derechos indígenas en la Guatemala de Posguerra*. Ciudad de Guatemala, Guatemala: F/G Editores.
- 2012 *Dos justicias: coordinación interlegal e intercultural en Guatemala*. Ciudad de Guatemala, Guatemala: F/G Editores.
- Yrigoyen Fajardo, R.
1999 *Pautas de coordinación entre el derecho indígena y el derecho estatal*. Ciudad de Guatemala, Guatemala: Fundación Myrna Mack.
- 2010 *A los veinte años del Convenio 169 de la OIT: Balance y retos de implementación de los derechos de los pueblos indígenas en Latinoamérica* en Yrigoyen Fajardo, R. (Editora). *Pueblos indígenas. Constituciones y Reformas Políticas en América Latina*. Lima, Perú: Instituto Internacional de Derecho y Sociedad.

La relación entre la justicia indígena y la justicia ordinaria en Bolivia

Farit Limbert Rojas Tudela¹

Resumen

La relación entre la justicia indígena y la justicia ordinaria se encuentra mediada por el Tribunal Constitucional Plurinacional a través de las sentencias y declaraciones constitucionales. Este ensayo describe las reformas que en materia de justicia indígena ha introducido la Constitución Política del Estado del año 2009, la legislación secundaria al respecto y la jurisprudencia del Tribunal Constitucional Plurinacional sobre el tema, con lo cual se pretende tener un panorama de la coordinación, cooperación y tensión entre ambas jurisdicciones.

I. Introducción

Una de las múltiples características que tiene el pluralismo jurídico, establecido en la Constitución boliviana, es la declaración de igualdad jerárquica entre la jurisdicción ordinaria y la jurisdicción indígena originaria campesina. Es decir que la jurisdicción indígena originaria campesina ingresa en una condición igualitaria en la función judicial única.

Entonces, se está delante de un planteamiento igualitario de jurisdicciones cuando la jurisdicción ordinaria no se reserva la facultad de determinar unilateralmente la legitimidad y el ámbito de los demás sistemas de derecho reconocidos, y se está delante de un planteamiento

¹ Abogado, filósofo, Máster (M.Sc.) en Investigación Social por el Programa de Investigación Estratégica de Bolivia (U-PIEB) y Doctor (Ph.D.) en Ciencias del Desarrollo bajo la mención “Justicia” del CIDES (Bolivia) y de la UNAM (México). Ha sido investigador del proceso constituyente boliviano en el proyecto “Enciclopedia Jurídico Constitucional” llevado a cabo entre la Universidad Católica Boliviana “San Pablo” y la Vicepresidencia del Estado. También ha sido investigador del Centro de Investigaciones Sociales (CIS) y director de esta institución entre los años 2017-2018. Actualmente es profesor de Teoría general del derecho y pluralismo jurídico, así como de Técnicas de investigación social en la Facultad de Derecho y Ciencias Políticas de la Universidad Mayor de San Andrés; asimismo, es profesor de Literatura y Filosofía en la Facultad de Humanidades de la misma universidad.

unitario cuando el derecho estatal o un órgano del mismo, de manera unilateral, determina la legitimidad y el ámbito de aplicación de los otros sistemas de derecho.

Por lo señalado, se puede decir que el pluralismo jurídico en Bolivia es igualitario en la base, en tanto hay una igualdad jerárquica de jurisdicciones; es decir, que las resoluciones de una jurisdicción no pueden ser revisadas ni cuestionadas por la otra; sin embargo, es unitaria en la cúspide porque los conflictos entre la jurisdicción indígena originario campesina y la jurisdicción ordinaria son resueltos por el Tribunal Constitucional Plurinacional (TCP), conforme a lo dispuesto en el numeral 11 del artículo 202 de la Constitución Política del Estado (CPE).

Sin embargo, el TCP no puede equipararse a un órgano que de manera unilateral determine la legitimidad o no legitimidad de la jurisdicción indígena originario campesina, en tanto debe repararse en la condición de *plurinacionalidad* del TCP; es decir, no solo está conformado por magistrados de los sistemas ordinario e indígena originario campesinos, conforme lo señala el artículo 197 de la CPE, sino que además tiene la posibilidad de crear un derecho constitucional plurinacional que posibilite el diálogo entre saberes y jurisdicciones en la búsqueda no solo de interpretaciones interculturales de los derechos, sino de la posibilidad de crear en sí un nuevo derecho plurinacional.

El carácter igualitario de la jurisdicción indígena originario campesina se justifica en el derecho a la libre determinación establecido en el artículo 2, asimismo en el derecho de las naciones y pueblos indígena originario campesinos al ejercicio de sus sistemas políticos y sus sistemas jurídicos, conforme a lo establecido en el artículo 30 de la CPE, además de lo señalado en la normativa internacional de derechos de los pueblos indígenas, como el Convenio 169 de la OIT y la Declaración de Naciones Unidas sobre el Derecho de los Pueblos Indígenas.

Sin embargo, la característica igualitaria no debe entenderse en el sentido de que la jurisdicción indígena originario campesina sea otra justicia separada de la ordinaria sino que, conforme a lo dispuesto en el parágrafo III del artículo 192, deben desarrollarse mecanismos de cooperación y coordinación entre jurisdicciones, no sólo entre la jurisdicción ordinaria y la indígena sino entre éstas y la agroambiental.

El presente ensayo pretende mostrar un panorama de la coordinación, cooperación y tensión entre jurisdicciones que el Tribunal Constitucional Plurinacional ha determinado por medio de sus sentencias y declaraciones.

II. La relación entre la justicia indígena y la justicia ordinaria y la jurisprudencia del Tribunal Constitucional Plurinacional

La Constitución Política del Estado (CPE) boliviana en su artículo 1 señala que Bolivia se constituye en un Estado Plurinacional, mismo que se funda en la pluralidad y el pluralismo jurídico.

Como lo ha desarrollado el Tribunal Constitucional Plurinacional en su Sentencia SCP 206/2014 de 5 de febrero de 2014:

Lo “plurinacional”, es instituido por el constituyente con el objetivo de constituir una sociedad plural y descolonizada, reconstitutiva de la armonía y el equilibrio perdido milenariamente. Para ello ha instituido principios y valores plurales, y ha establecido la conformación del Estado con base a la

existencia precolonial de las naciones y pueblos indígena originario campesinos. En consecuencia, la constitución plurinacional del Estado, vinculado a la lucha y resistencia anticolonial de las naciones originarias, implica la necesaria “reconstitución” de las naciones precoloniales mediante el ejercicio igualitario de sus sistemas económicos, políticos, jurídicos, culturales y lingüísticos propios; elementos que a su vez, sustentan la “descolonización” sobre la que se cimenta en Estado “Plurinacional”.

Fuente: SCP 206/2014

El artículo 2 de la CPE reconoce la existencia precolonial de las naciones y pueblos indígena originario campesinos y garantiza su libre determinación que consiste en los derechos a la autonomía, al autogobierno y al reconocimiento y ejercicio de sus instituciones propias.

La libre determinación es concebida no solo como un derecho, sino como una de las “bases fundamentales del Estado”, no por el lugar que ocupa el artículo 2 en la estructura del texto constitucional², sino porque la libre determinación es la condición de posibilidad del ejercicio de una serie de derechos y facultades como la administración de su propia justicia. Es más, las sentencias del Tribunal Constitucional Plurinacional determinan los derechos de los pueblos indígenas a partir del “principio” de la libre determinación como lo manifiestan las sentencias SCP 1624/2012, SCP 0037/2013, SCP, SCP 0764/2014, SCP 722/2018-S4, entre otras. Veamos, como ejemplo, lo señalado en la SCP 0037/2013 de 4 de enero de 2013:

[E]s posible concluir que del derecho a la libre determinación de los pueblos indígena originario campesinos reconocido en la Ley Fundamental y los instrumentos internacionales, se desprende y fundamenta el reconocimiento de los sistemas normativos de los pueblos indígena originario campesinos, de sus instituciones propias y sus procedimientos, por ende, el ejercicio de jurisdicción por parte de las autoridades indígenas, a través de sus procedimientos e institución propias y bajo sus sistemas normativos. En cuyo contexto, los pueblos indígena originario campesinos, en ejercicio de su derecho a la libre determinación, tienen derecho a resolver sus conflictos internos de acuerdo con sus normas, procedimientos e instituciones, los que en el marco del Estado Plurinacional, son reconocidos con igual valor jurídico, de tal forma cuentan también con la facultad de hacer cumplir sus resoluciones y hacer valer sus decisiones frente a los demás órganos e instituciones estatales, entre ellos, las autoridades de otras jurisdicciones.

Fuente: SCP 0037/2013

Cabe destacar que en el proceso constituyente (2006-2009) el artículo 2 de la CPE en realidad se presentaba como el artículo 1, es decir, el texto constitucional abría con esta declaración de “algo

2 El artículo 2 se encuentra en el Capítulo I (Modelo de Estado) del Título I (Bases fundamentales del Estado) que se encuentra en la Primera Parte de la Constitución Política del Estado (Bases Fundamentales del Estado, derechos, deberes y garantías). Esta referencia es central a momento de realizarse una interpretación de un artículo, pues la interpretación trata de atribuir a un término o a un conjunto de términos un significado que sea coherente con el cuerpo normativo al que pertenece. Pero la libre determinación, categoría central en la redacción del artículo 2, no solo es una base fundamental del Estado, sino que es también concebida como un derecho en el numeral 4 del párrafo II del artículo 30 de la Constitución Política del Estado boliviano.

previo” que permite a Bolivia ser plural³. Este “algo previo” son los pueblos indígenas y que por esta condición de “algo previo” poseen el derecho a la autodeterminación o libre determinación⁴.

Una de las erróneas interpretaciones, de las varias que se han llevado a cabo con el texto constitucional, ha señalado que la Constitución Política del Estado en su artículo 5 determina la existencia de 36 naciones⁵, siendo que este artículo se refiere a los idiomas de las naciones y

3 La Asamblea Constituyente boliviana se desarrolla entre los años 2006 y 2007. Para la redacción de los contenidos del proyecto de Constitución, los constituyentes de la fuerza mayoritaria (del partido político del Movimiento al Socialismo) toman como base de su trabajo la propuesta de texto constitucional de las organizaciones del Pacto de Unidad. En la referida propuesta, el texto constitucional se iniciaba con este artículo que reconocía la existencia precolonial de los pueblos indígenas. Una puntualización más, una vez culminado el trabajo de los constituyentes en diciembre de 2007, el proyecto de texto constitucional pasó a una revisión en el H. Congreso de la República que concluyó en octubre de 2008, siendo convocado un referéndum para la aprobación del proyecto de Constitución para enero de 2009, por ello caracterizamos el proceso constituyente entre los años 2006 y 2009, bajo el criterio de que el poder constituyente no se agota en sus representantes, sino que se encuentra en el pueblo mismo que expresó su aceptación al texto constitucional en enero de 2009. Antonio Negri (1994), en el estudio titulado “Poder Constituyente, ensayo sobre las alternativas de la modernidad”, señala que el poder constituyente rehúye a la representación y no habita en los representantes de una Asamblea Constituyente, sino en la fuerza (en el poder mismo) constituyente de la población. Siguiendo a Negri, consideramos que un proceso constituyente es algo más complejo que la sola participación de representantes en una asamblea; se trata, en nuestra perspectiva, de una potencia colectiva que no admite representación. Para una mayor referencia véase el prólogo de mi autoría sobre la relación del poder constituyente en la versión de Negri y el proceso constituyente boliviano, en el libro de Raúl Prada (2008) que puede ser consultado en la Biblioteca CLACSO en <http://biblioteca.clacso.edu.ar/clacso/coediciones/20100610094301/prada.pdf>, visitado el 30 de septiembre de 2019.

4 El artículo 3 de la Declaración de las Naciones Unidas sobre los Derechos de los Pueblos Indígenas señala: “Los pueblos indígenas tienen derecho a la libre determinación”. La versión del mismo Art. 3 de esta declaración, pero en idioma inglés, señala: “Indigenous peoples have the right to self-determination”. Quienes tradujeron “self-determination” por “libre determinación” podrían haber optado por “autodeterminación”. En algunos textos que analiza la declaración referida se usa tanto autodeterminación como libre determinación como si se tratase de sinónimos. Sin embargo ¿no encierra una mayor potencia el concepto de autodeterminación que el de libre determinación? La palabra “autodeterminación” hace referencia a una facultad interna del mismo ente que la posee; es decir, es una facultad que se ejerce y no un derecho concedido, pues en este caso sería el pueblo indígena el que se autodetermina por sí mismo sin la necesidad de un permiso por parte de algún otro. En su lugar, la “libre determinación” podría comprenderse como un derecho concedido; es decir, un derecho que se ejerce en los márgenes de la legalidad de un Estado. Esta diferencia podría ser esencial. Si nos atenemos a lo dispuesto por el Art. 2 de la CPE boliviana, la libre determinación se la reconoce “en el marco de la unidad del Estado” y “conforme a esta Constitución y la ley”. El hecho de que sea conforme a la CPE es un reconocimiento en la norma fundamental del Estado, pero el hecho de que sea “conforme a la ley”; es decir, que exista una reserva legal, nos coloca delante de una limitación legislativa, en tanto la ley es un instrumento producido por el Órgano Legislativo. Cabe recordar que en la propuesta del Pacto de Unidad, en la que se basó el constituyente, se señalaba lo siguiente: “Esta Constitución respeta y constitucionaliza la preexistencia de las naciones y pueblos indígenas originarios y afrodescendientes, el dominio ancestral sobre sus territorios y garantiza su libre determinación que se expresa en la voluntad de conformar y ser parte del Estado Unitario Plurinacional Comunitario, y en el derecho a controlar sus instituciones, al autogobierno, a desarrollar su derecho y justicia propia, su cultura, formas de vida y reproducción, al derecho a reconstituir sus territorios y al derecho a definir su desarrollo con identidad”. La propuesta no contenía la reserva de ley y recuperaba la idea de una voluntad de los pueblos indígenas para conformar y ser parte del Estado; es decir, una idea más cercana a la autodeterminación que a la libre determinación.

5 Son variadas las interpretaciones de este tipo. Para muestra véase la referencia al periódico de circulación nacional llamado “Opinión” en <https://www.opinion.com.bo/articulo/bolivia-194-anos-las-36-naciones-de-bolivia/20130806020300444625.amp.html>, visitado el 30 de septiembre de 2019.

pueblos indígena originario campesinos; es decir, solo los idiomas y no los pueblos, ni siquiera que todos estos pueblos sean considerados naciones. El Tribunal Constitucional Plurinacional (TCP) realizó esta aclaración en su Sentencia SCP-0007/2019 de 13 de febrero de 2019 en la que señala:

De acuerdo a los datos otorgados por el Instituto Nacional de Estadística (INE) sobre el Censo de Población y Vivienda del 2012, dio como resultado del ejercicio del derecho a la autoidentificación cultural, del total de declaraciones de pertenencia a Naciones y Pueblos Indígena Originario Campesinos (NPIOC), se tiene un número de ciento veintidós pertenencias culturales declaradas, datos que todavía no fueron analizados cualitativamente por las instituciones competentes a fin de determinar el número de identidades culturales existentes en el Estado Plurinacional de Bolivia; sin embargo, la cifra nos da una idea de la gran diversidad cultural que existe, más allá de las treinta y seis naciones o culturas que se asumen de una errada lectura del Art. 5 de la CPE, puesto que, la citada disposición constitucional refiere a los idiomas oficiales y no así al número de naciones en el Estado.

Fuente: SCP-0007/2019

Entonces, hay una variedad de pueblos indígenas y, en consecuencia, una variedad de sistemas normativos que fundamentan el pluralismo jurídico reconocido de manera transversal en la Constitución Política del Estado (CPE), en particular en los artículos 1 y 178.

Conforme a lo dispuesto en el numeral 14 del artículo 30 de la CPE, uno de los derechos de los pueblos indígena originario campesinos es el ejercicio de sus sistemas jurídicos conforme a su cosmovisión y sustentado en la libre determinación, como lo señala la Sentencia SCP 0037/2013 referida anteriormente y con mayor precisión en la Sentencia SCP 1624/2012 de 1 de octubre de 2012 que señala:

Los Pueblos y Naciones Indígena Originario Campesinos, caracterizados por los elementos de cohesión colectiva (...) como una manifestación del principio de libre determinación, del derecho a su libre existencia y en armonía con los principios de pluralismo, interculturalidad y descolonización, tienen el derecho fundamental al ejercicio y administración de su justicia en el marco de sus normas y procedimientos, los cuales, tal como se dijo en el Fundamento Jurídico VI.1 de la presente Sentencia, constituyen fuente directa de derecho.

Fuente: SCP 1624/2012, reiterada en 722/2018-S4 (el subrayado es nuestro)

Debe precisarse que el nombre “indígena originario campesino” se presenta así, sin comas; es decir, como una sola categoría que resume tres de las maneras en las que se llamó a los pueblos indígenas en Bolivia. Lógicamente se los llamó indígenas, pero también se los llamó originarios y en una etapa de la historia de Bolivia que buscó eliminar las clasificaciones racistas y discriminadoras, se los llamó campesinos. En el proceso constituyente boliviano (2006-2009), los mismos pueblos indígenas propusieron este nombre en el documento del Pacto de Unidad⁶. También debe precisarse que, conforme al artículo 3 de la CPE, el pueblo

⁶ El Pacto de Unidad fue una organización *sui generis* (única en su clase) que estaba compuesta, en mayo de 2007, por las principales organizaciones sociales de Bolivia: la Confederación Sindical Única de Trabajadores

boliviano está compuesto por las y los bolivianos, las naciones y pueblos indígena originario campesinos, las comunidades interculturales y los afrobolivianos. Una composición compleja que cortocircuita la idea de un Estado-nación y habilita la idea de un Estado Plurinacional.

Bajo este entendido, la CPE señala, en su artículo 178, que la potestad de impartir justicia emana del pueblo boliviano; es decir, de este pueblo plural y se sustenta en una serie de principios, entre ellos el de pluralismo jurídico. Asimismo, en el artículo 179 de la CPE se precisa la existencia de la jurisdicción indígena originaria campesina, como parte de la función judicial, bajo el ejercicio de las autoridades indígenas y gozando de igual jerarquía que la jurisdicción ordinaria, lo cual da a entender que no existe la posibilidad de que la jurisdicción ordinaria revise las resoluciones de la jurisdicción indígena originaria campesina, lo cual habilita al control de constitucionalidad de las decisiones de la jurisdicción indígena originario campesina.

El párrafo I del artículo 191 señala que la jurisdicción indígena originario campesina se fundamenta en un vínculo particular de pertenencia de las personas que son miembros de la respectiva nación o pueblo indígena originario campesino. Este vínculo de pertenencia se encuentra en relación a lo establecido en párrafo I del artículo 30 de la CPE que señala que es nación y pueblo indígena originario campesino toda colectividad humana que comparta identidad cultural, idioma, tradición histórica, instituciones, territorialidad y cosmovisión, cuya existencia sea anterior a la invasión colonial española. Sin embargo, el Tribunal Constitucional Plurinacional ha realizado una aclaración necesaria sobre el sujeto de la jurisdicción indígena originaria campesina en su Sentencia SCP 1422/2012 de fecha 24 de septiembre de 2012. Esta aclaración se da en los siguientes términos:

[D]ebe precisarse además que en el contexto de las naciones y pueblos indígena originario campesinos, su estructura organizativa por razones también de orden socio-histórico, podría estar compuesta por organizaciones campesinas, juntas vecinales u otras modalidades organizativas que reflejen un proceso de mestizaje vivido en el país, en estos casos, el reconocimiento de derechos colectivos como naciones y pueblos indígena originario campesinos, responderá a la concurrencia de cualquiera de los elementos de cohesión colectiva descritos supra, es decir, a la existencia de identidad cultural, idioma, organización administrativa, organización territorial, territorialidad ancestral, ritualidad y cosmovisión propia, entre otras; por tanto, a pesar de la influencia de elementos organizativos propios de un proceso de mestizaje, en la medida en la cual se identifique cualquiera de los elementos de cohesión colectiva antes señalados, la colectividad será sujeta de derechos colectivos y le serán aplicables todos los efectos del Art. 30 en sus dos párrafos de la

Campesinos de Bolivia (CSUTCB) llamada “la única”, la Confederación Sindical de Comunidades Interculturales de Bolivia (CSCIB), la Confederación Nacional de Mujeres Campesinas Indígenas Originarias de Bolivia “Bartolina Sisa” (CNMCIQB-BS), la Confederación de Pueblos Indígenas del Oriente Boliviano (CIDOB) y el Consejo Nacional de Ayllus y Markas del Qullasuyu (CONAMAQ), además de otras organizaciones aliadas a estas cinco centrales. No fue una experiencia sencilla, el Pacto de Unidad era una organización con muchos conflictos y tensiones internas. Muchas organizaciones se desmarcaban y volvían a reunirse con el Pacto dependiendo del momento político. La importancia del Pacto de Unidad excede las intenciones de este ensayo, por ello se recomienda revisar el estudio de Fernando Garcés (2010) denominado “El Pacto de Unidad y el proceso de construcción de una propuesta de Constitución Política del Estado”, publicado por el Pacto de Unidad, el Programa NINA y la Red Unitas, disponible en http://redunitas.org/wp-content/uploads/2019/04/PACTO_UNIDAD.pdf

Constitución, así como los efectos del principio de libre-determinación inherente a los pueblos y naciones indígenas originario y campesinos plasmado en el segundo artículo de la CPE.

Fuente: SCP 1422/2012 y reiterada en SCP 0006/2019

Entonces, son sujetos de la jurisdicción indígena originario campesina las organizaciones campesinas, juntas vecinales u otras modalidades organizativas que reflejen un proceso de mestizaje. Es notorio que el Tribunal ha tratado de no encasillar a las comunidades indígenas en un territorio/museo; es decir, en una caracterización que simule que lo indígena es aquello preservado en una comunidad alejada, sino que ha atendido el carácter plurinacional del Estado encontrando que lo indígena es diverso y se desplaza por el territorio boliviano de distintas formas.

Pero el Tribunal Constitucional Plurinacional no solo realizó la aclaración precedente sobre el sujeto de la jurisdicción, sino que también precisó que el vínculo particular de pertenencia se puede adquirir viviendo en la comunidad y, en consecuencia, habiendo aceptado las normas y procedimientos propios en los que se desarrolla la vida cotidiana del pueblo indígena. Al respecto, la Sentencia SCP 0026/2013 de 4 de enero de 2013 y la Sentencia SCP 006/2019 de 6 de febrero de 2019 señalan que:

[D]ebe considerarse que el vínculo ‘particular’ que une a los miembros de una nación o pueblo indígena originario campesino de ninguna manera podría fundarse en el nacimiento o los rasgos físicos, por ello mismo, una persona no nacida en una determinada cultura puede adoptar la misma y por ende ser juzgada por la jurisdicción indígena originaria campesina, por ello el mismo Art. 1.2 del Convenio 169 de la Organización Internacional del Trabajo (OIT), establece que: ‘La conciencia de su identidad o tribal deberá considerarse un criterio fundamental para determinar los grupos a los que se aplican las disposiciones del presente Convenio’ (...) Por otra parte, y considerando que el derecho colectivo a administrar su justicia está relacionado a la construcción de su identidad social, es lógico aceptar que es posible el juzgamiento de personas que no necesariamente pertenezcan a la nación o pueblo indígena originaria campesino pero que voluntariamente de manera expresa o tácitamente se sometan a dicha jurisdicción; por ejemplo, al decidir ocupar sus territorios ancestrales aunque ello no implica que no deba analizarse en cada caso la concurrencia de los ámbitos territorial, material y personal referidos por el Art. 191.II de la CPE.

Fuente: SCP 0026/2013, reiterada por SCP 006/2019

El párrafo II del artículo 191, referido por la sentencia, señala tres ámbitos de vigencia de la jurisdicción indígena originaria campesina: a) el ámbito de vigencia personal; es decir, están sujetos a esta jurisdicción los miembros de la nación o pueblo indígena originario campesino, sea que actúen como actores o demandado, denunciante o querellante, denunciados o imputados, recurrentes o recurridos; b) material, es decir, los asuntos que conoce esta jurisdicción lo determinará una Ley de Deslinde Jurisdiccional y, finalmente; c) territorial; es decir, a las relaciones y hechos jurídicos que se realizan o cuyos efectos se producen dentro de la jurisdicción de un pueblo indígena originario campesino.

Vimos cómo las sentencias del TCP han generado modulaciones y aclaraciones respecto al ámbito de vigencia personal y al ámbito de vigencia territorial, ampliando a los sujetos

de esta jurisdicción así como a las formas territoriales en las que se puedan encontrar, pero respecto al ámbito de vigencia material la misma CPE determina una reserva de ley; es decir, establece que una ley, denominada Ley de Deslinde Jurisdiccional es la que determinará los asuntos que conoce esta jurisdicción.

Pero, a la vez, conforme al numeral 11 del artículo 202, en caso de conflicto de competencia entre la jurisdicción indígena originaria campesina y la jurisdicción ordinaria y agroambiental, será el Tribunal Constitucional Plurinacional el que decida.

En fecha 29 de diciembre de 2010, en cumplimiento de la reserva de ley del párrafo II del artículo 191, se promulgó la Ley No. 073 de Deslinde Jurisdiccional, en cuyo artículo 10 se establece el esperado deslinde material:

Artículo 10. (ÁMBITO DE VIGENCIA MATERIAL)

- I. La jurisdicción indígena originaria campesina conoce los asuntos o conflictos que histórica y tradicionalmente conocieron bajo sus normas, procedimientos propios vigentes y saberes, de acuerdo a su libre determinación.
- II. El ámbito de vigencia material de la jurisdicción indígena originaria campesina no alcanza a las siguientes materias:
 - a) En materia penal, los delitos contra el Derecho Internacional, los delitos por crímenes de lesa humanidad, los delitos contra la seguridad interna y externa del Estado, los delitos de terrorismo, los delitos tributarios y aduaneros, los delitos por corrupción o cualquier otro delito cuya víctima sea el Estado, trata y tráfico de personas, tráfico de armas y delitos de narcotráfico. Los delitos cometidos en contra de la integridad corporal de niños, niñas y adolescentes, los delitos de violación, asesinato u homicidio;
 - b) En materia civil, cualquier proceso en el cual sea parte o tercero interesado el Estado, a través de su administración central, descentralizada, desconcentrada, autonómica y lo relacionado al derecho propietario;
 - c) Derecho Laboral, Derecho de la Seguridad Social, Derecho Tributario, Derecho Administrativo, Derecho Minero, Derecho de Hidrocarburos, Derecho Forestal, Derecho Informático, Derecho Internacional público y privado, y Derecho Agrario, excepto la distribución interna de tierras en las comunidades que tengan posesión legal o derecho propietario colectivo sobre las mismas;
 - d) Otras que estén reservadas por la Constitución Política del Estado y la Ley a las jurisdicciones ordinaria, agroambiental y otras reconocidas legalmente.
- III. Los asuntos de conocimiento de la jurisdicción indígena originaria campesina, no podrán ser de conocimiento de la jurisdicción ordinaria, la agroambiental y las demás jurisdicciones legalmente reconocidas⁷.

Fuente: Ley No. 073 de Deslinde Jurisdiccional (el subrayado es nuestro)

⁷ Ley No. 073 de Deslinde Jurisdiccional, el subrayado es nuestro.

Una serie de voces se pronunciaron respecto a esta Ley⁸, en tanto el párrafo II del artículo 10, mencionado supra, restringe la competencia material de la jurisdicción indígena originario campesina al juzgamiento de pocos casos. Sin embargo, el párrafo I del artículo 10 enfatiza que, en virtud del derecho a la libre determinación, hay una condición histórica y tradicional que le permite a las naciones y pueblos indígenas continuar conociendo los asuntos o conflictos que histórica y tradicionalmente conocieron. Entonces, se evidencia una aparente contradicción entre el párrafo I y el párrafo II del artículo 10 de la Ley No. 073 de Deslinde Jurisdiccional.

Esta aparente contradicción fue resuelta por el Tribunal Constitucional Plurinacional inicialmente en su Sentencia SCP 0037/2013 de 4 de enero de 2013 y con mayor claridad en sus sentencias SCP 0764/2014 de 15 de abril de 2014 y SCP 006/2019 de 6 de febrero de 2019:

[D]ebe tenerse en cuenta que ni el Convenio 169 de la OIT, ni la Declaración de las Naciones Unidas sobre los Derechos de los Pueblos Indígenas establecen un límite en cuanto a las materias o la gravedad de los hechos para el ejercicio de la jurisdicción indígena.

Fuente: SCP 0037/2013

En efecto, de acuerdo a los principios de progresividad y de favorabilidad para el ejercicio pleno y eficaz del derecho a la libre determinación de las naciones y pueblos indígena originario campesinos, postulado que encuentra sustento en una interpretación armónica de los Arts. 13.I, 256 y 2 de la CPE, se tiene que todos los actos, hechos y conflictos que histórica y tradicionalmente conocieron las naciones y pueblos indígena originario campesinos bajo sus normas, procedimientos propios y saberes son de conocimiento de la jurisdicción indígena originario campesina, por tanto, el ámbito de aplicación material de esta jurisdicción, debe ser interpretado de la manera más amplia y progresiva posible, para que se asegure la vigencia de la plurinacionalidad y el respeto al ejercicio pleno de la libre determinación de las naciones y pueblos indígena originario campesinos. El postulado expuesto, constituye precedente jurisprudencial vinculante⁹.

Fuente: SCP 0764/2014 de 15 de abril de 2014 (el subrayado es nuestro)

Respecto al Art. 191.II.2 de la CPE, respecto al ámbito de vigencia material, establece que la jurisdicción indígena originaria campesina: “conoce los asuntos indígena originario campesinos de conformidad a lo establecido en una Ley de Deslinde Jurisdiccional, pese a ello, a este Tribunal Constitucional Plurinacional le resulta absolutamente claro que las comunidades indígena originario campesinas vienen conociendo desde la antigüedad todas las controversias surgidas en la misma de forma que cuentan con la presunción de competencia por su situación histórica de desventaja respecto a la jurisdicción ordinaria por lo que la interpretación de la Ley de Deslinde Jurisdiccional

8 Xavier Albó, por ejemplo, señaló en 2015 que a las autoridades indígenas “les cortaron las alas con la Ley de Deslinde Jurisdiccional. Yo he dicho varias veces: sospecho que con un Tribunal Constitucional suficientemente independiente (la Ley de Deslinde) no pasaría el test de constitucionalidad” en http://www.la-razon.com/index.php?url=/suplementos/animal_politico/Xavier-Albo-Autonomias-indigenas-politica_0_2204779507.html Asimismo, en 2016, la Cumbre de Justicia Indígena Originario Campesina determinó que la Ley de Deslinde frena a la justicia indígena, como puede verse en https://correodelsur.com/seguridad/20160921_evento-judicial-indigena-rechaza-ley-de-deslinde.html

9 Extracto de la Sentencia Constitucional SCP 0764/2014 de 15 de abril de 2014, el subrayado es nuestro.

debe efectuarse de tal manera que lo inhibido a la jurisdicción indígena originaria campesina sea el resultado de una interpretación sistemática del texto constitucional de donde resulte que la exclusión de un ‘asunto’ de la competencia de la jurisdicción indígena originaria campesina busque de manera evidente y clara en el caso concreto proteger un bien jurídico de entidad nacional o internacional de acuerdo a las particularidades del caso concreto”.

Fuente: SCP 006/2019 (el subrayado es nuestro)

De lo establecido por el TCP, mediante su reiterada jurisprudencia, se puede concluir que la normativa internacional de derechos de los pueblos indígenas no restringe la competencia material de la jurisdicción indígena; asimismo, respecto a la aplicación de la Ley de Deslinde Jurisdiccional No. 073 debe de interpretarse de manera que se asegure la vigencia de la plurinacionalidad y del principio de libre determinación de los pueblos indígenas, esto significa que se debe presumir la competencia del pueblo indígena originario campesino.

El artículo 203 de la CPE señala que las decisiones y sentencias del Tribunal Constitucional Plurinacional son de carácter vinculante y de cumplimiento obligatorio, y contra ellas no cabe recurso ordinario ulterior alguno. Asimismo, la Sentencia Constitucional SCP 0764/2014 de 15 de abril de 2014 precisa que el postulado expuesto constituye precedente jurisprudencial vinculante.

Entonces, para conocer las materias, es decir los asuntos, actos, hechos y conflictos que se encuentran bajo la jurisdicción indígena originario campesina, se debe ingresar a responder esta pregunta: ¿El pueblo o nación indígena (u organización campesina o junta vecinal u otra modalidad organizativa indígena) ha conocido similares asuntos, actos, hechos o conflictos que el que se presenta en este caso? Si la respuesta es positiva, entonces el asunto, acto, hecho o conflicto es de conocimiento de la jurisdicción indígena originario campesina en aplicación de la CPE, la Ley No. 073 de Deslinde Jurisdiccional y la Sentencia Constitucional SCP 0764/2014 de 15 de abril de 2014. Si la respuesta es no, entonces se habilita una segunda pregunta: ¿El asunto, hecho, acto o conflicto se encuentra en las materias previstas en el párrafo II del artículo 10 de la Ley No. 073 de Deslinde Jurisdiccional? Si la respuesta es no, entonces el asunto, hecho o conflicto es de conocimiento de la jurisdicción indígena originaria campesina.

Una vez determinada la competencia de la jurisdicción indígena originaria campesina, la CPE señala en el párrafo I del artículo 190 que las naciones y pueblos indígena originario campesinos ejercerán sus funciones jurisdiccionales y de competencia a través de sus autoridades, y aplicarán sus principios, valores culturales, normas y procedimientos propios. El párrafo II del mismo artículo señala que la jurisdicción indígena originaria campesina respeta el derecho a la vida, el derecho a la defensa y demás derechos y garantías establecidos en la presente Constitución.

Como se señaló en la introducción a este ensayo, el Tribunal Constitucional Plurinacional puede revisar las resoluciones de la jurisdicción indígena originario campesina, creando de esta manera un derecho plural o plurinacional. Para realizar esta labor, el Tribunal Constitucional Plurinacional debe realizar una interpretación intercultural de los derechos humanos. Al respecto, la Sentencia SCP 1422/2012 de 24 de septiembre de 2012 explicita el paradigma del vivir bien como pauta de interpretación intercultural que señala cuatro parámetros de axiomaticidad proporcional y razonable que constituyen el test del paradigma del vivir bien.

A partir de este test, los derechos fundamentales y los derechos humanos se reinterpretan y se busca otorgar a los mismos la dimensión que precisan para su diálogo con la realidad y práctica de los pueblos indígenas. Debido a su importancia, copiamos íntegramente la explicación del referido test a continuación:

[E]l paradigma del vivir bien somete a sus postulados a todas las decisiones emergentes del ejercicio de la jurisdicción indígena originario campesina, por lo que en el supuesto de activarse el control tutelar de constitucionalidad a través de acciones de defensa como ser la acción de libertad, las decisiones de la jurisdicción indígena originaria campesina denunciadas como lesivas a derechos fundamentales en contextos interculturales, en el ejercicio del control plural de constitucionalidad, deberán analizarse en el marco de los siguientes parámetros de axiomaticidad proporcional y razonable propios del paradigma del vivir bien: a) armonía axiomática; b) decisión acorde con cosmovisión propia; c) ritualismos armónicos con procedimientos, normas tradicionalmente utilizados de acuerdo a la cosmovisión propia de cada nación y pueblo indígena originario campesino; y, d) proporcionalidad y necesidad estricta.

De acuerdo a lo señalado, se tiene que la armonía axiomática implica que toda decisión emanada de la jurisdicción indígena originario campesina, en cuanto a sus fines y medios empleados, asegure la materialización de valores plurales supremos como ser la igualdad, complementariedad, solidaridad, reciprocidad, armonía, inclusión, igualdad de condiciones, bienestar común entre otros, en ese orden, el control plural de constitucionalidad, en caso de ejercer sus roles en relación a decisiones emanadas de la jurisdicción indígena originario campesina, para el análisis del primer elemento del test del paradigma del vivir bien, utilizará el método jurídico de la ponderación intercultural, a cuyo efecto, a la luz de los valores plurales supremos antes descritos, deberá cotejar los fines perseguidos por la decisión en relación a los medios empleados, para luego verificar la armonía de los fines y medios utilizados en la decisión con los valores plurales supremos descritos precedentemente, evitando así una discordancia con los postulados de la Constitución axiomática.

En coherencia con lo señalado, debe establecerse que el control plural de Constitucionalidad, en su labor plural hermenéutica, como segundo elemento del test del paradigma del vivir bien, deberá, a través de la metodología de la ponderación intercultural, cotejar la armonía y concordancia de la decisión emanada del pueblo o nación indígena originario campesino con su propia cosmovisión, a cuyo efecto, la cosmovisión de cada pueblo o nación indígena originario campesino, debe ser entendida como la concepción que la nación o pueblo indígena originario campesino tenga sobre su realidad cultural de acuerdo a sus valores y cultura propia.

Asimismo, se establece que para el tercer elemento del test del paradigma del vivir bien, el control plural de constitucionalidad, deberá verificar que la decisión emanada de la jurisdicción indígena originaria campesina sea acorde con los ritualismos armónicos con procedimientos, normas tradicionalmente utilizados por la comunidad, de acuerdo a la cosmovisión propia de cada nación y pueblo indígena originario campesino.

Como cuarto elemento del test del paradigma del vivir bien, el control plural de constitucionalidad deberá establecer la proporcionalidad de la decisión asumida por la jurisdicción indígena originario campesina, en este caso, se deberá ponderar la naturaleza y gravedad de los hechos plasmados en la decisión en relación con la magnitud de la sanción impuesta. Además, en este análisis de proporcionalidad, para sanciones graves, deberá también ponderarse la decisión asumida en relación a la estricta necesidad de la misma, es decir, para sanciones graves, el test del paradigma del vivir bien, implicará asegurar que la decisión fue absolutamente necesaria para –en el marco de la inter e intra culturalidad–, resguardar bienes jurídicos superiores amenazados con la conducta sancionada.

La ponderación de los cuatro elementos propios del test del paradigma del vivir bien, constituyen un parámetro de ejercicio de control de constitucionalidad en relación a la jurisdicción indígena originario campesina ejercicio que se encuentra circunscrito a la materialización de la constitución axiomática a la luz de valores plurales supremos.

En ese orden de ideas, los derechos fundamentales en contextos inter e intra culturales, podrán ser tutelados por el control plural de constitucionalidad; en ese orden, su interpretación deberá ser realizada a la luz de una pauta específica de interpretación inter e intra cultural: El paradigma del vivir bien, a cuyo efecto y a través del test precedentemente desarrollado, los derechos fundamentales en el ámbito de la jurisdicción indígena originaria campesina, tendrán plena eficacia, consolidando así una verdadera armonía y paz social.

Fuente: SCP 1422/2012 reiterada por SCP 0722/2018 S4

Cabe señalar que en el desarrollo del proceso constituyente se habló de una interpretación intercultural de los derechos humanos. Esta referencia sería sólo una curiosidad sociológica; sin embargo, la CPE vigente, en su artículo 196 parágrafo II, señala que, en su función interpretativa, el Tribunal Constitucional Plurinacional aplicará como criterio de interpretación, con preferencia, la voluntad del constituyente, de acuerdo con sus documentos, actas y resoluciones.

Si se interpreta la Constitución conforme a lo establecido en el parágrafo II del artículo 196, debe repararse en lo dispuesto por el parágrafo II del artículo 199 del proyecto de texto constitucional aprobado en grande en Chuquisaca¹⁰:

“II. La jurisdicción indígena originaria campesina respetará los derechos fundamentales establecidos en la presente Constitución, interpretados interculturalmente”.

Asimismo, el informe de la subcomisión de Justicia Comunitaria de la Comisión 6 (Judicial) señala¹¹:

“La jurisdicción indígena originaria campesina respetará los valores y derechos fundamentales establecidos en la presente Constitución, interpretados interculturalmente”.

Entonces, la voluntad constituyente permite rescatar la interpretación intercultural que es parte del pluralismo jurídico, establecida tanto en el artículo 1 como en el artículo 178 de la Constitución vigente.

El pluralismo jurídico en Bolivia connota la existencia previa de comunidades de derechos que provienen de diferentes matrices culturales, conforme a lo señalado en el artículo 2 de la CPE y reiterado en la jurisprudencia del TCP. Es decir, el pluralismo supone que hay más de una fuente de derechos, pues hay más de una comunidad que piensa los derechos.

La interpretación moderna de derechos corresponde en realidad solo a una de las comunidades de derechos. Una interpretación intercultural de derechos debería connotar la posibilidad de una comunidad de comunidades de derechos que debe caracterizarse por su

10 Vicepresidencia del Estado. *Enciclopedia histórica documental del proceso constituyente boliviano*, tomo III.

11 *Ibidem*.

carácter producido e inventado, de necesidad histórica y política; es decir, de concreción política construida por necesidades y determinaciones históricas.

Esta comunidad de comunidades no es una síntesis, tampoco supone la construcción de una comunidad que elimina a las comunidades que la constituyen. Es, si se desea, una caracterización, una comunidad sin comunidad¹² que descentra la posibilidad de ser una comunidad realizada de manera definitiva.

Es necesario reparar en la condición plural y política de esta comunidad de comunidades de derechos, puesto que si fuera una comunidad social –o natural– se corre el riesgo de eliminar la diversidad de las comunidades de derechos y repetir el predominio de una comunidad sobre las otras. Por ello, la comunidad de comunidades presupone la existencia previa de las otras comunidades. Es el carácter singular e inacabado de la pluralidad. Entonces, las comunidades existen previamente –ésta la idea de la pluralidad y de pluralismo igualitario, es decir, muchos espacios de justicia en condición de igualdad–, y para definir algún campo de aplicación del Derecho se unen en una comunidad de comunidades –pluralismo unitario, es decir, un solo espacio de justicia, pero constituido pluralmente–.

Algo similar ha ocurrido en Colombia. Si prestamos atención a la línea jurisprudencial de la Corte Constitucional Colombiana en su Sentencia T-523/97 señala que:

Los límites mínimos que en materia de derechos humanos deben cumplir las autoridades indígenas en el ejercicio de sus funciones jurisdiccionales responden, a juicio de la Corte, a un consenso intercultural sobre lo que verdaderamente “resulta intolerable por atentar contra los bienes más preciosos del hombre”, es decir, el derecho a la vida, la prohibición de la esclavitud, la prohibición de la tortura y, por expresa exigencia constitucional, la legalidad en el procedimiento, en los delitos y en las penas (entendiendo por ello, que todo juzgamiento deberá hacerse conforme a las normas y procedimientos “de la comunidad indígena, atendiendo a la especificidad de la organización social y política de que se trate, así como a los caracteres de su ordenamiento jurídico”). Estas medidas se justifican porque son “necesarias para proteger intereses de superior jerarquía y son las menores restricciones imaginables a la luz del texto constitucional”¹³.

Fuente: Corte Constitucional de Colombia, Sentencia T 523/97
(el subrayado es nuestro)

Entonces, en una resolución, fallo o sentencia de un pueblo indígena los límites mínimos que un pueblo indígena debe cumplir, con base en un supuesto consenso intercultural, son los derechos a la vida que supone la prohibición de esclavitud y tortura, y el derecho a la defensa que supone el debido proceso modulado desde la práctica indígena; es decir, conforme al derecho y los procedimientos propios. Estos límites que derivamos de la experiencia colombiana, parecen coincidir con lo señalado en el artículo 190, parágrafo II que señala que la jurisdicción indígena originaria campesina respeta el derecho a la vida, el derecho a la defensa y demás derechos y garantías establecidos en la presente Constitución. Véase cómo enfatiza en el derecho a la vida, que en la CPE boliviana se encuentra en el artículo 15 e incluye la prohibición de esclavitud y torturas, y el derecho a la defensa que en la CPE boliviana se relaciona directamente con el derecho al debido proceso.

12 Jean-Luc Nancy. *La comunidad desobrada*, p. 35.

13 Corte Constitucional de Colombia, Sentencia T 523/97, extracto. El subrayado es nuestro.

Resulta absurdo aducir que los pueblos indígenas no pueden vulnerar derechos humanos, pues si esta prohibición fuera radical no podrían ejercer la facultad de castigo cuando se encuentre culpable a una persona bajo la jurisdicción indígena originario campesina, lo que no pueden las autoridades indígenas es castigar atentando a la vida y dignidad de las personas ni vulnerando el derecho a la defensa ni al debido proceso, interpretado interculturalmente.

III. Algunas tensiones no resueltas

Imagino que deben existir muchas interrogantes respecto a lo expuesto anteriormente, muchas de ellas vienen de la aplicación de la Constitución Política del Estado y de los casos concretos que se suscitan y que presentan posibles conflictos de interpretación, de aplicación normativa y de competencia de las autoridades. No podré dar respuesta a muchas de estas cuestiones; sin embargo, sí quisiera tematizar algunos conflictos irresueltos.

III.1 Pueblos indígenas y condición alócrona¹⁴

No es simple determinar qué es un pueblo indígena. El artículo 30 de la CPE da una pauta cuando señala que es nación y pueblo indígena originario campesino toda la colectividad humana que comparta identidad cultural, idioma, tradición histórica, instituciones, territorialidad y cosmovisión, cuya existencia es anterior a la invasión colonial española. Sin embargo, uno de los conflictos que surge de esta definición se encuentra en la condición alócrona¹⁵ que se exige a los pueblos que se autoidentifican como indígenas: ser anterior a la invasión colonial española. Dicho de otro modo, ser presencia de otro tiempo.

Si leemos con atención la Sentencia Constitucional SCP 0764/2014 de 15 de abril de 2014, con la que decíamos que se soluciona la aparente contradicción entre el parágrafo I y el parágrafo II del artículo 10 de la Ley de Deslinde Jurisdiccional, veremos que aparece esta condición alócrona de que los actos, hechos y conflictos sean de conocimiento histórico y tradicional de un pueblo indígena bajo sus normas, procedimientos y saberes propios. Entonces, podemos hacer nuevas preguntas: ¿Cómo saber si esos actos, hechos y conflictos tienen esta densidad histórica y tradicional? ¿Se tendrá que recurrir a una opinión o estudio? La respuesta que ha dado el Tribunal Constitucional Plurinacional ha sido el peritaje antropológico como lo señala en la Sentencia SCP 1422/2012 modulada por la Sentencia SCP 0778/2014 de 21 de abril de 2014, que indica:

El análisis de compatibilidad del acto o decisión cuestionado con las normas y procedimientos propios de cada nación y pueblo indígena originario campesino, aspecto que obliga tanto a los jueces o tribunales de garantías, como al Tribunal Constitucional Plurinacional, a resolver la problemática, de acuerdo a métodos y procedimientos constitucionales interculturales, como ser los peritajes antropológico-culturales (...)

Fuente: SCP 0778/2014

14 Un estudio detallado de la condición alócrona de pueblos indígenas en Bolivia puede encontrarse en De la Rocha, 2019.

15 Johannes Fabian. *Memory against culture*, Chapter 2 “The other revisited”.

Sin embargo, nacen nuevas preguntas: ¿No es ésta una forma colonial de negar la libre determinación? ¿El discurso antropológico no trae consigo una condición alócrona?

El adjetivo alócrono es utilizado como antónimo de isócrono para situar en otro tiempo al sujeto indígena; con ello, Johannes Fabian insiste en la idea de que se ha tratado de negar contemporaneidad (*coevalness*) al indígena, pese a que sean personas que viven en el mismo tiempo, al mismo tiempo que “nosotros”: los no indígenas.

Como señala De la Rocha (2019), es esta condición alócrona la que expulsa a las culturas no occidentales del presente en el que viven para situarlas como reverberación de algún pasado de épocas históricas anteriores, todo ello con ayuda de antropólogos que observan, describen, analizan y autorizan.

Similares razonamientos se encuentran en los pasos que se precisan para avanzar en una autonomía indígena. El portal del Órgano Electoral Plurinacional señala, como uno de los primeros requisitos para avanzar en la aprobación del Estatuto Autonómico, el siguiente paso previo:

Para la conformación de una Autonomía Indígena Originario Campesina (AIOC) en un Territorio Indígena Originario Campesino (TIOC) o un municipio son requisitos la viabilidad gubernativa y una base poblacional. El Viceministerio de Autonomía certificará la condición de territorios ancestrales, actualmente habitados por los pueblos y naciones demandantes, y su viabilidad gubernativa, es decir la existencia, representatividad y funcionamiento efectivo de una estructura organizacional que incluya a la totalidad de organizaciones constituidas en el territorio.

Fuente: <https://www.oep.org.bo/aioc/>
visitado el 30 de septiembre de 2019 (el subrayado es nuestro)

La revista del Órgano Electoral Plurinacional denominada “Andamios”, en su año 2, número 3, de febrero de 2017 presenta una serie de artículos y ensayos dedicados a las autonomías indígenas, incluso el número de la revista se titula: “Autogobierno indígena hoy”. En esta revista se encuentra el artículo del investigador y especialista en autonomías indígenas Paulino Guarachi (exviceministro de Asuntos Campesinos) dedicado a la nación Uru Chipaya y la manera en la que consolidó su Estatuto Autonómico. En el artículo en cuestión se puede leer:

Los pobladores de la nación Uru Chipaya habían tomado la decisión unánime, en las instancias deliberativas de los cuatro ayllus y en el nivel municipal (Chawkh Parla), de acceder mediante la conversión del municipio a la Autonomía Indígena Originaria de la Nación Uru Chipaya, después de un amplio debate y análisis donde establecieron las razones expuestas anteriormente y nombraron a Tata Félix Lázaro como Mallku de la Autonomía Indígena Originaria. De acuerdo al D.S. N° 231, las autoridades originarias gestionaron ante el Ministerio de Autonomías y obtuvieron el Certificado de Territorio Ancestral de Uru Chipaya, para lo cual presentaron estudios e investigaciones de antropólogos y etnohistoriadores, quienes resaltaron que la nación originaria Uru Chipaya es la cultura más antigua de Bolivia. En el salón de reuniones del Gobierno Municipal hay un banner que dice: “Ancestralidad, Identidad y cultura milenaria por más de 6.000 años”.

Fuente: Guarachi en Revista Andamios, N° 3 de febrero de 2017, p. 17

Una vez más los peritajes y estudios antropológicos se hacen presentes para dar cuenta de la ancestralidad o antigüedad de estas culturas. Pero esto es solo el principio, porque el certificado de ancestralidad es el primer paso en una serie de controles legales y administrativos que deben cumplir los pueblos indígenas si desean acceder a la llamada autonomía indígena originario campesina.

Entre los trámites administrativos se encuentran la creación de un órgano deliberativo en los pueblos indígenas para la elaboración de un Estatuto Autonómico, no importa si la forma organizativa de estos pueblos indígenas no lo poseen, de todas formas tendrán que crearlo. Luego, la elaboración participativa del Estatuto que muchas veces se lo realiza con base en algún modelo que el Órgano Electoral proporciona y, posteriormente, el control de constitucionalidad del proyecto de Estatuto; es decir, que debe ser revisado por el Tribunal Constitucional Plurinacional (TCP) para que el mismo prosiga en tramitación. Sí y solo si posee un informe de validez constitucional el trámite puede proseguir. Para ello, el Tribunal ha elaborado un test de constitucionalidad que en muchos casos ha sido un obstáculo a las comunidades.

Artículo 53. (PROYECTO DE ESTATUTO AUTONÓMICO O CARTA ORGÁNICA)

I. Aprobado el referendo o consulta por la autonomía, los órganos deliberativos elaborarán participativamente y aprobarán por dos tercios (2/3) de votos del total de sus miembros el proyecto de estatuto autonómico o carta orgánica:

(...)

5. En el caso de la conformación de una autonomía indígena originaria campesina, en un territorio indígena originario campesino, su titular convocará a la conformación de un órgano deliberativo, o su equivalente, para la elaboración y aprobación del proyecto de estatuto mediante normas y procedimientos propios bajo la supervisión del Órgano Electoral Plurinacional a través del Servicio Intercultural de Fortalecimiento Democrático (SIFDE).

Artículo 54. (APROBACIÓN DEL ESTATUTO AUTONÓMICO O CARTA ORGÁNICA)

(...)

II. El órgano deliberativo correspondiente que aprobó el proyecto de estatuto autonómico o carta orgánica solicitará al Órgano Electoral Plurinacional la convocatoria a referendo en la jurisdicción respectiva para su aprobación, siendo requisitos para ello:

1. Contar con declaración de constitucionalidad del Tribunal Constitucional Plurinacional sobre la constitucionalidad del proyecto de estatuto o carta orgánica.

(...)

Fuente: Ley Marco de Autonomías y Descentralización “Andrés Ibáñez”
(el subrayado es nuestro)

En una conversación con Pedro Pachaguayá¹⁶, antropólogo e investigador en temas indígenas, se mencionó que muchas comunidades están preocupadas en insertar, en incluir, en

16 Conversaciones realizadas entre el 2 y 3 diciembre de 2018 en reuniones de planificación de investigaciones sobre pluralismo jurídico.

los proyectos de Estatutos¹⁷, declaraciones históricas, formas políticas como las asambleas, los consejos de ancianos, las temporalidades de decisión y otros como manifestaciones y pruebas de que la comunidad cumple con esos requisitos, y que para ello han ido recurriendo a “expertos” en búsqueda de repetir los elementos necesarios para pasar el test de constitucionalidad. Lo curioso, en declaraciones de Pachaguaya, se encuentra en que algunas comunidades no poseen algunos elementos, sin embargo, están dispuestas a incluirlos e incluso inventarlos en busca de ser considerados aptos para referido test de constitucionalidad.

Por ejemplo, para la construcción del estatuto de la autonomía indígena de Huacaya, presentado como un territorio ancestral guaraní, se señala que:

Uno de los primeros pasos para iniciar la implementación de la Autonomía Indígena era constituir el Órgano deliberativo o estatuyente. Es decir, las personas que tendrán como ‘tarea’ la redacción del Estatuto (Ledezma y Aruchari en Lizarraga y Vacaflores, 2017, p. 35).

Sin embargo, el conflicto se encontraba en que el pueblo indígena de Huacaya no tenía una instancia como este órgano deliberativo para hacer estatutos y si había algo parecido era la toma de decisiones colectiva sin la mediación de un órgano deliberativo o un órgano específico para tal efecto; entonces, frente a esta carencia se decidió crear (inventar) este ente, pero solo como un formalismo legalista.

Como señala Ledezma y Aruchari:

(...) se debatía que todos deben ser partícipes de la formulación del Estatuto sin ninguna discriminación y que las personas que se elijan para la redacción tienen un carácter ‘más formal’ con el propósito de ‘cumplir’ las leyes y procedimientos de supervisión posterior (Ledezma y Aruchari en Lizarraga y Vacaflores, 2017, p. 36).

La misma idea de que exista una supervisión posterior, que la realiza el SIFDE del Órgano Electoral, nos coloca delante de la necesidad que tienen los pueblos indígenas de actuar, de poner algo en escena, de generar una performance.

Esta exigencia teatral se desprende de interpretaciones que se realizan de la Constitución Política del Estado, de la ley de Deslinde o de la Ley Marco de Autonomías y Descentralización. Dicho de otra manera, esta exigencia de formas políticas adecuadas y de la “autenticidad” del sujeto llamado pueblo indígena y sus instancias de participación, se convierte en un requisito para la existencia de la autonomía indígena o para la existencia de la jurisdicción indígena originaria campesina.

Todas estas acciones administrativas son las que dan cuenta que *estas comunidades basta la actualidad siguen reproduciéndose* (como lo señala la Sentencia del Tribunal Constitucional

17 El Estatuto de la Autonomía Originaria de la Nación Uru Chipaya, señala en su preámbulo: “La Nación Uru Chipaya desde tiempos inmemoriales ha mantenido su identidad propia, ligada a los ancestros y prácticas culturales heredadas de los Chullpas (...) manteniendo en ellos su propia identidad cultural, lengua, vestimenta, usos y costumbres, dentro el territorio ancestral que es habitado desde más de 6.000 años antes de Cristo (...)”. Asimismo, en su artículo 1 se señala: “La Nación Originaria Uru Chipaya con dominio ancestral sobre su territorio actualmente habitado y preexistente a la cultura aymara, quechua y colonia española (...)”.

Plurinacional SCP 0026/2013); es decir, la identidad depende de la repetición y de que la actuación (o performance) que realicen estas comunidades y que además sea aceptada como válida.

No es la intención de este breve ensayo desarrollar un análisis sobre las autonomías indígenas y su estado de situación, sino, como señalábamos anteriormente, de lo que se trata es observar “algo” que sucede, que se produce en esta manera de leer lo indígena. Nos referimos a la condición alócrona que expulsa a las culturas no occidentales del presente en el que viven para situarlas como reverberación de algún pasado de épocas históricas anteriores (y muchas veces exótica) y todo ello con ayuda de antropólogos que observan, describen, analizan y autorizan. Bajo esta condición de alocronía.

IV. Lo plurinacional, a manera de cierre

Un Estado multicultural es aquel que reconoce derechos colectivos de pueblos indígenas que se expresan en la lógica de restricciones internas y protecciones externas, cuyos límites son los derechos humanos bajo la comprensión dominante de occidente, es decir, no mediando ninguna interpretación intercultural.

El multiculturalismo concibe a los pueblos indígenas como minorías sobre las que se practica una política de tolerancia y que, en el fondo, busca “modernizar” a los pueblos indígenas a partir de restricciones internas cada vez con más y mayor intervención.

El multiculturalismo se asienta en un postulado liberal, pues considera que el reconocimiento de la cultura es vital para el ejercicio de la libertad. Uno de los derechos típicos del multiculturalismo liberal es el derecho de consulta que posibilita la negociación para la explotación de recursos naturales.

El Estado Plurinacional no sólo reconoce derechos colectivos a pueblos indígenas, sino que busca transformar al Estado y a sus instituciones a partir de la presencia indígena. Los órganos de poder que llevan el adjetivo “plurinacional” poseen presencia garantizada de indígenas. Lo que podemos llamar el plurinacionalismo no concibe a los pueblos indígenas como “minorías”, tampoco busca oponer la idea de “mayorías”, sino que trata a los pueblos indígenas como la base sobre la cual se asienta el Estado, la población, las instituciones públicas y la praxis política misma.

Lo plurinacional es aún un proyecto en construcción que trata de diferenciarse del multiculturalismo liberal, pero que reconoce en el mismo a uno de sus múltiples orígenes.

En el proceso constituyente boliviano se presentó el modelo de Estado Plurinacional como una alternativa a la modernidad. Eso quiere decir, como una superación del Estado-nación, del Estado liberal y del Estado monocultural. El debate sobre la naturaleza de los derechos humanos es lo que se encuentra en tensión y en discusión respecto a las prácticas de justicia indígena. Lo expresan, aunque tímidamente, las sentencias del Tribunal Constitucional Plurinacional.

Dos temas hemos traído a discusión. Primero, la jurisprudencia del Tribunal Constitucional y su lucha por hacer prevalecer la jurisdicción indígena originario campesina, la libre determinación y la interpretación intercultural de los derechos humanos. Segundo, el conflicto de caracterizar lo indígena desde una posición alócrona que puede traer muchos problemas a futuro, pues se estaría negando la contemporaneidad a los pueblos indígenas. Una especie de práctica colonizadora bajo un argumento descolonizador.

Bibliografía

- De la Rocha, P.
2019 *La (re)invención del original*. La Paz, Bolivia: Tesis de Maestría, CIDES, UMSA.
- Fabian, J.
2007 *Memory against culture*. Durham, Inglaterra: Duke University Press.
- Garcés, F.
2010 *El Pacto de Unidad y el proceso de construcción de una propuesta de Constitución Política del Estado*. La Paz, Bolivia: Preview Gráfica, Pacto de Unidad, Programa NINA y Red Unitas.
- Guarachi, P.
2017 *La nación Uru Chipaya (Hbas Zuñi) consolida su Autonomía Indígena Originaria*. Revista Andamios. Año 2 (Número 3). La Paz, Bolivia: Tribunal Supremo Electoral.
- Lizárraga, P. Y Vacafloras, C. (Coordinadores).
2017 *Diversitas 3*. Revista de Pensamiento Crítico. Año 3. Tarija, Bolivia: Ed. Jaina.
- Nancy, J. L.
2008 *La comunidad desobrada*. Madrid, España: Arena Libros.
- Negri, A.
1994 *El poder constituyente, ensayo sobre las alternativas de la modernidad*. Madrid, España: Libertarias/Prodhufi.
- Prada, R.
2008 *Subversiones indígenas*. La Paz, Bolivia: Clacso, Muela del Diablo y Comuna.

Cambio de era. La Jurisdicción Especial Indígena en Colombia: Normas, jurisprudencia y tensiones

Guillermo Alberto Padilla Rubiano¹ y Ginna Marcela Rivera Rodríguez²

Resumen

El artículo aborda la complejidad y los alcances de los cambios ocurridos en Colombia luego de la Constitución de 1991 que reconoció la diversidad jurídica en el país. Se focaliza en la práctica de las justicias indígenas y la lectura que sobre este ejercicio ha hecho el Poder Judicial, en particular, la Corte Constitucional por medio de sus sentencias que reglamentan la coexistencia interjurisdiccional. Identifica los aportes que estas prácticas han hecho a diferentes niveles de la sociedad y del Estado, generando una nueva valoración sobre la existencia de principios y valores propios de la diversidad del país que lentamente sustituyen prejuicios neocoloniales. Finalmente, se concentra en las tensiones que surgen en la existencia de múltiples formas de justicia que dinamizan un nuevo concepto de Estado que deja atrás la hegemonía de una única concepción de justicia burocratizada y lejana.

I. Contexto normativo y jurisprudencial de la relación entre justicias indígenas y justicia formal estatal en Colombia

La creación de la Jurisdicción Especial Indígena (JEI), a través del artículo 246³ de la Constitución Política de Colombia, por sus efectos, su capacidad de robustecer la autonomía de

1 Abogado de la Universidad Nacional de Colombia, Doctor en Estudios Latinoamericanos con énfasis en Antropología Jurídica de la Universidad de California en Berkeley. Miembro de la Red Latinoamericana de Antropología Jurídica (RELAJU) y del Grupo por el Pluralismo Jurídico en Latinoamérica (PRUJULA).

2 Trabajadora Social, Magíster en Estudios Políticos y Magíster en Derecho de la Universidad Nacional de Colombia. Actualmente es becaria de COLCIENCIAS y candidata a PhD en Antropología de la Universidad de los Andes. Es investigadora del Programa de Estudios Críticos de las Transiciones e integrante del Grupo por el Pluralismo Jurídico en Latinoamérica (PRUJULA).

3 El texto del artículo 246 establece que: “Las autoridades de los pueblos indígenas podrán ejercer funciones jurisdiccionales dentro de su ámbito territorial, de conformidad con sus propias normas y procedimientos,

los pueblos indígenas, favorecer el gobierno propio y propiciar espacios para la reflexión y la acción democrática e intercultural, ha sido uno de los factores más trascendentales de la generación del Estado Social de Derecho que proclama dicha carta política.

La disposición a nivel constitucional de la JEI, junto con otros artículos de la carta como el artículo 7⁴ y el artículo 330⁵ generaron la obligación de la Corte Constitucional y de otros tribunales que cumplen funciones de control constitucional difuso, de revisar por vía de tutelas⁶ (recurso de amparo constitucional), cuando alguna de las partes en un proceso de la JEI expresa su inconformidad y considera que la decisión judicial amenaza o viola un derecho fundamental. Tarea que ha sido de mucha importancia en la consolidación y reglamentación del derecho de los pueblos indígenas a su propia justicia.

La labor de generar un marco referencial sobre el ejercicio de la diversidad jurídica en el país le ha correspondido al Poder Judicial, en parte porque la ley que estipula el artículo 246 de la Constitución colombiana no ha sido creada aún, como se analizará en siguientes apartados. La ausencia de esta ley suscitó una discusión sobre si esta jurisdicción solo podría operar una vez dicha ley fuera creada, discusión que fue zanjada por la Corte Constitucional en la Sentencia T-254 de 1994 de la siguiente manera (Corte Constitucional de Colombia, 1994a):

“El ejercicio de la jurisdicción indígena no está condicionado a la expedición de una ley que la habilite, como podría pensarse a primera vista. La Constitución autoriza 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 Constitución y a la ley. De otra parte, al Legislador corresponde la obligación de regular las formas de coordinación de esta jurisdicción con el sistema de justicia nacional”.

Sobre esta premisa, por medio de sus sentencias, la Corte Constitucional ha establecido el radio de competencia y las limitaciones de la autonomía jurisdiccional y gubernamental que la Constitución reconoce a las autoridades indígenas en los artículos 246 y 330. Con el ejercicio de aplicación de su propia justicia, los pueblos indígenas y la Corte Constitucional, en un peculiar diálogo intercultural que ha procurado tejer una nueva forma de relacionamiento entre el Estado, la sociedad hegemónica y los pueblos indígenas ha generado ya la ruptura del monopolio del Estado sobre la justicia. Esto ha tenido efectos altamente significativos para los pueblos indígenas, el conjunto de la sociedad y el Estado ya que el ejercicio de este

siempre que no sean contrarios a la Constitución y leyes de la República. La ley establecerá las formas de coordinación de esta jurisdicción especial con el sistema judicial nacional” (Constitución Política de Colombia, 1991).

4 “El Estado reconoce y protege la diversidad étnica y cultural de la Nación colombiana” (Constitución Política de Colombia, 1991).

5 “De conformidad con la Constitución y las Leyes, los territorios indígenas estarán gobernados por consejos conformados y reglamentados según los usos y costumbres de sus comunidades” (Constitución Política de Colombia, 1991).

6 “La tutela fue concebida como una acción judicial subsidiaria, residual y autónoma, dirigida a permitir el control constitucional de las acciones u omisiones de todas las autoridades públicas y excepcionalmente de los particulares. Adicionalmente, el constituyente estableció la posibilidad de que la Corte Constitucional pudiera revisar las sentencias respectivas, a fin de unificar la jurisprudencia constitucional y satisfacer, entre otros, los principios de igualdad y seguridad jurídica” (Botero, 2009, p. 19).

derecho fortalece la gobernanza, descongestiona la justicia formal estatal, mejora el acceso a la justicia de miles de seres humanos⁷ y agudiza el dinamismo de sociedades indígenas que, a partir de la práctica de su justicia propia, incrementan sus posibilidades de reflexionar sobre sí mismas y de lograr los correctivos para generar sociedades más equitativas, respetuosas y empáticas.

Este reconocimiento constitucional ha obligado a los jueces del país a adentrarse en un universo que les era mayoritariamente desconocido como la concepción y práctica de la justicia por parte de 102⁸ pueblos indígenas y numerosas comunidades de afrodescendientes, asimiladas a tribales, los raizales⁹ y el pueblo Rom (gitanos) que están cubiertos por el Convenio 169 (Organización Internacional del Trabajo, 1989) y otras normas de origen internacional que protege los derechos de las minorías.

En esta función, los jueces y magistrados de las altas cortes han hecho uso de *amicus curiae*¹⁰ y de peritajes antropológicos¹¹, lo que ha permitido una importante participación de pueblos indígenas, sociedad civil, academia e investigadores en la reglamentación de este tema que introduce importantes modificaciones en la forma cómo opera y es percibida la justicia en el país.

Desde la Constitución de 1991, los tribunales judiciales, en particular la Corte Constitucional, han constituido un cuerpo jurisprudencial que hasta ahora ha contribuido sustancialmente a reglamentar el desarrollo de la diversidad jurídica del país. En sus sentencias se puede observar el impacto de las recomendaciones, sentencias e interpretaciones de tribunales y expertos, conocidas como los estándares internacionales¹², en torno a los derechos de los pueblos indígenas y tribales, constituidos por las lecturas que sobre este derecho hacen autoridades y expertos indígenas, investigadores, funcionarios estatales y ONG cuando participan en los procesos judiciales con sus análisis sobre los alcances, limitaciones y necesidades de una interpretación intercultural sobre conductas y derechos fundamentales.

7 La Organización Nacional Indígena de Colombia (ONIC), con presencia en el 27% del territorio nacional, representa una población indígena de 1.394.202 personas respecto a los censos oficiales. La ONIC ha señalado reiteradamente que éstos han mostrado no solo conteos disímiles respecto a los que las propias organizaciones indígenas manejan, sino que han producido criterios de clasificación arbitrarios que no se soportan en la participación y el reconocimiento de los pueblos. Ver al respecto: <https://www.onic.org.co/comunicados-onic/2261-la-onic-ratifica-posible-extermio-estadistico-en-el-censo-2018-por-incumplimiento-de-acuerdos>. Fecha de consulta: 15 de septiembre de 2019.

8 De acuerdo con la Organización Nacional Indígena de Colombia, para consultar información actualizada sobre la identificación y ubicación geográfica de los 102 pueblos, se sugiere ver: <http://www.memoria.onic.org.co/>. Fecha de consulta: 12 de septiembre de 2019.

9 Éstas son las personas nacidas en las islas colombianas de San Andrés y Providencia en el Caribe, quienes poseen características lingüísticas y culturales que las diferencian del resto de la sociedad mayoritaria del país.

10 Hoy en día, es una práctica consolidada en las altas cortes que cuando abocan un caso que involucra comunidades étnicas, solicitan de oficio a universidades, instituciones públicas y centros de investigación, *amicus curiae*, que ilustren a los jueces sobre particularidades, argumentos y comprensiones culturales que pueden ser relevantes en la justicia de cada caso.

11 Para ampliar las referencias en torno a la aplicación de estas herramientas judiciales en Colombia, se sugiere ver: Sánchez, 2010; Sánchez & Gómez, 2008.

12 Sentencias y recomendaciones del Sistema Interamericano de DDHH; de tribunales internacionales, interpretaciones de comités de expertos de la ONU y recomendaciones del Relator Especial de Derechos de Pueblos Indígenas de la Organización de Naciones Unidas, entre otros.

Sobre la base de estos análisis y opiniones, las sentencias producidas por las altas cortes, con una amplia participación de profesionales de la sociología y la antropología, han configurado un marco jurisprudencial que facilita la interpretación de la diversidad jurídica, lo que ha llevado a Colombia a generar un nuevo paradigma de coordinación interjurisdiccional con repercusiones a nivel internacional.

Para ahondar en la identificación del marco normativo para la regulación de la diversidad jurídica, es importante señalar el Decreto 1953 del 07 de octubre de 2014 que fue inspirado por el marco jurisprudencial generado por las altas cortes y que regula la JEI, a partir de las definiciones y principios generales incluidos en el artículo 10, los cuales son (Ministerio del Interior, 2014):

- a. Autonomía y libre auto-determinación: Es el ejercicio de la ley de origen, derecho mayor o derecho propio de los Pueblos indígenas, que con fundamento en sus cosmovisiones les permite determinar sus propias instituciones y autoridades de gobierno, ejercer funciones jurisdiccionales, culturales, políticas y administrativas dentro de su ámbito territorial, el pleno ejercicio del derecho de propiedad de sus territorios y vivenciar sus planes de vida, dentro del marco de la Constitución Política y de la ley.
- b. Identidad Cultural: Es el reconocimiento de la cosmovisión de cada uno de los pueblos indígenas, como fundamento para comprender el orden de la naturaleza y establecer las formas de convivencia en ella.
- c. Reconocimiento de la diversidad étnica y cultural: Es aceptar, respetar y fortalecer la existencia de diversas formas de vida y sistemas de comprensión del mundo, de valores, diversidad lingüística, formas de comunicación propias, creencias, actitudes y conocimientos.
- d. Territorialidad: Es la fuente desde donde se explica y comprende la integralidad de la vida de los diversos seres de la naturaleza, donde la tierra es la madre, la maestra, el espacio donde se vivencia la ley de origen, y está integrada por seres, espíritus y energías que permiten el orden y hacen posible la vida, de conformidad con las tradiciones culturales propias de cada pueblo.
- e. Unidad: Es el encuentro de pensamientos, la palabra, la acción, saberes ancestrales y experiencias comunitarias que constituyen la legitimidad de las decisiones colectivas de los pueblos en todos los espacios autónomos de deliberación. Esto los constituye en sujeto colectivo de derechos fundamentales.
- f. Integralidad: Es la relación de armonía y equilibrio constante entre todos los seres de la naturaleza y procesos de los pueblos indígenas que garantiza el desarrollo de los planes de vida y, en ellos, los sistemas propios y el ejercicio de las funciones públicas, de acuerdo a las cosmovisiones de los diferentes pueblos.
- g. Universalidad: Todos los indígenas de Colombia tienen acceso al ejercicio de los derechos que se garantizan mediante los sistemas y demás funciones públicas de que trata el presente Decreto. En este sentido, el Estado dispondrá los recursos para la cobertura de toda la población indígena del país de manera gradual y progresiva.
- h. Coordinación: La administración de los sistemas propios de los pueblos indígenas regulados en este Decreto y el cumplimiento de las consecuentes funciones públicas propias se hará de manera coordinada, concurrente y subsidiaria.
- i. Interpretación cultural: Cuando surja alguna duda sobre la interpretación de los términos utilizados en el presente Decreto, su alcance, objeto, o efectos, se acudirá a las disposiciones constitucionales pertinentes, al pensamiento, lenguaje, Ley de origen, Derecho Propio y Derecho Mayor de los diferentes pueblos”.

En lo que respecta a la coordinación interjurisdiccional, le ha correspondido marcar las pautas al Consejo Superior de la Judicatura¹³. Hasta ahora las concreciones más importantes han sido la creación de una Mesa Permanente de Concertación entre el gobierno y los pueblos indígenas, la celebración de un convenio de coordinación y cooperación entre el Consejo Superior de la Judicatura y la Organización Nacional Indígena de Colombia (ONIC), y la creación de un programa de apoyo a la coordinación entre la jurisdicción indígena y el sistema judicial nacional.

En el marco de este último, se propuso la creación de un mapa de jurisdicciones, el desarrollo publicitario de las decisiones de los sistemas indígenas y del sistema judicial nacional que tengan relación con el pluralismo jurídico y la realización de procesos de capacitación a funcionarios, así como el impulso a las escuelas de derecho propio¹⁴ (Roa, 2014). En el 2012 se creó la Comisión Nacional de Coordinación del Sistema Judicial Nacional y la JEI¹⁵, órganos encargados de acordar políticas públicas por medio de la concertación entre pueblos indígenas, representantes de sus organizaciones y el Estado.

En Colombia, como sucede en otros países latinoamericanos, se reconoce el concepto de “Bloque de Constitucionalidad” que tiene su origen en el constitucionalismo europeo y define qué elementos ajenos a la Constitución formal se incorporan al acervo constitucional de derechos fundamentales. La doctrina define la idea de “Bloque de Constitucionalidad” como aquella que alude a la existencia de normas constitucionales, o supra legales, que no forman parte directamente del texto constitucional. De esta forma, “una constitución puede ser normativamente algo más que el propio texto constitucional, esto es, que las normas constitucionales, o al menos supra legales, pueden ser más numerosas que aquellas que puedan encontrarse en el articulado de la constitución escrita” (Uprimny, 2005). Es por esta vía que el Convenio 169 de la OIT, de donde se deriva el derecho a la justicia propia de los pueblos

13 El Consejo Superior de la Judicatura está a cargo de los casos en los que se plantean conflictos de competencias entre jurisdicciones indígenas y la jurisdicción formal estatal. Una compilación de su jurisprudencia, aunque no actualizada, se encuentra en: Consejo Superior de la Judicatura & Organización Nacional Indígena de Colombia, 2006. Disponible en: <https://www.ramajudicial.gov.co/web/jurisdicion-especial-indigena-y-el-sistema-judicial-nacional/compilacion-y-seleccion-de-los-fallos-y-decisiones-de-la-jurisdicion-especial-indigena>.

14 Escuelas creadas y administradas por los mismos pueblos donde se preparan a autoridades para ejercer su función jurisdiccional.

15 La Comisión Nacional de Coordinación del Sistema Judicial Nacional y la Jurisdicción Especial Indígena se creó mediante el Acuerdo No. PSA12-9614 de 2012 (Consejo Superior de la Judicatura - Sala Administrativa) y tuvo su primera sesión el 04 de diciembre de 2012, bajo la coordinación general del Consejo Superior de la Judicatura. Entre los participantes de este espacio se encuentran representantes de la Fiscalía General de la Nación, la Corte Suprema de Justicia, el Consejo de Estado, la Procuraduría General de la Nación, la Defensoría del Pueblo, el Ministerio de Justicia y del Derecho, el Instituto Colombiano de Bienestar Familiar, la Organización Nacional Indígena de Colombia, la Confederación Indígena Tayrona, la Organización de los Pueblos Indígenas de la Amazonía Colombiana, Autoridades Indígenas de Colombia, el Instituto Nacional Penitenciario y Carcelario, la Sala Administrativa del Consejo Superior de la Judicatura y la Escuela Judicial “Rodrigo Lara Bonilla”. El propósito de esta comisión es “la reflexión y construcción de un Sistema Judicial Nacional articulado, coherente, e inteligente de coordinación entre la Jurisdicción Especial Indígena y la jurisdicción nacional”. Para mayor información sobre las agendas y actividades desarrolladas por esta comisión se sugiere revisar: <https://www.ramajudicial.gov.co/web/jurisdicion-especial-indigena-y-el-sistema-judicial-nacional/comision-nacional-de-coordinacion-del-sistema-judicial-nacional-y-la-jurisdicion-especial-indigena-cocoin>. Fecha de consulta: 11 de septiembre de 2019.

indígenas, entra a formar parte del marco legal de los países, bien por estar al mismo nivel de la Constitución Política o por sobre el orden jurídico interno de los países que lo han ratificado.

Como ha quedado dicho, la Corte Constitucional colombiana, desde 1991, ha señalado con un nivel de detalle que, difícilmente se podría lograr en una ley, los alcances y límites de los principios que surgen del reconocimiento de la JEI, en función del derecho a la autonomía y libre determinación del que los pueblos indígenas, son titulares. Para ello, la Corte ha ponderado entre el derecho de estos pueblos a la autonomía y el respeto a la diversidad étnica y cultural, y principios y derechos constitucionales generales. De acuerdo con la Corte, esta formulación debe darse en el marco donde (Corte Constitucional de Colombia, 2009b):

“Los derechos fundamentales constituyen un límite que debe establecerse a través de un ejercicio de ponderación en cada caso concreto, en la medida en que un conflicto entre la autonomía, la integridad o la diversidad cultural y un derecho fundamental determinado es un conflicto entre normas constitucionales de igual jerarquía. En estos conflictos, sin embargo, los derechos de la comunidad gozan de un peso mayor, *prima facie*, en virtud al principio de “*maximización de la autonomía*”.

Las sentencias de tutela de la Corte Constitucional, números T-342 de 1994, T-349, T-254 de 1994, T-496 de 1996, T-523 de 1997 y T-921 de 2013 entre otras, desarrollan y regulan las facultades de las autoridades indígenas, la vigencia de sus sistemas normativos y procedimentales propios, las limitaciones de su ejercicio. Asimismo, realizan planteamientos sobre jurisdicción y competencia e instan a las autoridades del Estado a buscar, por medio de diálogos interculturales, consensos sobre diversos aspectos propios de la tradición cultural de cada pueblo indígena de manera que exista compatibilidad entre éstos y los derechos humanos y otros principios fundamentales protegidos constitucionalmente (Corte Constitucional de Colombia, 1994b, 1994a, 1996a, 1996b, 1997, 2013).

Para la Corte, los principios del derecho de los pueblos indígenas a su propia justicia comprenden (Corte Constitucional de Colombia, 2010):

“(i) La facultad de las comunidades de establecer autoridades judiciales propias; (ii) la potestad de conservar y/o proferir normas y procedimientos propios; (iii) la sujeción de los elementos anteriores [(i) y (ii)] a la Constitución y la Ley; y (iv) la competencia del Legislador para señalar la forma de coordinación ínter jurisdiccional (definición de competencias), sin que, en todo caso, (v) el ejercicio de la jurisdicción indígena esté condicionado a la expedición de la ley mencionada”.

En la T-921 de 2013, la Corte cita la jurisprudencia constitucional, según la cual (Corte Constitucional de Colombia, 2013):

“Se ha reconocido la existencia de las siguientes limitaciones al ejercicio de la jurisdicción indígena: (i) Los derechos fundamentales y la plena vigencia de éstos últimos en los territorios indígenas. En este sentido, no podrá afectarse el núcleo duro de los derechos humanos; (ii) La Constitución y la ley y en especial el debido proceso y el derecho de defensa; (iii) Lo que verdaderamente resulta intolerable por atentar contra los bienes más preciados del hombre constituidos por el derecho a la vida, por las prohibiciones de la tortura y la esclavitud, y por legalidad del procedimiento y de los delitos y de las penas, y (iv) Evitar la realización o consumación de actos arbitrarios que lesionen gravemente la dignidad humana”.

Por otra parte, la misma sentencia destaca los principios que deberán ser observados y aplicados para la solución de conflictos o tensiones entre el marco legal nacional y las normas que practican los pueblos indígenas. Dichos principios los podríamos resumir en cuatro fundamentos (Corte Constitucional de Colombia, 2013):

“(i) a mayor conservación de sus usos y costumbres, mayor autonomía; (ii) los derechos fundamentales constitucionales constituyen el mínimo obligatorio de convivencia para todos los particulares; (iii) las normas legales imperativas (de orden público) de la República priman sobre los usos y costumbres de las comunidades indígenas, siempre y cuando protejan directamente un valor constitucional superior al principio de diversidad étnica y cultural y; (iv) los usos y costumbres de una comunidad indígena priman sobre las normas legales dispositivas”.

Esta sentencia define lo que se denomina fuero indígena, como el (Corte Constitucional de Colombia, 2013):

“Derecho del que gozan los miembros de las comunidades indígenas, por el hecho de pertenecer a ellas, a ser juzgados por las autoridades indígenas, de acuerdo con sus normas y procedimientos, es decir, por un juez diferente del que ordinariamente tiene la competencia para el efecto y cuya finalidad es el juzgamiento acorde con la organización y modo de vida de la comunidad. En este sentido, se constituye en 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 del cual habitan, siempre y cuando no sean contrarias al ordenamiento jurídico predominante”.

A su vez, esta decisión judicial incluye los eventos y reglas en las cuales se aplica el fuero penal indígena, así como las que deberán ser aplicadas por los jueces en aquellos eventos en los que no se aplica dicho fuero. En igual sentido, esta providencia nos recuerda que en cualquier jurisdicción, la sanción o pena debe cumplir una función de resocialización (Corte Constitucional de Colombia, 2013):

“(…) es decir, reintegración de la persona que ha cometido un delito a su entorno, por lo cual en aquellos casos en los cuales se aplique la jurisdicción ordinaria, la pena en relación con los indígenas debe darles la posibilidad de reintegrarse en su comunidad y no a que desemboquen de manera abrupta en la cultura mayoritaria. En consecuencia, se debe verificar que el indígena sea tratado de acuerdo a sus condiciones especiales, conservando sus usos y costumbres, preservando sus derechos fundamentales y con la asunción de obligaciones en cabeza de las autoridades tradicionales en el acompañamiento del tratamiento penitenciario y la permanencia dentro de las costumbres de la comunidad”.

El marco constitucional colombiano permite entender la importancia colectiva e individual de la protección cultural, espiritual e identitaria de las personas y de los pueblos indígenas. La Corte ha previsto lo que significa el reto de la interculturalidad para el Estado y la justicia de la siguiente manera. La función (Corte Constitucional de Colombia, 1997):

“(…) persigue la ampliación de la propia realidad cultural del juez y del horizonte constitucional a partir del cual habrá de adoptar su decisión, con el ethos y la cosmovisión propios del grupo o

grupos humanos que alegan la eficacia de su derecho a la diversidad étnica y cultural. A juicio de la Corte, sólo mediante una fusión como la mencionada se hace posible la adopción de un fallo constitucional inscrito dentro del verdadero reconocimiento y respeto de las diferencias culturales y, por ende, dentro del valor justicia consagrado en la Constitución Política”.

En la interpretación jurídica sobre el principio de diversidad étnica y cultural, respecto de la solución constitucional a conflictos con otros principios de igual jerarquía, se desarrolló la idea de diálogo intercultural como un mínimo de convivencia entre las distintas culturas. Mínimo que debe ser tenido en cuenta en la administración de justicia. La Corte ha marcado los alcances de este reconocimiento de la siguiente manera (Corte Constitucional de Colombia, 1998):

“Para la Corte, el principio de diversidad e integridad personal no es simplemente una declaración retórica, sino que constituye una proyección, en el plano jurídico, del carácter democrático, participativo y pluralista de la república colombiana y obedece a “la aceptación de la alteridad ligada a la aceptación de la multiplicidad de formas de vida y sistemas de comprensión del mundo diferentes de los de la cultura occidental”.

La Constitución Política permite al individuo definir su identidad con base en sus diferencias específicas y en valores étnicos y culturales concretos, y no conforme a un concepto abstracto y general de ciudadanía como el definido por los Estados liberales unitarios y monoculturales.

La Corte Constitucional, en la Sentencia T-349 de 1996, reiteró el deber del Estado de respetar la autonomía de las comunidades indígenas en el ejercicio de su jurisdicción, pero también que ésta garantice al involucrado o implicado el debido proceso, definido interculturalmente, de manera que el sujeto procesado pueda comprender con anticipación cómo hacer uso de su derecho a la defensa y al respeto a la presunción de inocencia. En la Sentencia T-523 de 1997, el tribunal consideró importante que los pueblos indígenas se abstuvieran de aplicar sanciones que pudieran obedecer a tratos indignos o degradantes, aclarando que la Corte no considera tortura los castigos con fuste, si éste causa un daño corporal mínimo y busca, antes que ocasionar un daño, restituir la dignidad del ofensor o trasgresor, en el marco de valores culturales propios (Corte Constitucional de Colombia, 1996a, 1997).

A su vez, en la Sentencia T-002 de 2012, la Corte conoció y rechazó dos casos en los que el Consejo Superior de la Judicatura había negado la competencia de la JEI para conocer delitos sexuales cometidos contra menores de 14 años. La sentencia reiteró que la protección del interés superior del niño indígena no puede hacerse de espaldas al valor de la diversidad, puesto que es necesario entender que los niños y niñas son gestores de una cultura propia (Corte Constitucional de Colombia, 2012).

En la Sentencia T-921 de 2013, la Corte conoció una acción de tutela interpuesta por un comunero de un resguardo indígena quien se encontraba retenido y procesado por la jurisdicción ordinaria por sostener relaciones sexuales con una joven de 13 años, integrante de la comunidad, pese a que la comunidad indígena había reclamado competencia para tramitar el asunto. El Consejo Superior de la Judicatura decidió el conflicto positivo de competencias a favor de la jurisdicción ordinaria. Por su parte, la Corte Constitucional decidió tutelar los

derechos fundamentales del accionante, por lo cual dejó sin efecto la providencia del Consejo Superior de la Judicatura que decidió el conflicto positivo de jurisdicciones y ordenó remitir el caso y entregar al acusado a las autoridades indígenas. En esta sentencia, la Corte además define los elementos de la jurisdicción indígena, los que son de carácter territorial, personal, institucional y objetivo (Corte Constitucional de Colombia, 2013).

En la Sentencia T-266 de 1999, la Corporación conoció el caso de un comunero indígena Arhuaco, a quien se le acusó de haber asesinado a su cónyuge, también perteneciente a dicha comunidad, el cual ya había sido juzgado a nivel comunitario, aplicando para ello el principio del *ne bis in ídem*, con lo cual la Corte reconoce el tránsito a cosa juzgada de las decisiones de la JEI y prohíbe que se juzgue de nuevo a un sujeto por los mismos hechos (Corte Constitucional de Colombia, 1999).

En las sentencias T-617 de 2010, T-002 de 2012 y T-921 de 2013 la corporación determina la competencia de las autoridades indígenas para tramitar procesos judiciales, frente a conflicto de jurisdicciones entre las autoridades indígenas y la justicia formal estatal. En dichas sentencias la Corte define, a partir del criterio objetivo que refiere al estatus del sujeto y del bien jurídico afectado, las bases teóricas de la jurisdicción especial y concluye que: (i) de acuerdo con el principio de razonabilidad el procedimiento no concluirá con impunidad; y siempre que (ii) el derecho propio establezca medidas de protección para la víctima (Corte Constitucional de Colombia, 2010, 2012, 2013).

En la Sentencia SU-510 de 1998, la Corte establece que la consagración del principio de diversidad étnica y cultural, del cual se derivan los derechos fundamentales mencionados (derechos específicos y diferenciados en función del grupo), se encuentra en una relación de tensión con el sistema de derechos fundamentales consagrado en la Constitución, toda vez que, mientras el primero persigue la protección y aceptación de cosmovisiones y parámetros valorativos diversos e, incluso, contrarios a los postulados de una ética universal de mínimos, el segundo se funda en normas que se suponen transculturales y universales que permitirían la convivencia pacífica entre las naciones (Corte Constitucional de Colombia, 1998).

Sin embargo, esta tensión valorativa no exime al Estado de su deber de preservar la convivencia pacífica (artículo 2°), motivo por el cual está obligado, a un mismo tiempo, a garantizar los derechos de todas las personas en su calidad de ciudadanas y a reconocer las diferencias y necesidades particulares que surgen de la pertenencia de esas personas a grupos culturales específicos. En esta labor de equilibrio, el Estado debe cuidarse de imponer alguna particular concepción del mundo pues, de lo contrario, atentaría contra el principio pluralista (artículos 1° y 2°) y contra la igualdad que debe existir entre todas las culturas (artículos 13° y 70°) (*Constitución Política de Colombia*, 1991; Corte Constitucional de Colombia, 1998).

En suma, la jurisprudencia de la Corte Constitucional ha reconocido los siguientes derechos diferenciados en función del grupo: (1) el derecho a la vida y a la integridad comunitaria; (2) el derecho de la comunidad a la igualdad, entendida, entre otras cosas, como el derecho al reconocimiento de la diferencia; (3) los derechos políticos de representación y consulta; (4) el derecho a la propiedad colectiva e inajenable sobre el territorio ancestral; (5) el derecho a la autonomía política, económica y social y, particularmente, a la jurisdicción propia .

Asimismo, la Corporación ha indicado, en la Sentencia C-053 de 1999, que viola el derecho a la igualdad la medida que impida o dificulte que las comunidades indígenas conserven sus tradiciones ancestrales. Del mismo modo, la Corte Constitucional ha manifestado que es

filosóficamente incompatible, con el reconocimiento de la diversidad étnica y cultural, obligar a los indígenas a adoptar procedimientos, sanciones y castigos foráneos a su manera de vivir, entender y ejercer su justicia (Corte Constitucional de Colombia, 2009a). La importancia del diálogo para poder avanzar en el fortalecimiento del pluralismo jurídico es señalado reiteradamente por la Corte (Corte Constitucional de Colombia, 1997):

“Aquellos eventos en los cuales resulta fundamental efectuar una ponderación entre el derecho a la diversidad étnica y cultural y algún otro valor, principio o derecho constitucional, se hace necesario entablar una especie de diálogo o interlocución –directa o indirecta–, entre el juez constitucional y la comunidad o comunidades cuya identidad étnica y cultural podría resultar afectada en razón del fallo que debe proferirse”.

Una primera solución a este tipo de conflictos se ha planteado en términos de un diálogo intercultural que sea capaz de trazar unos estándares mínimos de tolerancia que cubran los diferentes sistemas de valores. Es decir, lograr un consenso en aquel mínimo necesario para la convivencia entre las distintas culturas, sin que ello implique renunciar a los presupuestos esenciales que marcan la identidad de cada una. Así lo entendió la Corte que, en la Sentencia hito T-523 de 1997¹⁶ estableció (Corte Constitucional de Colombia, 1997):

“(…) los criterios que deberá tener el intérprete para solucionar los conflictos que puedan presentarse entre el principio de diversidad étnica y cultural y otros principios de igual jerarquía, y señaló los límites que, basados en un “verdadero consenso intercultural”, deberán respetar las autoridades indígenas en el ejercicio de funciones jurisdiccionales dentro de su territorio. Es obvio, como lo señala la sentencia, que esa interpretación no puede alejarse de las características específicas de la cultura involucrada, pues existen diferencias en el grado de aislamiento o integración respecto de cada una, que lleva incluso a establecer diferencias en la manera en que determinan cada uno de sus asuntos”.

Sobre la relación que existe entre el reconocimiento de la diversidad étnica y cultural y el de la JEI, la Corte ha establecido que (Corte Constitucional de Colombia, 2003):

“La Constitución reconoce el derecho a la diversidad y tratándose de comunidades indígenas, establecidos los elementos que permiten tenerlos como tales, para determinar la procedencia de la jurisdicción especial, prima la vocación comunitaria, expresada, fundamentalmente por sus autoridades y en ocasiones refrendada por la comunidad, para asumir el manejo de sus asuntos,

16 Se entiende por sentencias “hito” “aquellas en las que la Corte trata de definir con autoridad una subregla de derecho constitucional. Estas sentencias, usualmente, originan cambios o giros dentro de la línea. Estas variaciones se logran mediante técnicas legítimas en las que se subraya la importancia de la sentencia: cambio jurisprudencial, unificación jurisprudencial, distinción de casos, distinción entre ratio y obiter, y otras técnicas análogas. Son, usualmente, sentencias ampliamente debatidas al interior de la Corte y es más probable que susciten salvamentos o aclaraciones de voto por parte de magistrados disidentes. Las sentencias de unificación (SU) usual, pero no necesariamente, son sentencias hito. Es importante notar, igualmente, que las SU no son, *a priori*, estructuralmente más importantes que sentencias normales de revisión (T-) dentro de la línea. El peso estructural de la sentencia dentro de la línea tiene que ser apreciado en concreto por el investigador. Para ampliar la información sobre las distintas sentencias de la Corte Colombiana” (Olano, 2004, p. 586).

extender y reafirmar sus prácticas de control social y avanzar en la definición de su propio sistema jurídico, como manera de afirmación de su identidad”.

En torno a la supuesta necesidad de control, de acuerdo con una opinión extendida en algunos países de la región, que el Poder Judicial debería ejercer sobre las decisiones tomadas en tribunales indígenas ha dicho la Corte (Corte Constitucional de Colombia, 2003):

“(…) resulta contrario al principio de diversidad étnica y cultural y a la garantía constitucional de la jurisdicción indígena, la pretensión de que la procedencia de ésta dependa del reconocimiento externo en torno a la existencia y validez del orden jurídico tradicional. Establecida la existencia de una comunidad indígena, que cuente con autoridades propias que ejerzan su poder en un ámbito territorial determinado, surge directamente de la Constitución, el derecho al ejercicio de la jurisdicción. Las prácticas y usos tradicionales constituyen el marco de referencia para el ejercicio de esa facultad, pero su determinación corresponde de manera autónoma a la propia comunidad indígena, con la sola limitación según la cual ese sistema normativo tradicional no puede contrariar la Constitución ni las leyes. Esta última condición, de la manera como ha sido perfilada por la Corte, solo sería objeto de una verificación *ex post*, para la garantía de los derechos fundamentales de las personas que pudiesen verse afectadas por la acción o la omisión de las autoridades indígenas”.

II. Tensiones en torno a la coordinación de las justicias indígenas y la justicia formal estatal

Tal y como se ha analizado en los anteriores apartados, el reconocimiento de las diversidades jurídicas étnicas en Colombia, a partir de la promulgación de la Constitución de 1991, ha sido prolífico y ha dotado de contenidos amplios al proceso de consolidación de las autonomías indígenas en el marco de su relacionamiento con las instancias de la justicia formal estatal. Como se ha dicho, esta afirmación se ha dado principalmente, en el plano jurisprudencial, en sede de las posturas y decisiones del Poder Judicial, en su calidad de garante de la integridad de las disposiciones de la carta política.

Leído en su contexto, este ejercicio de legalización e incorporación en el sistema de justicia colombiano del *derecho* de los pueblos indígenas y comunidades étnicas ha sido producto del diseño de una nueva concepción de Estado que se ha expresado primariamente en términos del lenguaje jurídico, pero que, en su base fundante, supone la definición de una nueva “construcción” societal que, se asienta en posturas sobre la diferencia, por las que se pasa del desconocimiento y “la invisibilización de las justicias indígenas al reconocimiento político de su autonomía relativa” (Gómez, 2016, p. 243).

Esta dimensión de lo político no solo ha tomado forma al nivel de la institucionalidad, sino en el hecho social de que el reconocimiento de los sistemas jurídicos indígenas ha sido parte integral de las reivindicaciones históricas y de las demandas en torno al ejercicio de los derechos de los pueblos indígenas, a la visibilización de sus epistemologías y prácticas de justicia y gobierno propio, así como a la búsqueda de la garantía de su participación en los asuntos y espacios públicos en el país. En este sentido, en Colombia las justicias diversas han recorrido un largo camino de acción política, cuyo reflejo en la integración a la Constitución no son fruto de las bondades y de las comprensiones “progresistas” del pensamiento tradicional del

derecho, sino de las disputas, agencias y producciones sociales a favor de la pluralidad jurídica de propios y simpatizantes de los pueblos y comunidades étnicas entre los que se han sumado operadores estatales, académicos, organizaciones y defensores de derechos, entre otros¹⁷.

Los desarrollos posteriores a la Constitución en torno a las potestades jurisdiccionales de las autoridades indígenas se han seguido dando en los mismos dos planos del derecho y la política, en los márgenes y los espacios que uno y otro van dejando entre la superación del racismo, la negación de la diversidad jurídica, la aceptación de su existencia de hecho y su institucionalización en el derecho nacional. Desde este marco analítico, proponemos en este último apartado leer las relaciones entre el derecho indígena/comunitario y el derecho del Estado, considerando en paralelo y sin afanes finalistas y generalizadores, algunos de los ejemplos de las complejas redes de cooperación y tensión que han hecho parte de la experiencia y la práctica de la pluralidad jurídica en la Colombia posconstituyente.

En primer lugar, valga recordar que, como ya se señaló, el ejercicio de las justicias étnicas es introducido a la carta política, principalmente, vía el artículo 246 (Constitución Política de Colombia, 1991). Al tenor de este precepto constitucional, los pueblos indígenas aparecieron ante el Estado y la sociedad colombiana como actores políticos cuya agencia tenía base en la diversidad cultural y, como principio, el fortalecimiento de los derechos reconocidos en el derecho internacional a la libre determinación y la participación política (Asamblea General de Naciones Unidas, 1966). Leída así, en el aspecto programático y en la definición del “nuevo” proyecto de país, la promulgación constitucional representó un avance que “subvirtió la subalternización histórica de los pueblos indígenas, los ratificó como sujetos políticos y potencializó un modelo de relacionamiento intercultural” (Carrillo, 2013, p. 105).

Sin embargo, en la instalación de la Constitución, los derechos fundamentales y de las leyes como criterios establecidos por el artículo 246 para controlar las justicias plurales, terminaron ajustándose las “fórmulas jurídicas del poder” (Gómez, 2016, p. 242) al establecer como límites a las justicias indígenas que (Roa, 2014, pp. 111-112):

“i) sus decisiones son susceptibles de revisión por el juez de tutela; ii) las autoridades indígenas no son jueces de tutela; iii) las autoridades indígenas no son jueces de constitucionalidad; iv) las autoridades indígenas no son jueces competentes para resolver habeas corpus, y vi) las autoridades indígenas no conocen de los delitos de rebelión, narcotráfico, contrabando, lavado de activos, porte ilegal de armas, corrupción al sufragante y delitos de lesa humanidad”.

Con ello, el Estado colombiano se afinó nuevamente en la gramática de la unilateralidad, la verticalidad y la superioridad jurídica para regular los alcances logrados con el reconocimiento político, pese a su espíritu y carácter multicultural. Diversos autores han estudiado ampliamente estos aspectos desde la perspectiva de la filosofía política, la antropología jurídica

17 Como explica Diana Carrillo, la Corte Constitucional permitió “la introducción de diferentes fuentes de interpretación, oscilando entre el diálogo intercultural con las autoridades indígenas y las aproximaciones al derecho propio desde conceptos de expertos, siempre y cuando estos pueblos demuestren un alto grado de conservación cultural. Para tal efecto, además de los peritazgos solicitados a expertos, principalmente antropólogos, los jueces acuden a la literatura sobre pueblos indígenas y, ocasionalmente, solicitan a la autoridad indígena competente para que se pronuncie al respecto. Lo anterior, teniendo en cuenta que ninguna de las anteriores fuentes son vinculantes al momento de adoptar la decisión” (Carrillo, 2013, p. 179).

y los estudios críticos a los derechos humanos por lo que aquí no nos extenderemos en estos elementos que resultan centrales para el debate sobre la diversidad jurídica a propósito de la implementación de las constituciones contemporáneas (Brokmann, 2009; Carrasco, 2014; De Sousa Santos, 2002; Rodríguez Garavito, 2011; Speed, 2006).

En lo que concierne al apartado final del articulado 246, en el que se establece que por vía de una ley serán desarrolladas las disposiciones necesarias para la coordinación de la jurisdicción especial de los indígenas con el sistema de justicia nacional (Constitución Política de Colombia, 1991) y ante el hecho de la ausencia de esta norma, interesa señalar cómo a partir de ello han emergido las más significativas acciones y tensiones para el relacionamiento de las justicias en el país. Y es que a más de 28 años de promulgada la Constitución colombiana, las prioridades y selecciones legislativas no han dado lugar a la reglamentación de la ley de coordinación y, con ello, a la interpretación de los presupuestos constitucionales que “ordenen” la coexistencia de los sistemas jurídicos plurales. Así, “a pesar del mandato constitucional, el desarrollo del modelo de diversidad étnica y cultural ha sido objeto de la apatía legislativa del Congreso de la República” (Carrillo, 2013, p. 21).

Sobre este vacío normativo, algunas autoridades y funcionarios estatales quisieron sustentar, durante varios años, la imposibilidad de la aplicación efectiva de las jurisdicciones indígenas y, con ello, negar el derecho de los pueblos a administrar justicia en sus territorios. Las diferentes evidencias de la violación al derecho de los pueblos que se configuraron con este desconocimiento tuvieron que ser resueltas por la Corte Constitucional, aclarando que la falta de expedición de la ley no significaba un impedimento para que las comunidades indígenas ejercieran sus funciones jurisdiccionales, o mejor, que la misma no era requisito para que las autoridades indígenas actuaran y que “(...) la ausencia de esa ley no es óbice para la procedencia de la jurisdicción indígena, lo que comporta que en cada caso particular en que se presenten conflictos de competencia corresponderá al juez avanzar en la superación de las dificultades que se derivan de la ausencia de criterios normativos de articulación” (Corte Constitucional de Colombia, 2003).

Así, en la práctica del derecho donde los postulados jurídicos toman materialidad y principio de realidad ante situaciones de conflicto entre jurisdicciones, los “jueces de turno” fueron los llamados a resolver las “falencias normativas” “acudiendo a interpretaciones propias del ejercicio judicial y a herramientas como la jurisprudencia y la doctrina existente, las cuales tratan de suplir los vacíos presentados en el campo operativo” (Rueda, 2008, p. 343).

De este modo, entre la abstracción de las voluntades subjetivas de los funcionarios estatales, los problemas del ejercicio de la interpretación y la argumentación intercultural, la inercia de las prácticas y acciones judiciales del pasado¹⁸ y la falta de concreción norma-

18 Por efecto de la vigencia de la Constitución conservadora y centralista de 1886 en la que se definía a Colombia como “una nación católica, culturalmente homogénea”; del racismo y la perspectiva colonial, las leyes y relaciones con los indígenas (Castrillón 2006, 324) durante la vida republicana partieron de considerarlos incapaces o menores de edad cuando no “incipientes sociedades” o “salvajes en vías de civilización”, transmutando su subjetividad en el “objeto máspreciado de la dominación paternal del Estado y la Iglesia” (Ariza 2004, 9-10). Ejemplo de este lenguaje institucional que definió el tratamiento y las prácticas jurídicas respecto a los indígenas durante los siglos XIX y buena parte del XX, se encuentra en la ley 89 de 1890 “por la cual se determina la manera como deben ser gobernados los salvajes que vayan reduciéndose a la vida civilizada”. Varios años después de la promulgación de la Constitución de Colombia en 1991 la Corte Constitucional se

tiva, se generó una de las fuentes de mayor tensión para la administración de las justicias indígenas que terminaron por moverse dialécticamente entre los espacios de la negación del derecho, la (in)comprensión judicial y la incorporación constitucional. Con ello se afirma, como plantea Herinaldy Gómez, que “no basta solo con reconocer jurídicamente dicha justicia para que sigan existiendo, es necesario tener presente el trayecto que falta por recorrer y los obstáculos conceptuales e ideológicos que aún existen por superar para acceder a una comprensión más aproximada o menos desvirtuada de las justicias indígenas” (Gómez, 2016, p. 245).

Frente a este problemático contexto y siendo consciente de que no se puede esperar “que en unos cuantos años se desvanezcan siglos de prejuicios normativos y sociales” (Ariza 2004, p. 55) la Corte Constitucional fijó, como quedó dicho en el apartado anterior, las pautas para que las justicias indígenas y la justicia del Estado se relacionaran, inaugurando con ello las tendencias jurisprudenciales de lo que se reconocería en adelante como una “era de protección de los derechos colectivos pero, sobre todo, de garantías de protección a la autonomía indígena como mecanismo para salvaguardar su identidad étnica” (Carrillo, 2013, p. 110).

Esta respuesta de la Corte ante el silencio del legislador fue aceptada en la práctica, aunque no homogéneamente, por los propios indígenas e incorporada de manera paulatina en las decisiones de los jueces. Producto de esto se fue consolidando la percepción, hoy vigente en Colombia, de que una reglamentación de la coordinación por vía legislativa resulta innecesaria y hasta riesgosa y regresiva frente al extenso espectro de disposiciones que la jurisprudencia de la Corte ya logró establecer para el ejercicio de la diversidad jurídica en la resolución de la justicia del caso concreto.

Sin embargo, esta opción, por la no generalización de la norma y por la confianza en las decisiones jurisprudenciales de la Corte, ha dado lugar a otro tipo de tensiones en los que la conformación contingente del tribunal y el influjo de posiciones conservadoras, en términos de la protección a los derechos de los pueblos indígenas, pueden significar un retroceso para el reconocimiento de la administración autónoma de las justicias indígenas, riesgo que podría ser menor, al menos en asuntos formales, si existiera una ley de coordinación.

Sobre este aspecto, las posiciones del debate en el país son tan disímiles como los mismos intereses y actores involucrados. En todo caso, en la práctica siguen siendo las decisiones judiciales las que priman en esta materia sin que a la fecha, como argumenta Jorge Roa, “los proyectos¹⁹ de ley que se han presentado para articular el funcionamiento de los distintos sistemas de justicia” puedan dar cuenta “de un proceso de deliberación previo entre comunidades, ni entre éstas y las autoridades nacionales” (Roa, 2014, p.109).

pronunció respecto a la ley en Sentencia 135 del 1 de marzo de 2017, en la que declaró la inexequibilidad de su título considerando que “la calificación de los indígenas como salvajes que deben ser reducidos a la civilización resulta constitucionalmente inadmisibles, por denotar, actualmente, un juicio de disvalor hacia grupos sociales minoritarios o que se han constituido al margen de los valores y principios culturales dominantes” y que “las expresiones lingüísticas demandadas efectivamente podrían tener una connotación peyorativa en contra de las comunidades y pueblos indígenas” (Corte Constitucional de Colombia 2017).

19 En referencia a los proyectos, Jorge Roa señala que “(...) se han presentado cuatro proyectos de ley para el establecimiento de los mecanismos de coordinación entre la jurisdicción especial indígena y el sistema judicial nacional: Proyecto 003 de 2000 Cámara, Proyecto 029 de 2001 Cámara, Proyecto 035 de 2003 Senado y Proyecto de Ley Estatutaria 246 de 2010” (Roa, 2014, p. 109).

En este punto, es importante considerar que la inserción de la acción de tutela en la Constitución a partir de 1991 ha tenido un papel definitivo para el desarrollo de la JEI, en tanto han sido las mismas autoridades e integrantes de los pueblos los que han promovido este recurso judicial para “garantizar los derechos fundamentales de los indígenas y, en algunos casos, resolver las tensiones entre ellos. Es por esto que buena parte de la jurisprudencia es objeto de estudio (y de demanda de cumplimiento) por los pueblos indígenas” (Gómez, 2016, p. 247). Así las cosas, desde una arista del análisis el recurso de tutela se ha convertido en un dispositivo judicial capaz de resguardar los preceptos constitucionales en relación con los derechos de los indígenas y, con ello, ha resultado ser un factor coadyuvante en el ejercicio de cooperación entre las jurisdicciones.

No obstante, desde otro punto de vista, al ser la acción de tutela un escenario en el que se tramitan las disputas y tensiones “internas” de las justicias indígenas, ésta termina siendo un recurso que fortalece la justicia del Estado en detrimento de la autonomía de las justicias plurales, ya sea porque se manifiesta el llamado *foro de conveniencia* por la “que el demandante elige el juez en atención a los beneficios que le reporta la ley aplicable que aquél impondrá” y solicita cambio de jurisdicción²⁰ (Reinoso, 2009, p. 322) o porque cada vez más se acude a la tutela para resolver “los conflictos de competencia fallados en contra de los sistemas judiciales indígenas con complacencia de las víctimas” (Carrillo, 2013, p. 111) pues, ante la omisión mayoritaria de segunda instancia en los juicios de la JEI²¹, como dice la propia Corte Constitucional, “(...) los integrantes de dichas comunidades no tienen mecanismos efectivos de protección contra las decisiones de sus autoridades, y la subordinación a que sus miembros, de ordinario, se encuentran sometidos” (Corte Constitucional de Colombia, 1996a, 1998, 1999, 2002).

Ahora bien, en otro plano del análisis, resulta necesario hacer una mención a dos problemas de niveles diferentes, pero que afectan igualmente el proyecto de la diversidad jurídica en Colombia. Uno de éstos tiene que ver con la efectividad de las decisiones constitucionales que configura, aplicando al caso, los términos de Rodolfo Stavenhagen cuando fuera Relator Especial sobre la situación de los derechos humanos y las libertades fundamentales de los indígenas, una brecha de implementación entre “las buenas intenciones expresadas” y “el goce efectivo de los derechos humanos a nivel concreto y cotidiano” (Stavenhagen, 2007, p. 4). Así, dado que la Corte enfrenta una ausencia de mecanismos de control para asegurar el cumplimiento de sus decisiones y que, en muchos casos, “las múltiples providencias del alto tribunal no hacen eco en las políticas gubernamentales” con el desacato como “un protagonista silente” (Carrillo, 2013, p. 111), se ha creado un importante cuello de botella que se constituye en una traba para el fortalecimiento de la JEI y la interpretación intercultural de los derechos en Colombia.

20 En este aspecto sobresalen, de manera preocupante, los casos de indígenas que, habiendo sido representantes y líderes de sus pueblos, se acogen a la jurisdicción ordinaria cuando se ven involucrados en un proceso de juzgamiento por parte de sus autoridades. Esto termina enviando “un mensaje equivocado tanto al interior del pueblo indígena como a los operadores jurídicos” (Comisión Nacional de Coordinación del Sistema Judicial Nacional y la Jurisdicción Especial Indígena, 2016).

21 Producto de esta crítica y de la reflexión de algunas autoridades, pueblos como los Nasa y los Pijao en la actualidad han creado tribunales indígenas de segunda instancia.

Otro de los problemas asociados a la efectividad de la administración de justicia tiene que ver con las autoridades indígenas. En un diagnóstico realizado por representantes de los pueblos y participantes de la Comisión Nacional de Coordinación del Sistema Judicial Nacional y la JEI se señaló que, en la actualidad, aunque con variaciones de acuerdo a la heterogeneidad de las justicias indígenas (Gómez, 2015), las autoridades acumulan múltiples requerimientos y funciones “ejecutivas, legislativas, judiciales, administrativas y de servicio comunitario” que hacen que su tiempo se limite “a resolver lo urgente delegando lo importante”. Además, sus periódicos cambios y rotaciones son vistos, en un sentido, como factores que “implican modificaciones en la interpretación y tratamiento de los conflictos generando insatisfacción por la manera como se resuelven muchos casos” (Comisión Nacional de Coordinación del Sistema Judicial Nacional y la Jurisdicción Especial Indígena, 2016)

Estos aspectos reconocidos por los propios indígenas son objeto de la reflexión y la acción de varios pueblos y actores étnicos en el país que, en el ejercicio de su autonomía, vienen planteando soluciones diversas al respecto. No obstante, en lo que parece estar fuera de su alcance, el análisis de la relación entre las jurisdicciones en Colombia permite ver otro tipo de situaciones.

Una de ellas tiene que ver con el hecho de que la JEI tenga un alcance territorial a “nivel nacional del 28%” y que, pese a ello, no cuente con recursos estatales para mantener su funcionamiento, lo que dificulta su aplicación “por la ausencia de recursos”. Es un servicio público gratuito, pero se carece de los medios económicos y logísticos para garantizar el debido proceso “intracultural” (Comisión Nacional de Coordinación del Sistema Judicial Nacional y la Jurisdicción Especial Indígena, 2016).

Ante esta situación, algunos pueblos persisten en el reclamo y en la argumentación al Estado para que se destine, dentro de las partidas y gastos de funcionamiento de la rama judicial, presupuesto para la JEI²²; mientras, otros señalan que es importante que “no se exceda en la dependencia hacia lo externo” y consideran que es necesario que “el énfasis esté puesto en una justicia propia que además sea autogestionable” (Confederación Indígena Tayrona, 2018). Una postura intermedia frente asuntos de financiación de los costos de la justicia y de resolución de falencias en materia probatoria que enfrentan los pueblos, se evidencia en las acciones de coordinación que se han emprendido con organismos técnicos de la Fiscalía General de la Nación (Cuerpo Técnico de Investigación y Medicina Legal) y el Instituto Colombiano de Bienestar Familiar los que prestan apoyo a las autoridades indígenas en cuestiones de derecho forense y de pruebas científicas relacionadas con autopsias, pruebas de fertilidad y delitos sexuales, entre otros.

Sin mayores avances en esta arena del debate, otra de las circunstancias que enfrentan las autoridades indígenas es la “ausencia de poder coercitivo” para “proceder ante un indígena que reiteradamente comete faltas graves y no acata la autoridad y sus decisiones” (Comisión Nacional de Coordinación del Sistema Judicial Nacional y la Jurisdicción Especial Indígena, 2016). Ante esta dificultad, algunos pueblos han optado por coordinar con instituciones del

22 No obstante, la Ley 1653 del 15 de julio de 2013 por la cual se regula un arancel judicial y se dictan otras disposiciones, lleva implícito el reconocimiento a la labor en materia de administración de justicia que presta la JEI en Colombia, al asignarle el 10% de los recursos del arancel judicial (artículo 11, parágrafo único) (Congreso de la República de Colombia, 2013).

Estado, como el Ministerio de Justicia y del Derecho y el Instituto Nacional Penitenciario y Carcelario, para garantizar la aplicación de las condenas de reclusión, ya sea haciendo uso de las instalaciones carcelarias del Estado o creando lo que han llamado “casas de reflexión” y/o “centros de armonización” en los territorios indígenas (Confederación Indígena Tayrona, 2018).

Respecto a la coordinación con las instituciones carcelarias, algunos pueblos han encontrado el soporte administrativo y la disposición de los funcionarios estatales para concertar el respeto a sus criterios en el manejo de las medidas de reclusión de indígenas. En otros casos, el Ministerio Público en Colombia ha diagnosticado deficiencias en las cifras y estudios sobre la población carcelaria indígena en el país, así como la falta de “un área específica para su atención” en las cárceles “por lo cual no se reúnen las condiciones para vivir dignamente de acuerdo con su diversidad étnica y cultural, lo que implica una grave amenaza contra estos valores que gozan de reconocimiento constitucional”. Sumado esto al desarraigo cultural y familiar “al hacinamiento, la discriminación, el abandono, la indefensión, la precariedad económica y la falta de atención especializada que impiden a los indígenas sometidos a reclusión ejercer sus derechos fundamentales” (Defensoría del Pueblo, s/f), el tratamiento “coordinado” de los presos indígenas entre el Estado y las autoridades sigue siendo un aspecto de necesaria revisión y corrección.

En cuanto a la construcción de “casas de reflexión” en los territorios indígenas “para el cumplimiento de las sanciones impuestas en el ejercicio de su jurisdicción propia o incluso recibir a indígenas sancionados por la jurisdicción ordinaria, donde la integralidad de atención en las dimensiones culturales, espirituales y de rehabilitación social, buscan que quien sea sancionado pueda retomar los valores culturales y restaurar el daño causado” (Medina, Gutiérrez y Forero, 2016, p. 39), la evaluación corresponde a los mismos indígenas y sus autoridades.

Según integrantes de uno de los pueblos que vienen trabajando esta propuesta²³, si bien éstas “no hacen parte de los elementos ancestrales de la cultura” al ser integradas a su cosmovisión, se definen “como el lugar al que el implicado como responsable de una conducta reprochable va a *reflexionar* sobre su culpa; es en la casa de reflexión donde el implicado empieza la transición hacia su trabajo espiritual; esta transición se representa como el paso de la oscuridad hacia la luz: y en ella se vive en la oscuridad” (Confederación Indígena Tayrona, 2018).

El mantenimiento de los presos, los gastos que ello genera para la comunidad, los efectos en torno al resarcimiento del daño y la reintegración del “ofensor”, entre otras condiciones especiales de este tipo de reclusión, siguen siendo parte integral de las agendas internas de los pueblos indígenas en su deliberación constante sobre una administración de justicia dialogante con las realidades contemporáneas de sus territorios y poblaciones, así como de los espacios de concertación con las entidades del Estado involucradas en estos temas.

III. A modo de reflexión final

Corresponde cerrar este análisis con la conciencia de las limitaciones del espacio y de la imposibilidad de realizar un exhaustivo examen sobre la complejidad de la relación entre las

23 Nos referimos al pueblo indígena Ika (Ijka) o Arhuaco cuyo territorio es la Sierra Nevada de Santa Marta, al norte de Colombia.

justicias indígenas y la justicia formal estatal en Colombia. Esto, en tanto la heterogeneidad cultural y las múltiples concepciones y prácticas de justicia de los 102 pueblos indígenas del país representan, en sí mismas, una demanda a la estatalidad y a los interesados en la diversidad jurídica para localizar en lo concreto de los territorios y las realidades indígenas las acciones de entendimiento y coordinación entre jurisdicciones.

Hasta aquí hemos mostrado que esta relación se ha gestado de manera preponderante entre los movimientos y agencias de operadores judiciales, autoridades y representantes de los pueblos indígenas. En el marco de la heterogeneidad que caracteriza al Estado, cabe urgir a los demás actores de las ramas legislativa y ejecutiva para que profundicen los esfuerzos en torno al acercamiento y armonización con las epistemologías que dan origen a las justicias indígenas y a las prácticas y mecanismos que con éstas se corresponden.

No obstante, es importante reconocer que la interpretación constitucional que el poder judicial ha generado como resultado de la persistente demanda de los pueblos indígenas por el reconocimiento de sus valores y principios culturales, ha influido al conjunto de la sociedad nacional y a los otros poderes del Estado para acercarse con respeto a las culturas indígenas y abrirse a otras realidades conceptuales y filosóficas, con una mentalidad cada vez más libre de prejuicios neocoloniales que permite valorar la capacidad de aporte de las justicias indígenas a la gobernanza, la superación de la impunidad y la descongestión de la justicia formal estatal. Además, para los propios pueblos, el ejercicio de sus prácticas judiciales y el relacionamiento con la justicia formal del Estado ha implicado espacios de reflexión que los fortalece y los consolida como pueblos cada vez más autónomos, con capacidad cada vez mayor para proyectarse como sociedades más justas, equitativas y empáticas.

La experiencia colombiana ha encontrado en la resolución de la justicia del caso concreto el camino para la definición de los alcances, los límites y las posibilidades para la articulación entre justicias diversas. En nuestro criterio, es legítima esta manera de construir los acuerdos políticos y las decisiones judiciales en torno al reconocimiento de la pluralidad jurídica en los Estados contemporáneos. No obstante, consideramos que deben ser el dinamismo de las realidades y necesidades del ámbito de lo justo y los movimientos de los distintos actores involucrados en ello, los que resulten definitivos para dar continuidad a lo avanzado o para proponer nuevos escenarios y transformaciones en la relación de las justicias.

Bibliografía

- Ariza, L.
2004 *Identidad indígena y Derecho estatal en Colombia* (Núm. 30). Bilbao.
- Asamblea General de Naciones Unidas
1966 *Pacto internacional de derechos civiles y políticos*.
- Botero, C.
2009 *La acción de tutela en el ordenamiento constitucional colombiano* (Consejo Superior de la Judicatura, Ed.). Bogotá, Colombia: Imprenta Nacional de Colombia.
- Brokmann, C.
2009 Antropología y derechos humanos. *Revista del Centro Nacional de Derechos Humanos*, 12, 55–76.

- Carrasco, M.
2014 Cruce de fronteras entre la antropología y el derecho. En M. Castro (Ed.), *Los Puentes entre la Antropología y el Derecho. Orientaciones desde la Antropología Jurídica* (pp. 283–309). Santiago de Chile, Chile: Programa de Antropología Jurídica e Interculturalidad, Facultad de Derecho, Universidad de Chile.
- Carrillo, D.
2013 *Jurisdicción Especial Indígena: ¿mecanismo de fortalecimiento o debilitamiento del derecho a la libre determinación de los pueblos indígenas?* (Universidad Nacional de Colombia). Recuperado de <http://www.bdigital.unal.edu.co/40047/>
- Comisión Nacional de Coordinación del Sistema Judicial Nacional y la Jurisdicción Especial Indígena
2016 *Relatoría novena sesión. Septiembre 20 y 21 de 2016*. Recuperado de <http://www.indepaz.org.co/comision-nacional-coordinacion-del-sistema-judicial-nacional-la-jurisdiccion-especial-indigena/>
- Confederación Indígena Tayrona
2018 Diagnóstico de casos de personas indígenas pertenecientes al pueblo Arhuaco que han estado en conflicto con la ley (justicias propia y ordinaria) y sobre el funcionamiento de las casas de reflexión. En *Fortalecimiento al ejercicio de la Jurisdicción Especial Indígena: estudio de caso* (p. 122). Bogotá, Colombia: Ministerio de Justicia y del Derecho.
- Congreso de la República de Colombia
2013 *Ley 1653 de 2013*.
- Consejo Superior de la Judicatura y Organización Nacional Indígena de Colombia
2006 *Compilación y selección de los fallos y decisiones de la Jurisdicción Especial Indígena 1980-2006*. Bogotá, Colombia: LEGIS.
- Constitución Política de Colombia. (1991).
- Corte Constitucional de Colombia. (1994a). *Sentencia No. T-254/94*.
- Corte Constitucional de Colombia. (1994b). *Sentencia No. T-342/94*.
- Corte Constitucional de Colombia. (1996a). *Sentencia T-349/96*.
- Corte Constitucional de Colombia. (1996b). *Sentencia T-496/96*.
- Corte Constitucional de Colombia. (1997). *Sentencia No. T-523/97*.
- Corte Constitucional de Colombia. (1998). *Sentencia SU-510/98*.
- Corte Constitucional de Colombia. (1999). *Sentencia T-266/99*.
- Corte Constitucional de Colombia. (2002). *Sentencia T-048/02*.
- Corte Constitucional de Colombia. (2003). *Sentencia T-552/03*.
- Corte Constitucional de Colombia. (2009a). *Sentencia T-053/09*.
- Corte Constitucional de Colombia. (2009b). *Sentencia T-514/09*.
- Corte Constitucional de Colombia. (2010). *Sentencia T-617/10*.
- Corte Constitucional de Colombia. (2012). *Sentencia T-002/12*.
- Corte Constitucional de Colombia. (2013). *Sentencia T-921/13*.
- Corte Constitucional de Colombia. (2017). *Sentencia C-135/17*.
- De Sousa Santos, B.
2002 Hacia una concepción multicultural de los derechos humanos. *El Otro Derecho*, 59-83. Recuperado de <http://www.ibcperu.org/doc/isis/12436.pdf>

Defensoría del Pueblo

s/f *Indígenas privados de la libertad en establecimientos penitenciarios y carcelarios del INPEC.* Recuperado de <http://www.defensoria.gov.co/es/public/Informesdefensoriales>

Gómez, H.

2015 *Justicias indígenas de Colombia: reflexiones para un debate cultural, jurídico y político* (Consejo Superior de la Judicatura, Ed.). Bogotá, Colombia: Centro de Documentación Judicial - CENDOJ.

2016 Miradas antropológicas sobre la dimensión política y cultural de las justicias indígenas. En J. Tocancipá (Ed.), *Antropologías en Colombia: tendencias y debates* (pp. 219–267). Popayán, Colombia: Universidad del Cauca.

Medina, S., Gutiérrez, Ma. y Forero, L. M.

2016 *Situación de indígenas privados de libertad en establecimientos carcelarios: propuestas para un pluralismo igualitario.* Bogotá, Colombia: Ministerio de Justicia, Universidad Externado de Colombia.

Ministerio del Interior

2014 *Decreto 1953 de 2014. Por el cual se crea un régimen especial con el fin de poner en funcionamiento los Territorios Indígenas respecto de la administración de los sistemas propios de los pueblos indígenas.* Bogotá, Colombia.

Olano, H.

2004 Tipología de nuestras sentencias constitucionales. *Vniversitas*, 53(108), 571–602. Recuperado de <http://revistas.javeriana.edu.co/index.php/vnijuri/article/view/14750/11899>

Organización Internacional del Trabajo

1989 *Convenio 169 sobre Pueblos Indígenas y Tribales.* Recuperado de https://www.ilo.org/dyn/normlex/es/f?p=NORMLEXPUB:12100:0::NO::P12100_ILO_CODE:C169

Reinoso, F.

2009 Foro de conveniencia, derecho de conveniencia y nulidad. *Revista de derecho UNED*, (4), 319–342.

Roa, J.

2014 Pluralismo jurídico y mecanismos de coordinación entre los sistemas de justicia indígena y el sistema nacional de justicia en Colombia. *Revista Derecho del Estado*, (33), 101–121.

Rodríguez Garavito, C. (Coord)

2011 *El derecho en América Latina. Un mapa para el pensamiento jurídico del siglo XXI* (1a ed.). Buenos Aires, Argentina: Siglo Veintiuno Editores.

Rueda, C.

2008 El reconocimiento de la jurisdicción especial indígena dentro del sistema judicial nacional en Colombia. El debate de la coordinación. *Estudios Socio-jurídicos*, 10(1), 339–374.

Sánchez, E.

2010 *El peritaje antropológico. Justicia en clave cultural* (Primera ed). Bogotá: Deutsche Gesellschaft für Technische Zusammenarbeit (GTZ), Cooperación Técnica Alemana ProFis.

Sánchez, E. y Gómez, H.

2008 *El peritaje antropológico como prueba judicial*. Bogotá, Colombia: Instituto Colombiano de Antropología e Historia.

Speed, S.

2006 Entre la antropología y los derechos humanos. Hacia una investigación activista y comprometida críticamente. *Alteridades*, 16(31), 73–85.

Stavenhagen, R.

2007 *Informe del Relator Especial sobre la situación de los derechos humanos y las libertades fundamentales de los indígenas*. Recuperado de <https://www.acnur.org/fileadmin/Documentos/BDL/2007/4993.pdf?file=fileadmin/Documentos/BDL/2007/4993>

Uprimny, R.

2005 *El bloque de constitucionalidad en Colombia. Un análisis jurisprudencial y un ensayo de sistematización doctrinal*. Recuperado de <https://www.dejusticia.org/el-bloque-de-constitucionalidad-en-colombia-un-analisis-jurisprudencial-y-un-ensayo-de-sistematizacion-doctrinal/>

La relación entre la justicia indígena y la justicia ordinaria (coordinación/cooperación/tensiones) en Chile

Nancy Adriana Yáñez Fuenzalida (Ph. D.)¹

Abstract

Este artículo analiza la situación del derecho propio indígena y su relación con la justicia ordinaria en Chile. Se constata que el reconocimiento de una ciudadanía diferenciada que provea de derechos constitucionales a los pueblos indígenas y reconozca el pluralismo jurídico se ha expresado con matices en los distintos países de América, salvo en Chile donde el texto constitucional omite la existencia de los pueblos indígenas y, por cierto, de cualquier dimensión de pluralismo jurídico.

No obstante, en Chile se abre un canal institucional para el reconocimiento del pluralismo jurídico por medio de la incorporación al bloque de constitucionalidad de los Tratados Internacionales de Derechos Humanos que complementan la legislación nacional, lo que se ha expresado en una jurisprudencia que permite ciertos márgenes de reconocimiento del derecho consuetudinario, las instituciones y el sistema de vida y costumbre de los pueblos indígenas en Chile.

I. Bases jurídicas del pluralismo jurídico en el derecho internacional de los derechos humanos y sus implicancias en Chile

La implementación en América Latina de los Tratados Internacionales en materia de Derechos Humanos, y en particular el Convenio 169 sobre Pueblos Indígenas y Tribales en Países Independientes de la Organización Internacional del Trabajo (OIT), en adelante el Convenio 169, ha permitido, con mayor o menor medida, dependiendo de la densidad normativa y la

¹ Abogada, Universidad de Chile; Magister en Derecho Internacional de los Derechos Humanos, University of Notre Dame, Estados Unidos de Norte América; Doctora en Derecho, Universidad de Chile. Directora Centro de Derechos Humanos y del Centro de Interculturalidad y Derecho, Facultad de Derecho de la Universidad de Chile.

solidez y autonomía de las instituciones democráticas en los países, la práctica y vigencia del derecho indígena, de tal manera que estos sistemas jurídicos trasciendan las fronteras de las sociedades indígenas. Así, se conocen sus contenidos normativos, reglas y procedimientos, pudiendo ser invocado como un derecho contra hegemónico al orden legal estatal. Sin embargo, la práctica del derecho indígena también plantea cuestiones críticas en materia de administración de justicia que han sido relevadas no solo por los Estados y los miembros de la sociedad no indígena, sino también de sus propios miembros².

En la práctica el pluralismo jurídico plantea retos. Martínez y otros autores, así lo consignan, evidenciando que la convivencia e implementación de los preceptos programáticos y normativos que configuran el derecho propio de los pueblos indígenas y el derecho estatal generan dificultades, que se expresan, por una parte, en el hecho irrefutable de que la convivencia de cosmovisiones y valores diversos conlleva conflictos sociales, políticos y económicos, agudizados por la carga histórica de relaciones coloniales, por otra, en la tarea que enfrentan los Estados plurinacionales para redefinir sus democracias dentro del marco de los derechos humanos internacionalmente reconocidos y la maximización de las autonomías indígenas³.

Los derechos humanos han coadyuvado a la validez jurídica del pluralismo jurídico en América Latina. En esta misma línea, la opción por el pluralismo jurídico en el derecho interno ha sido recogida en las reformas constitucionales adoptadas en los años noventa, una vez concluidos los regímenes dictatoriales, y de un modo más robusto en las Constituciones de Ecuador (2008) y Bolivia (2009), donde se han configurado Estados plurinacionales. En este proceso de *constitucionalización* del pluralismo jurídico, con mayor o menor fuerza, comienzan a derribarse las concepciones del Estado y del monismo jurídico que han imperado en nuestra historia republicana.

Los mismos autores citados en los párrafos precedentes sostienen que la circulación de la información favorece el diálogo intercultural en un contexto de pluralismo jurídico, donde el Estado puede percibir mejor las virtudes de la institucionalidad indígena para resolver de un modo más eficaz la conflictividad social y, de igual modo, puede influir en el gobierno de los pueblos indígenas que incorporan los derechos humanos como parámetros de convivencia intercultural⁴.

El pluralismo jurídico también implica obligaciones a los Estados que emanan del límite material (mínimo jurídico) impuesto por los derechos humanos y que le exigen definir los ámbitos de competencia y los alcances del ejercicio de derechos colectivos que tienen los pueblos indígenas, por la vía constitucional, legal o jurisprudencial, incluyendo la delimitación de las potestades reservadas a los pueblos indígenas sobre sus asuntos propios, en un marco de libre determinación (maximización de la autonomía).

A partir de lo expuesto, se concluye que los pueblos indígenas, en razón de su condición de pueblos, ejercen potestades como sujeto colectivo que –antes de la implementación constitucional de los derechos indígenas en el continente– estaban reservadas exclusivamente para el Estado nacional. En este nuevo contexto, donde se reconfiguran los Estados dando cabida al pluralismo jurídico, los pueblos indígenas ejercen válidamente potestades y competencias

2 MARTÍNEZ OTROS COORDS., 2012

3 MARTÍNEZ OTROS COORDS., 2012

4 MARTÍNEZ OTROS COORDS., 2012

en sus territorios que habían sido usurpadas por el Estado. En las actuales circunstancias, la consagración legal del pluralismo jurídico genera como resultado que los pueblos indígenas formen parte del pacto constitucional.

El reconocimiento de una ciudadanía diferenciada que provea de derechos constitucionales a los pueblos indígenas se ha expresado con diferencias en los distintos países de América. Sin embargo, con la sola excepción de Chile, todos han sido permeados por el pluralismo jurídico reconociendo potestades autonómicas a los pueblos indígenas en lo que al derecho se refiere.

No obstante, en Chile se abre un canal institucional para el reconocimiento del pluralismo jurídico por medio de la incorporación al bloque de constitucionalidad de los Tratados Internacionales de Derechos Humanos. Los instrumentos internacionales vinculantes para el Estado de Chile en los cuáles han sido reconocidos estos derechos son: los Pactos de Derechos Humanos⁵ (Pacto de Derechos Civiles y Políticos y Pacto de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, en adelante PDCP y PDESC, respectivamente), la Convención Americana de Derechos Humanos⁶, la Convención para la Eliminación de Todas las formas de Discriminación Racial⁷ y el Convenio 169⁸. También ha suscrito la Declaración Universal de Derechos de los Pueblos Indígenas⁹

La integración del Convenio 169 al ordenamiento jurídico interno se produce por medio del mecanismo establecido en el artículo 5 inciso 2 de la Constitución Política de la República de 1980, implica incorporar los derechos de los pueblos indígenas consignados en dicho instrumento al catálogo de derechos fundamentales. Esta misma normativa permite la inclusión material a la Constitución de los otros tratados sobre derechos humanos ratificados y vigentes en Chile, antes citados.

El artículo 5 inciso segundo de la Constitución dispone que el derecho convencional internacional de derechos humanos, válidamente incorporado al derecho doméstico por medio de su ratificación, constituye un cuerpo normativo vinculante y de aplicación preferente en el derecho interno, que se erige como un límite material que irradia a todo el ordenamiento jurídico. En efecto, este artículo reconoce como límite al ejercicio de la soberanía el respeto a los derechos esenciales que emanan de la naturaleza humana¹⁰, consagrados en los tratados internacionales ratificados por Chile y que se encuentren vigentes, ratificación que está regulada en el artículo 54 de la Constitución.¹¹

5 Chile ratificó el PDCP por Decreto 778 de 1976, el que fue publicado en el Diario Oficial el 29 de abril de 1989, fecha en la que entró en vigencia en nuestro país. El PDESC, fue promulgado y publicado el 28 de abril de 1989, fecha en que entró en vigencia.

6 Decreto Promulgatorio 873 de RR. EE., de 23 de agosto de 1990. Publicado en el Diario Oficial el 5 de enero de 1991, y entró en vigor en esa misma fecha. El Estado de Chile en este acto reconoció la competencia de los órganos encargados de la aplicación de la Convención, esto es la Comisión Interamericana de Derechos Humanos (CIDH) y la Corte Interamericana de Derechos Humanos (Corte IDH).

7 Decreto Promulgatorio 747 de RR. EE., de 26 de octubre de 1971. Publicado en el Diario Oficial el 12 de noviembre de 1971. Entró en vigor el 19 de noviembre de 1971.

8 Decreto Promulgatorio 236 de RR.EE., de 2-10-2008. Publicado en el Diario Oficial el 12-11-1971. Entró en vigor el 15-09-2009.

9 Aprobada por la Asamblea General de las Nacionales Unidas, 107a. sesión plenaria, el 13 de septiembre de 2007

10 Artículo 5, inciso 1°, Constitución Política de la República de Chile, reforma 1989.

11 Artículo 5, inciso 2°, Constitución Política de la República de Chile, Reforma 1989.

El precepto en análisis provee un estatuto jurídico diferenciado para las normas de derechos humanos contenidas en los tratados internacionales, cualquiera sea la naturaleza de estos. Conforme a ello, se concluye que la jerarquía de tales normas de derechos humanos es de carácter constitucional¹².

De acuerdo a esta normativa no cabe sino concluir que los derechos humanos reconocidos en los tratados internacionales ratificados por Chile y que se encuentran vigentes en el ordenamiento jurídico interno, complementan¹³ el catálogo de derechos fundamentales en la Constitución chilena.¹⁴ Se conforma de este modo un “Bloque de Constitucionalidad”, cuyas bases normativas están establecidas precisamente en el citado artículo 5 de la Constitución¹⁵.

El análisis jurisprudencial evidencia una clara tendencia a favor de la incorporación de las normas internacionales de derechos humanos al texto constitucional¹⁶ y su uso como elemento hermenéutico para la interpretación del catálogo constitucional de derechos fundamentales¹⁷. Lo propio ha hecho el Tribunal Constitucional¹⁸, aun cuando su jurisprudencia es heterogénea. De hecho, no ha seguido esta tendencia en materia de derechos indígenas cuando ha sido invocado el Convenio 169 para revisar la constitucionalidad de otros cuerpos legales, tales como el Convenio Internacional para la Protección de las Obtenciones

12 NASH C., 2012: 20 - 23. V. t., BERTELSEN R., mayo-agosto 1996: 211 - 222; pefeffe E., 2003: 471; gaete E., 1996: 266; ribera T. 2007: 89 - 118.

13 Sobre la relación de complementariedad entre el Derecho Internacional y Nacional, véase cancado Trincade A., 2001: 273.

14 Nogueira H., 2012: 223.

15 Esta concepción es seguida en la doctrina nacional por diversos autores: NOGUEIRA H., 2004 y 2012; RUIZ TAGLE P., 2006; NASH C., 2008.

16 Corte Suprema, causa rol N° 3125 - 2004, sentencia de 13-03-2007 establece: “*En definitiva los derechos humanos asegurados en un tratado se incorporan a ordenamiento jurídico interno, formando parte de la Constitución material adquiriendo plena vigencia, validez y eficacia jurídica, no pudiendo ningún órgano del Estado desconocerlos y debiendo todos ellos respetarlos y promoverlos, como asimismo, protegerlos a través del conjunto de garantías constitucionales destinadas a asegurar el pleno respeto de los derechos. Esta obligación no sólo deriva del mentado Artículo 5°, sino también del 1°, incisos primero y cuarto, y 19, N° 26, de la Carta Magna y de los mismos tratados internacionales, entre éstos del Artículo 1° común a los Cuatro Convenios de Ginebra, que establece el deber de los Estados Partes de respetar y hacer respetar el derecho internacional humanitario.*” En la misma línea se pronuncia la Corte Suprema, causa rol N° 4183 - 2006, sentencia de 18 abril de 2007, considerando 10°: “*Que, a lo anterior y conforme a la norma de reenvío contenida en el Artículo 5° de la Constitución, debe extenderse el reconocimiento con rango constitucional del derecho de defensa, también a los derechos garantizados por los tratados internacionales ratificados por Chile y que se encuentren vigentes como son los Artículos 11.1 de la Declaración Universal de Derechos Humanos [...]; el Artículo 14.3 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos [...]; el Artículo 8.2 de la Convención Americana de Derechos Humanos [...]*”. Corte Suprema, causa rol N° 6053 - 2007, sentencia de 29 abril de 2008, considerando 11°.

17 Corte Suprema, causa rol N° 876 - 2008, sentencia de 4 de mayo de 2008, considerando 2°; Corte Suprema causa rol N° 9758 - 2009, sentencia de 13 de abril de 2008, considerando 18; Corte Suprema, causa rol N° 6811 - 2008, sentencia de 11 de noviembre de 2008, considerando 3°; Corte Suprema, causa rol N° 696 - 2008, sentencia de 25 de mayo de 2009, considerando 11°.

18 Tribunal Constitucional, causa rol N° 226, sentencia de 30 de octubre de 1995, considerando 25°: “[...] la doctrina como nuestra Constitución Política reconocen la existencia de derechos, aunque no estén consagrados en el texto constitucional, a menos que esta consagración implique una violación a las normas fundamentales. Esta última expresión significa que los hombres son titulares de derechos por ser tales, sin que sea menester que se aseguren constitucionalmente para que gocen de protección constitucional.”; Tribunal Constitucional, causa rol N° 815, sentencia de 14 de agosto de 2008, considerandos 9° a 11°; Tribunal Constitucional, causa rol N° 1340, sentencia de 29 de noviembre de 2009.

Vegetales (UPOV)¹⁹, la Ley General de Pesca y Acuicultura²⁰ y el D.S. 40 que aprueba el Reglamento del Sistema de Evaluación de Impacto Ambiental, toda vez que en esos casos el Tribunal Constitucional rechazó la pretensión de que el Convenio 169 pueda ser utilizado como baremo de constitucionalidad.

II. Regulación del derecho propio indígena (*derecho consuetudinario o costumbre indígena*) en el derecho internacional

El Convenio 169 regula la aplicación y vigencia del derecho propio indígena en los artículos 8 al 12, de esta forma consagra el pluralismo jurídico. Estas normas imponen al Estado la obligación de respetar el derecho consuetudinario indígena, disponiendo que al aplicar la legislación nacional deberán considerarse las costumbres o derecho consuetudinario indígena. Además, reconoce el derecho de los pueblos indígenas a conservar sus costumbres e instituciones propias, siempre que éstas no sean incompatibles con los derechos humanos definidos en los sistemas jurídicos nacional e internacional. Frente a potenciales conflictos jurídicos derivados de la superposición de normas y principios en un contexto de pluralismo jurídico, surge la obligación de establecer procedimientos para solucionar los conflictos, cuestión que según veremos a continuación se pronuncia mayoritariamente sobre la preeminencia del derecho propio o consuetudinario indígena.

En lo que respecta a la administración de justicia indígena en el ámbito sancionatorio, el Convenio 169 dispone que, en la medida que ello sea compatible con el sistema jurídico nacional y con los derechos humanos internacionalmente reconocidos, deberán respetarse los métodos a los que los pueblos indígenas recurren tradicionalmente para la represión de delitos cometidos por sus miembros. Por otra parte, las autoridades y tribunales estatales llamados a pronunciarse sobre cuestiones penales que involucren a personas de origen indígena deberán considerar las características económicas, sociales y culturales de éstos.

El derecho propio también opera como base normativa del reconocimiento de los derechos de propiedad y posesión indígena sobre tierras que tradicionalmente ocupan, e incorpora la noción de propiedad indígena conforme a los paradigmas epistemológicos que le son propios. Así, está establecido en los artículos 13 al 19 del Convenio 169, que imponen a los Estados la obligación de instituir procedimientos adecuados en el marco del sistema jurídico nacional para solucionar las reivindicaciones de tierras formuladas por pueblos interesados, salvaguardando la especial relación de los pueblos indígenas con sus tierras y territorios, los que constituyen la base de la identidad étnica de estos pueblos.

El artículo 14 del Convenio N° 169, reconoce explícitamente los derechos de propiedad y posesión sobre las tierras que tradicionalmente ocupan los pueblos indígenas. La Comisión de Expertos en Aplicación de Convenios y Recomendaciones de la OIT (CEACR) ha señalado que el establecimiento de los derechos de los pueblos indígenas sobre las tierras se basa en la ocupación y en el uso tradicional, y no en el eventual reconocimiento o registro legal oficial de la propiedad de la tierra por parte de los Estados, argumentando que la ocupación

19 Tribunal Constitucional, Causa Rol 1988.

20 Tribunal Constitucional, Causa Rol 2387 y 2388 acumulados.

tradicional confiere el “derecho a la tierra en virtud del Convenio,... independientemente de que tal derecho hubiera sido reconocido o no [por el Estado]”²¹. De igual modo, la CEACR ha establecido que el derecho fundado en la ocupación de la tierra es un principio rector del Convenio e impone a los Estado la obligación de generar los procedimientos adecuados para hacerlo efectivo²².

La Corte Interamericana de Derecho Humanos, en adelante la Corte IDH, ha consolidado una jurisprudencia en esta materia siguiendo la interpretación fidedigna formulada por los órganos de aplicación del Convenio 169, así como las de las disposiciones de la Declaración de Naciones Unidas sobre Derechos de los Pueblos Indígenas, al reconocer que el derecho de propiedad comunal ancestral de los pueblos indígenas sobre sus tierras confiere pleno dominio. Ello, haciendo una interpretación evolutiva del derecho de propiedad privada consagrado en la Declaración y la Convención Americana. Así en el caso *Awas Tingni vs. Nicaragua* (2001), la Corte IDH reconoció a la luz del artículo 21 de la Convención Americana la propiedad comunal de los pueblos indígenas sobre la tierra²³. Asimismo, reconoció la validez de la posesión de la tierra basada en la costumbre indígena, aun a falta de título, como fundamento de su propiedad sobre ellas, y la necesidad de que la estrecha relación que los indígenas tienen con sus tierras sea reconocida y comprendida como la base fundamental de sus culturas, su vida espiritual, su integridad y su supervivencia económica²⁴. La Corte extendió la protección de la propiedad basada en el artículo 21 de la Convención Americana de Derechos Humanos a la ocupación basada en el derecho consuetudinario indígena²⁵. En años posteriores la Corte IDH ha ratificó su interpretación sobre la materia en diversos fallos²⁶. En su sentencia en

21 Conferencia Internacional del Trabajo, CEACR 2003, 73.^a sesión, Observación, Perú: párr. 7.

22 Conferencia Internacional del Trabajo, CEACR 2009: 742.

23 Corte IDH. Caso de la Comunidad Mayagna (Sumo) Awas Tingni Vs. Nicaragua. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 31 de agosto de 2001. Serie C No. 79. párr. 148-149.

24 Corte IDH. Caso Comunidad Mayagna (Sumo) Awas Tingni vs. Nicaragua, 2001, párr.151.

25 Corte IDH, Caso Comunidad Mayagna (Sumo) Awas Tingni vs. Nicaragua, 2001, párr. 149; Corte IDH. Caso Comunidad Indígena Sawhoyamaya Vs. Paraguay. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 29 de marzo de 2006. Serie C No. 146. párr. 118, y Caso del Pueblo Saramaka. Vs. Surinam, párr. 90. Corte IDH. Caso Comunidad Indígena Xákmok Kásek Vs. Paraguay. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 24 de agosto de 2010. Serie C No. 214. párr. 88.

26 Corte IDH, Caso de la Comunidad Mayagna (Sumo) Awas Tingni, Sentencia de 31 de agosto de 2001 Serie C No. 79; Corte IDH. Caso Comunidad Indígena Yakye Axa Vs. Paraguay. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 17 de junio de 2005. Serie C No. 125; Caso Comunidad Indígena Sawhoyamaya Vs. Paraguay. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 29 de marzo de 2006. Serie C No. 146; Corte IDH. Caso del Pueblo Saramaka Vs. Surinam. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 28 de noviembre de 2007. Serie C No. 172; Caso Comunidad Indígena Xákmok Kásek. Vs. Paraguay. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 24 de agosto de 2010 Serie C No. 214; Corte IDH. Caso Pueblo Indígena Kichwa de Sarayaku Vs. Ecuador. Fondo y reparaciones. Sentencia de 27 de junio de 2012. Serie C No. 245; Caso de los Pueblos Indígenas Kuna de Madungandí y Emberá de Bayano y sus Miembros Vs. Panamá. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 14 de octubre de 2014. Serie C No. 284; Caso Comunidad Garífuna Triunfo de la Cruz y sus Miembros Vs. Honduras. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 8 de octubre de 2015. Serie C No. 305; Caso Comunidad Garífuna de Punta Piedra y sus Miembros Vs. Honduras. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 8 de octubre de 2015. Serie C No. 304; Caso Pueblos Kaliña y Lokono Vs. Surinam. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 25 de noviembre de 2015. Serie C No. 309. Corte IDH. Caso Pueblo Indígena Xucuru y sus miembros Vs. Brasil. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 5 de febrero de 2018. Serie C No. 346.

el caso Sawhoyamaxa la Corte IDH sostuvo que el derecho a la reivindicación de las tierras de propiedad ancestral reclamadas por los pueblos indígenas no se extinguía mientras estas mantengan su relación con dichas tierras, sea esta material o espiritual²⁷.

Respecto a la validez del derecho consuetudinario, señala la Corte IDH que “[el] derecho consuetudinario de los pueblos indígenas debe ser tenido especialmente en cuenta, para los efectos de que se trata. Como producto de la costumbre, la posesión de la tierra debería bastar para que las comunidades indígenas que carezcan de un título real sobre la propiedad de la tierra obtengan el reconocimiento oficial de dicha propiedad y el consiguiente registro”²⁸. De este modo, entonces, el Sistema Interamericano de derechos humanos reconoce la propiedad derivada de patrones tradicionales o consuetudinarios de uso y posesión generados por los propios pueblos indígenas²⁹.

III. El reconocimiento del pluralismo jurídico en el derecho interno chileno

El cuerpo legal que regula los derechos de los pueblos indígenas en Chile es la Ley 19.253 sobre Protección, Fomento y Desarrollo de los Indígenas, en adelante la Ley Indígena y, junto a los Tratados Internacionales de Derechos Humanos, en particular al Convenio 169, sientan las bases del pluralismo jurídico en Chile.

En lo que refiere al reconocimiento de la costumbre o derecho consuetudinario indígena, La ley dispone que “la costumbre hecha valer en juicio entre indígenas pertenecientes a una misma etnia, constituirá derecho, siempre que no sea incompatible con la CPR. En lo penal, se la considerará cuando ello pudiere servir como antecedente para la aplicación de una eximente o atenuante de responsabilidad” (artículo 54). Siempre en este ámbito, la ley dispone que la sucesión de tierras indígenas comunitarias se sujetará “a las normas que cada etnia tenga en materia de herencia, y en subsidio, por la ley común” (artículo 18). También en esta materia reconoce el sistema de cacicado mapuche willeche el establecer que “se reconoce en esta etnia el sistema tradicional de cacicados y su ámbito territorial” (artículo 61).

El marco regulatorio impuesto por la Ley 19.253 en materia de reconocimiento del derecho a la tierra de los pueblos indígenas, en primer lugar, reconoce que para las “etnias”³⁰ indígenas, la tierra es el fundamento principal de su existencia y cultura. Establece como uno de los deberes del Estado y la sociedad en general protegerlas, velar por su adecuada explotación, su equilibrio ecológico y propender a su ampliación³¹.

Identifica las tierras indígenas, incorporando en esta categoría aquellas que las personas o comunidades indígenas ocupan, sea en propiedad o posesión, y que provienen de toda clase de títulos emanados del Estado. Considera a futuro aquellas que sean declaradas por los tribunales como pertenecientes a indígenas y las que los indígenas y sus comunidades reciban a futuro a título gratuito del Estado. También identifica como tierras indígenas (ancestrales) las que históricamente han ocupado y poseen personas o comunidades indígenas, caso en que

27 Así la Corte sostiene que “mientras que esta relación exista, el derecho de reivindicación permanecerá vigente.” Corte IDH, Caso Sawhoyamaxa vs. Paraguay, 2006, párr. 131.

28 Corte IDH, Caso Comunidad Mayagna (Sumo) Awas Tingni Vs. Nicaragua, 2001, párr. 151.

29 ANAYA J., 2005: 204.

30 Nomenclatura utilizada por la propia Ley Indígena.

31 Artículo 1, Ley 19.253.

se requiere para que sean consideradas como tales que se inscriban en el registro de tierras de la Corporación Nacional de Desarrollo Indígena (CONADI), a solicitud de las respectivas comunidades o indígenas titulares de la propiedad³².

La protección se extiende a las tierras de propiedad individual o colectiva, al disponer que ambos tipos de propiedad estén exentos del pago de contribuciones. La ley establece además que, “por exigirlo el interés nacional”, estas tierras indígenas (individuales o comunitarias) no podrán ser enajenadas, embargadas, gravadas ni adquiridas por prescripción, salvo entre comunidades o personas de una misma etnia. Dispone que las tierras colectivas no puedan ser arrendadas, dadas en comodato, ni cedidas a terceros en uso goce o administración. Solo podrán ser arrendadas o cedidas en uso las tierras individuales por un plazo no superior a cinco años. Sólo las personas naturales indígenas pueden permutar sus tierras por otras de no indígenas con la autorización de la CONADI³³, de lo que se colige que no cabe la permuta por tierras no indígena respecto a tierras comunitarias y, consecuentemente, ningún tipo de enajenación respecto de ellas. En el caso del Pueblo Rapa Nui, tampoco se admite la permuta por tierras de terceros no indígenas en el caso de tierras de propiedad individual³⁴.

La ley establece un mecanismo para proveer la ampliación de las tierras indígenas y responder a las demandas históricas el Fondo de Tierras y Aguas, que se aplica a todos los pueblos indígenas. En lo sustancial, establece que dicho fondo será administrado por la CONADI con el objeto de: a) otorgar subsidios para la adquisición de tierras por personas y comunidades indígenas cuando la superficie de que dispongan sea insuficiente; b) financiar mecanismos que permitan la solución de problemas de tierras, en especial con motivo del cumplimiento de resoluciones o transacciones judiciales o extrajudiciales que recaigan sobre tierras indígenas; y c) financiar la constitución, regularización o compra de derechos de agua o financiar obras destinadas a obtener este recurso (artículo 20). Como se observa la Ley no contempla un procedimiento de delimitación y demarcación de las tierras ancestrales indígenas, sino que dispone de recursos fiscales para la compra de tierras en el mercado inmobiliario. Este mecanismo se utiliza para la ampliación de tierras y, de igual modo, para la adquisición de tierras de propiedad ancestral indígenas actualmente ocupadas o tituladas a nombre de terceros. El mecanismo se aplica principalmente respecto a las tierras reivindicadas por el pueblo mapuche, y ha resultado ser totalmente inadecuado para garantizar la restitución de las tierras ancestrales de dicho pueblo³⁵.

Sin embargo, la Ley Indígena contiene un capítulo de normas especiales para los pueblos indígenas del norte del país (aymara, atacameña, quechua, coya y diaguita) (Párrafo 2° del Título VIII, artículos 62 a 65) y para el pueblo Rapa Nui (artículo 68 y ss.), estableciendo procedimientos especiales de demarcación y titulación.

32 Artículo 12, Ley 19.253. El Artículo 12 N° 2 dispone que son tierras indígenas: “Aquellas que históricamente han ocupado y poseen las personas o comunidades mapuches, Aymaras, Rapa Nui o pascuenses, atacameñas, quechuas, collas, Kawashkar y Yámana, siempre que sus derechos sean inscritos en el Registro de Tierras Indígenas que crea esta ley, a solicitud de las respectivas comunidades o indígenas titulares de la propiedad”.

33 Artículo 13, Ley 19.253.

34 Artículo 69, inciso 3, Ley 19.253.

35 De acuerdo al CENSO 2017, la población que se considera perteneciente a algún pueblo indígena u originario en Chile asciende a 2.185.792 personas. El mayor porcentaje (91%) de ella se distribuye en tres pueblos: Mapuche, Aymara y Diaguita. El pueblo Mapuche está conformado por 1.745.147 personas, lo que representa 9,9% de toda la población efectivamente censada en el país.

Estas disposiciones complementarias dan protección y reconocimiento a las tierras y agua de los pueblos indígenas del norte del país, las cuales no habían sido objeto de reconocimiento o regulación jurídica en el pasado. El artículo 63 de la Ley Indígena, señala que: “La Corporación, en los procesos de saneamiento y constitución de la propiedad de las comunidades señaladas en este párrafo, deberá salvaguardar los siguientes tipos de dominio: a) Tierras de propiedad de indígenas individualmente considerados, que por lo general comprenden la casa habitación y terrenos de cultivo y forrajes; b) Tierras de propiedad de la Comunidad Indígena constituida en conformidad con esta ley y correspondientes, por lo general, a pampas y laderas de cultivo rotativas; c) Tierras patrimoniales de propiedad de varias Comunidades Indígenas, tales como pastizales, bofedales, cerros, vegas y otras de uso del ganado auquénido.”

Como es posible apreciar, la disposición transcrita establece los “tipos de dominio” que se deben “salvaguardar” en los procesos de saneamiento y constitución de la propiedad de los pueblos aymara, atacameño y demás comunidades indígenas del norte del país, dando cuenta de que se trata de dominios que existen previamente a que la Autoridad proceda a sanearlos o a constituir propiedad legal sobre dichas tierras, debido a que tienen su fundamento en el derecho consuetudinario indígena y en los patrones de uso y ocupación ancestral de las personas indígenas o las comunidades³⁶. Este se evidencia en el hecho de que la Ley Indígena utilice el término “propiedad” en supuestos en los cuales el Estado aún no ha saneado o titulado dichas tierras.

Como se aprecia, la Ley Indígena provee de pautas no tan sólo para el reconocimiento de las tierras de ocupación individual, sino que también para aquellas de uso y ocupación colectiva de una comunidad o de varias comunidades.

El interés del legislador del año 1993 porque dichos tipos de dominio de las comunidades indígenas del norte sean reconocidos efectivamente por medio de la demarcación y titulación de sus tierras, se aprecia al observar lo señalado en el inciso 1° del artículo 3° transitorio de la Ley Indígena, que dispone: “La Corporación realizará, en conjunto con el Ministerio de Bienes Nacionales, durante los tres años posteriores a la publicación de esta ley, un plan de saneamiento de títulos de dominio sobre las tierras aimaras y atacameñas de la I y II regiones, de acuerdo a las disposiciones contenidas en el párrafo 2° del Título VIII.”

Junto con lo anterior, el artículo 64° de la Ley Indígena establece un estatuto de protección de las aguas de uso y ocupación ancestral de las comunidades indígenas del norte del país.

La ley establece, además, un procedimiento especial para constituir dominio a favor de los miembros del pueblo Rapa Nui que ocupan tierras ancestrales no tituladas, las que se encuentran inscritas a nombre del Fisco de Chile desde el año 1933. De este modo, para los efectos de la constitución del dominio en relación con los miembros de la comunidad Rapa Nui poseedores de tierras, se confiere competencia a la Comisión de Desarrollo de Isla de Pascua (CODEIPA) para actuar en conformidad a las disposiciones de los artículos 7, 8 y 9 del Decreto Ley 2.885 de 1979. Los reclamos de los afectados por estas resoluciones se tramitarán de conformidad con los artículos 12, 13 y 14 del mismo cuerpo legal.

36 En este sentido, ver: YAÑEZ, N., & MOLINA, R. 2008. *La gran minería y los derechos indígenas en el norte de Chile*. Santiago de Chile: Editorial LOM; y AYLWIN, J. (Coord.), MEZA-LOPEHANDÍA, M., & YAÑEZ, N. 2013. *Los pueblos indígenas y el derecho*. Santiago de Chile: Editorial LOM, pp. 145 y ss.

Por otra parte, en relación con los miembros de la comunidad Rapa Nui no poseedores de tierras, la CODEIPA podrá estudiar la situación y proponer al Ministerio de Bienes Nacionales la entrega gratuita de tierras fiscales en dominio, concesión u otras formas de uso, acorde con la tradición de este pueblo y con los programas de desarrollo que se determinen para Isla de Pascua.

También se dispone de un procedimiento de reclamación que deberá efectuarse dentro de los 120 días siguientes de haber tomado conocimiento de la resolución que deniega el derecho. La reclamación se presenta ante la CODEIPA solicitando la reconsideración de la medida, la que será conocida y resuelta dentro del mismo plazo contado desde la fecha de su presentación. De esta resolución podrá reclamarse ante el juzgado respectivo de conformidad al procedimiento establecido en el artículo 56 de la ley 19.253.

Las tierras asignadas o regularizadas en virtud de esta normativa se considerarán tierras indígenas de aquellas contempladas en el N° 4 del artículo 12, rigiendo a su respecto las prohibiciones legales que impiden su enajenación a personas ajenas al pueblo indígena correspondiente. En este caso, se prohíbe también la permuta establecida en el inciso 3° del artículo 13, aun cuando se trate de tierras individuales, para evitar que por esta vía personas que carecen de la filiación étnica al pueblo Rapa Nui puedan acceder a tierras en Isla de Pascua.

Finalmente, la ley 19.253 impone al presidente de la República la obligación de dictar un reglamento estableciendo las normas de funcionamiento de la CODEIPA y, asimismo, el procedimiento y modalidades relativas al otorgamiento de títulos de dominio, concesiones u otras formas de uso de las tierras en Isla de Pascua. El Ejecutivo dictó el reglamento de constitución y funcionamiento de la CODEIPA³⁷, pero la reglamentación del procedimiento para el otorgamiento de títulos de dominio, concesiones u otras formas de dominio aún está pendiente y mientras tanto se aplica el procedimiento establecido en D.L. 2.885 y supletoriamente el D.L. 1939 sobre administración y disposición de bienes fiscales³⁸.

Si bien la Constitución no reconoce a los pueblos indígenas y menos aún derechos de autonomía, respecto del pueblo Rapa Nui ha reconocido como “territorio especial” el territorio insular Rapa Nui. En el año 2007, mediante la Ley N° 20.193, se aprobó una reforma a la Constitución, que confiere a Isla de Pascua la condición de un “territorio especial”, señalando que son territorios especiales los correspondientes a Isla de Pascua y al Archipiélago Juan Fernández, y que el gobierno y administración de estos territorios se regirá por los estatutos especiales que establezcan las leyes orgánicas constitucionales respectivas (artículo 126 bis.).

Agrega una disposición transitoria que estipula que mientras no entren en vigencia los estatutos especiales a que se refiere el artículo 126 bis, los territorios especiales de Isla de Pascua y Archipiélago Juan Fernández continuarán rigiéndose por las normas comunes en materia de división político-administrativa y de gobierno y administración interior del Estado. (Vigesimosegunda Transitoria). Hasta la fecha el Estatuto Especial de Administración

37 D.S. 394/ 1994 del Ministerio de Planificación y Cooperación, modificado por el D.S. 335/1999, aprueba reglamento para la aplicación de los Artículos 68 permanente y 12 transitorio de la Ley 19.253. D.S. 3/2000 del Ministerio de Planificación y Cooperación, aprueba reglamento de la Comisión de Desarrollo de Isla de Pascua.

38 Artículo 18, D.L. 2.885.

no se ha dictado y, por tanto, el territorio continúa rigiéndose por las normas comunes de administración que imperan en todo el territorio chileno.

El año 2008 se aprobó la Ley N° 20.249. La norma, crea el espacio marítimo costero de los pueblos originarios, reconoce y resguarda el uso consuetudinario del borde costero para las comunidades indígenas cuyo sistema de vida y costumbre está vinculado a estos espacios, de modo que garantice la preservación de sus tradiciones y el uso de los recursos existentes en el territorio marítimo demarcado. Establece que el espacio será destinado a comunidades y asociaciones indígenas que lo soliciten por los entes públicos competentes mediante un convenio. Su aplicación abarca a todos los pueblos indígenas.

Para la demarcación del territorio marítimo o *maritorio* indígena se usa como criterio el uso consuetudinario. De este modo se establece que el espacio a delimitar será el necesario para asegurar el ejercicio dicho uso consuetudinario. La duración de la concesión que otorga estos espacios es de duración indefinida, salvo que la comunidad titular incurra en una situación de incumplimiento del plan de manejo para el uso del espacio marítimo y los recursos, plan que deberá presentarse y ser aprobado por el Estado.

En el año 2009 entró en vigencia el reglamento de la ley. De acuerdo a esta norma, serán susceptibles de ser declarados como espacio costero marino de pueblos originarios los bienes comprendidos en el borde costero que en la actualidad se encuentran bajo la supervigilancia y administración del Ministerio de Defensa Nacional, Subsecretaría de Marina, de conformidad con el Artículo 1° del Decreto con Fuerza de Ley N° 340, de 1960, del Ministerio de Hacienda, sobre concesiones marítimas.

Las normas antes citadas dan cuenta que en Chile hay un reconocimiento del pluralismo jurídico en su versión más débil, que corresponde a la vigencia del derecho propio como base del reconocimiento de sus derechos de propiedad sobre tierras, aguas y territorio marítimo. De igual forma, la legislación reconoce la aplicación del derecho consuetudinario en el marco de la aplicación de la legislación nacional y el ejercicio de la justicia estatal. La legislación chilena no reconoce los sistemas de justicia propia indígena y, por tanto, el reconocimiento de los territorios y *maritorios* indígenas no inciden en el ejercicio de la justicia propia y obviamente no delimita su ámbito jurisdiccional.

IV. Reconocimiento jurisprudencial del pluralismo jurídico en Chile

La jurisprudencia chilena se ha pronunciado en diversos casos respecto a la aplicación de la costumbre indígena con criterios muy diversos, de modo que no es factible identificar una línea jurisprudencial respecto al tipo de pluralismo jurídico al que se adhieren los tribunales chilenos, salvo señalar que si ha sido recogido conforme se evidencia en los casos que analizamos a continuación y que hemos identificado como paradigmáticos.

i) Tensiones entre el derecho indígena y los derechos humanos en casos de violencia intrafamiliar

La Ley 20.066, sobre Violencia Intrafamiliar, como medida de protección a las víctimas de violencia intrafamiliar prohíbe los “acuerdos reparatorios” como mecanismo de resolución de conflictos en

estos casos. “Artículo 19.- Improcedencia de acuerdos reparatorios. En los procesos por delitos constitutivos de violencia intrafamiliar no tendrá aplicación el artículo 241 del Código Procesal Penal”.

La jurisprudencia, sin embargo, aplicando el Convenio 169, ha aceptado la resolución de casos de violencia intrafamiliar por medio de acuerdos reparatorios en casos que involucran a personas de origen mapuche³⁹. Esta fue cuestionada especialmente desde las organizaciones feministas y de defensa de los derechos de las mujeres, que advirtieron que ello implicaba poner en situación de vulnerabilidad a las mujeres indígenas por subordinar los derechos fundamentales de éstas a los derechos de la colectividad o pueblo indígena al imponer los mecanismos de resolución de conflictos validados por la costumbre. La jurisprudencia fue revertida y se estableció que artículo 9 del Convenio N°169 establece un límite para la represión de los delitos cometidos por sus miembros, cual es los derechos humanos reconocidos en el derecho nacional e internacional⁴⁰.

ii) Denegación de la costumbre, imposición del sistema punitivo estatal en base a prejuicios y estereotipos en casos que involucran a personas indígenas

La pastora indígena Aymara Gabriela Blas, fue condenada a 12 años de prisión, por el delito de abandono con resultado de muerte de su hijo Domingo Blas Blas, ello a consecuencia de la pérdida de su hijo, en circunstancias que se encontraba pastoreando ganado para un tercero⁴¹. La pérdida ocurrió en julio de 2007 y el cuerpo del niño fue encontrado sin evidencias de lesiones efectuadas por terceros, la investigación penal no se pudo determinar la razón de la muerte⁴². El Tribunal estimó que Gabriela Blas debió “representarse”, el peligro que implicaba dejar al menor mientras iba a buscar los animales rezagados, lo que constituía un peligro real y demostrado. Para rechazar la invocación a la costumbre, señala que la perito de la Defensa Inés Flores Huanca “*se esforzó por mostrar a la acusada como una mujer indígena totalmente fuera de la cultura “occidental”, quien dejó a su hijo mientras se fue a buscar los animales, ello conforme lo que debía hacer según sus patrones culturales aimaras*”⁴³. Bajo estos antecedentes, el Tribunal desestima esta posición en base a estereotipos y perspectivas discriminatorias que lo llevan a dar preeminencia a los dichos de otros testigos, entre otros los del Carabinero Ángel Parraguez, quien observó “*prendas femeninas y documentales en el lugar, tales como toallas higiénicas y documentos no propios para quien se dice sufrir de privación cultural*”⁴⁴ A partir de lo anterior, estima que se alcanzó el estándar de convicción exigido por el artículo 340 del Código Procesal Penal para condenar a la imputada.

39 SCA Tco. 581/2012; 635/2012; 388/2012; 499/2012; 1192, 2011; 1034/2011; 18/2012; 43/2012; y, 955/2011.

40 SCA Temuco, 220 - 2013.

41 Sentencia del Tribunal de Juicio Oral en lo Penal de Arica, Ruc 0710014873-5, Rit No. 221-2009, 11 de octubre de 2010.

42 Durante la investigación y juicio penal la Sra. Blas sufrió una serie de vulneraciones de derechos tales como tortura, detención ilegal, faltas al debido proceso, discriminación, además de la entrega en adopción de su hija pequeña CBB, a la época de 3 años de edad, a pesar de su oposición.

43 Sentencia del Tribunal de Juicio Oral en lo Penal de Arica, Ruc 0710014873-5, Rit No. 221-2009, 11 de octubre de 2010., considerando décimo tercero, segundo párrafo.

44 Ibid., considerando décimo tercero, tercer párrafo.

Con respecto a la aplicación del Convenio 169, el Tribunal determinó que al aplicar el derecho de los pueblos originarios a tomar en consideración sus costumbres debe verificarse la concurrencia de dos elementos, uno objetivo integrado a la repetición de la conducta y otro subjetivo relativo a la convicción de estar actuando en cumplimiento de una obligación. La defensa presentó pruebas sobre la costumbre, que incluye pastorear con los niños, y que en algunas oportunidades pueden quedar solos, pero a la vista de quien pastorea. Por lo que no es posible concluir que dejar a un niño en un lugar solitario fuera actuar según la costumbre. Por lo tanto no se compromete la costumbre aymara⁴⁵.

Posteriormente, se consideraron agravantes y atenuantes, concluyendo que se aplica la atenuante de irreprochable conducta anterior. Se condena a Gabriela Blas Blas a “doce años de presidio mayor en su grado medio por su participación en calidad de autora del delito de abandono de un menor de diez años en lugar solitario, con resultado de muerte, establecido en el artículo 351 ambos del Código Penal”⁴⁶.

El caso fue presentado ante el Sistema Interamericano de Derechos Humanos (SIDH)⁴⁷ y concluyó con un Acuerdo de Solución Amistosa donde el Estado reconoce responsabilidad internacional por la vulneración de los derechos de Gabriela Blas y de su hija quien fue dada en adopción sin el consentimiento de su madre⁴⁸.

En otros casos la jurisprudencia chilena ha utilizado la costumbre indígena y el contexto socio cultural para agravar la responsabilidad penal y justificar la aplicación de leyes especiales, tales como la Ley de Seguridad Interior del Estado, la Ley Antiterrorista o Delitos penales agravados. El contexto socio cultural ha sido utilizado en contra de los principios del Convenio 169, determinando que constituye una agravante de responsabilidad, pues sirve de base para argumentar que la conducta es premeditada, atenta contra una categoría de personas y, por tanto, es susceptible de causar temor en la población a efectos de calificar la conducta como terrorista. Cuando estos argumentos de tipo socio cultural han sido esgrimidos por la defensa de las personas indígenas imputadas y considerados por los tribunales de la instancia, el Ministerio Público recurre de nulidad e indica que el sentenciador ha aludido a un “contexto extrajurídico”, tesis que ha terminado prevaleciendo generando un escenario de criminalización de los líderes indígenas. Los imputados en estos procesos mayoritariamente revisten la

45 Ibid., considerando décimo cuarto.

46 Ibid., considerando décimo séptimo, tercer párrafo.

47 Petición P 687-11, GBB y CBB con Estado de Chile.

48 En el caso se estimó que había vulneración a los siguientes derechos: violación a los derechos y garantías establecidos en el artículo 1.1. (obligación de respetar y garantizar los derechos), artículo 2 (deber de adoptar disposiciones de derecho interno), artículo 5 (derecho a la integridad física, psíquica y moral), artículo 7 (derecho a la libertad personal), artículo 8.1 (garantías judiciales), artículo 17 (protección a la familia), artículo 19 (derechos del niño), artículo 24 (igualdad ante la ley y no discriminación), y artículo 25 (protección judicial), artículo 26 desarrollo progresivo) de la Convención Americana de Derechos Humanos (en adelante la Convención), y artículos 7 a y b y 9 de la Convención Belém do Pará, artículo 26 (desarrollo progresivo) de Gabriela Blas Blas y de su hija Claudia, artículo 7 a y b, artículo 8 y artículo 9 de la Convención Belém do Pará en perjuicio de Gabriela Blas Blas; y de la violación a los derechos y garantías establecidos en el artículo 1.1. obligación de respetar y garantizar los derechos), artículo 2 (deber de adoptar disposiciones de derecho interno), artículo 5 (derecho a la integridad física, psíquica y moral), artículo 17 (protección a la familia), artículo 19 (derechos del niño), artículo 24 (igualdad ante la ley y no discriminación), artículo 26 (desarrollo progresivo) de la Convención Americana de Derechos Humanos de la menor CBB.

calidad de autoridades ancestrales en sus comunidades (*Lonkos*) o voceros (*werkenes*), lo que en algunos casos ha sido un factor determinante para agravar su responsabilidad penal, suprimir garantías procesales, usar testigos protegidos para inculparlos y, finalmente, aumentar la prisión preventiva y las penas.

El caso más paradigmático es el de los Lonkos Mapuche Pichún y Norín⁴⁹. Este caso también fue denunciado en el SIDH y Chile obtuvo una sentencia condenatoria⁵⁰. En la sentencia, la Corte IDH concluyó que el Estado de Chile violó el principio de legalidad y el derecho a la presunción de inocencia en perjuicio de las ocho víctimas de este caso, por haber mantenido vigente y aplicado el artículo 1° de la ley N° 18.314, que contenía una presunción legal del elemento subjetivo del tipo terrorista. La Corte IDH también encontró que en la fundamentación de las sentencias condenatorias se utilizaron razonamientos que denotaban estereotipos y prejuicios, lo cual configuró una violación del principio de igualdad y no discriminación y el derecho a la igual protección de la ley. El fallo hace un llamado de atención por la existencia de una legislación que no garantiza el derecho al debido proceso, poniendo especial atención y haciendo recomendaciones en relación al uso de testigos con identidad reservada que no garantizan el derecho a la contra - interrogación, y ordena que se modifique esta legislación. En síntesis, la Corte señaló que el Estado violó el principio de legalidad y de presunción de inocencia, el principio de igualdad ante la ley y garantías judiciales. Además de vulnerar el derecho a la defensa, a la libertad personal, libertad de pensamiento y expresión, el derecho a recurrir un fallo ante un tribunal superior y, por último, de violar los derechos políticos. Respecto a la definición de terrorismo, se establece que no se han seguido las directrices internacionales establecida en la Resolución 1566/2004⁵¹ y Convenciones Internacionales. La Corte Suprema ordenó la implementación de esta sentencia de la Corte IDH, precisando que lo que falta de cumplimiento –“insuficiente”–, según lo señalado por el Corte IDH, podría lograrse por medio de la supresión de determinados registros derivados del o los fallos cuestionados, que falten por eliminar, sin afectar la materialidad de los juicios impugnado a efectos de no afectar el principio de cosa juzgada⁵².

Otro caso emblemático es el que afectó a la comunera mapuche Lorenza Cayuhán Llebub, privada de libertad en el Centro de Detención Preventiva de Arauco en virtud de una condena de cinco años y un día por el delito de robo con intimidación, quien presentaba un embarazo de 32 semanas, y en el mes de octubre de 2016 fue derivada por personal del área de enfermería de dicho Centro Penal hasta el Servicio de Urgencia del Hospital de la misma ciudad, siendo conducida esposada, no obstante, su condición de parturienta.

En dicho centro de salud se le diagnosticó “pre eclampsia”, un estado que aumenta la presión arterial de la mujer embarazada y puede provocar una hemorragia cerebral en el feto, poniendo en peligro su vida⁵³. Posteriormente, fue trasladada al Hospital Regional de Concepción

49 STOP Angol 14/03/06 RUCN° 0100083503-6; SCS 02/07/03, Rol N° 1743/03; STOP Angol 09/11/04 y 27/07/05; SCS 06/04/05.

50 CORTE IDH, caso Norín Catrimán y otros (dirigentes, miembros y activista del pueblo indígena mapuche) vs. Chile Sentencia de 29 de mayo de 2014 (fondo, reparaciones y costas) seriec_279_esp.pdf.

51 Disponible [en línea] <https://www.un.org/victimsofterrorism/es/node/46>. Consultada el 11 de septiembre de 2019.

52 Sentencia AD – 1386-2014, 16 DE MAYO DE 2019.

53 Disponible [en línea] <http://www.humanas.cl/?cat=6&paged=45>. Consultada el 11 de septiembre de 2019.

en ambulancia y bajo custodia de dos funcionarios de Gendarmería quienes la mantuvieron durante ese trayecto “engrillada por el pie izquierdo a la camilla de la ambulancia”. Al día siguiente, Lorenza fue trasladada a la Clínica de la Mujer de Concepción donde el personal de salud pidió retirar las medidas de seguridad para llevar a cabo el respectivo monitoreo. Durante dicha evaluación se mantuvo en la misma sala una funcionaria de Gendarmería, mientras que durante el parto de la niña Sayén Ignacia asistió un gendarme hombre⁵⁴.

La Corte Suprema, acogió un recurso de amparo interpuesto a favor de la señora Cayuhán y determinó que los hechos recurridos “constituyen una situación paradigmática de interseccionalidad en la discriminación, donde se observa una confluencia de factores entrecruzados que se potencian e impactan negativamente en la amparada, pues esta recibió un trato injusto, denigrante y vejatorio, dada su condición de mujer, gestante y parturienta, privada de libertad y perteneciente a la etnia mapuche, lo que en forma innecesaria puso en riesgo su salud y vida, así como la de su hija, todo ello, en contravención a la normativa nacional e internacional vigente en la materia”⁵⁵.

iii) Principio de auto – identificación para determinar la condición de indígena y la membresía étnica de las comunidades indígenas y sus organizaciones tradicionales

La Corte de Apelaciones de Antofagasta, determinó que la Resolución Exenta N° 049/2011 “Estudio de Impacto Ambiental Proyecto El Morro” discrimina a la Comunidad Agrícola de los Huasco Altinos y sus miembros, al omitir su condición de indígenas en circunstancias que se encuentra acreditada su ascendencia diaguita, vulnera el derecho de propiedad que les corresponde en la Estancia Los Huasco Altinos y, asimismo, el carácter indígena de estas tierras, que “*requiere un tratamiento especial*”, vulnerando derechos reconocidos en los artículo 19 N° 2 y 24 de la Constitución Política de la República, el Convenio 169 y los artículos 26 y 27 del Pacto de Derechos Civiles y Políticos⁵⁶.

Dicha sentencia fue ratificada por la Corte Suprema⁵⁷, disponiendo en sus principales considerandos lo siguiente: Que además de la legislación nacional, en armonía con la Ley 19.253, rige en Chile el Convenio 169 de la O.I.T. sobre pueblos indígenas y tribales en países independientes, normativa vigente a la luz de lo dispuesto en el artículo 5° de la Constitución Política de la República y 26 y 27 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, (promulgado en el Diario Oficial del 29 de abril de 1989, mediante Decreto N° 778 del 30 de noviembre de 1976) cuyo artículo 6° exige a los gobiernos consultar a los pueblos interesados mediante procedimientos apropiados e instituciones representativas, cada vez que se prevean medidas legislativas o administrativas susceptibles de afectar directamente a estas personas, debiendo establecerse los medios, a través de los cuales los pueblos indígenas y tribales interesados puedan participar libremente, precisándose en su artículo 7° que estos pueblos deben tener el derecho de decidir sus propias prioridades en lo que atañe al proceso de desarrollo,

54 Disponible [en línea] <http://www.humanas.cl/?cat=6&paged=45>. Consultada el 11 de septiembre de 2019.

55 Corte Suprema, Rol N° 92.795-2016, 1° de diciembre de 2016, Considerando 16°.

56 SCA Antofagasta en causa rol 681-2011, ratificada por la Excm. Corte Suprema en fallo de 27 de abril de 2012, causa rol 2211-2012.

57 Corte Suprema. Rol: 2211-2012.

en la medida que éste afecte a sus vidas, creencias, instituciones y bienestar espiritual y a las tierras que ocupan o utilizan de alguna manera y de controlar, en la medida de lo posible, su propio desarrollo económico, social y cultural, debiendo participar en la formulación, aplicación y evaluación de los planes y programas de desarrollo nacional y regional, susceptibles de afectarles directamente y en lo referente a la utilización de recursos naturales y propiedades mineras⁵⁸.

iv) Derecho de propiedad indígena basado en la costumbre y el uso inmemorial, casos que han permitido el reconocimiento del derechos a la tierra, las aguas y los recursos naturales

La ocupación tradicional, basada en el derecho consuetudinario indígena, como fundamento de los derechos de propiedad ancestral sobre sus tierras y territorios, en Chile ha sido acogida por la jurisprudencia tratándose de la regularización de derechos de propiedad ancestral sobre las aguas⁵⁹. El razonamiento en esos casos es homologable a la situación de las tierras, territorios y demás recursos naturales de los indígenas, según se desprende de la argumentación consignada por la Corte Suprema, donde se señala: “Que, como se transcribió en la reflexión Tercera precedente, el Artículo 64 de la ley 19.253 establece una protección especial a las aguas de las comunidades Aymará y Atacameñas, las que deben considerarse bienes de propiedad y uso de la comunidad indígena, agregándose en el Artículo 3° Transitorio que la CONADI y la DGA establecerían un convenio para la protección, constitución y restablecimiento de los derechos de propiedad ancestral de dichas comunidades, con lo cual el Estado de Chile reconoce los derechos indígenas sobre las tierras y sus recursos, lo que constituye un reconocimiento al derecho consuetudinario de estas etnias aborígenes, validando la propiedad indígena sobre dichos bienes.”⁶⁰

La jurisprudencia, además, ha determinado que el concepto de tierras indígenas es más amplio que el establecido en la Ley 19.253, por aplicación del art. 13 N° 2 del Convenio 169. Así lo señaló en un caso que involucra a una autoridad religiosa mapuche, la *machi* Francisca Linconao. Comprobó el Tribunal que Forestal Palermo introdujo plantación de especies exóticas, que reemplazan bosque nativo en tierras colindantes con comunidades indígenas, que como consecuencia de ello se destruyó el bosque ancestral y se contaminaron aguas vitales para el abastecimiento de la comunidad. La afectación de manantiales implicó la destrucción de sitios sagrados “*Menokos*”. Además, se extinguieron yerbas medicinales que la *machi* utilizaba en sus prácticas medicinales. En el fallo el Tribunal desarrolló un concepto amplio de medio ambiente: “*Conjunto de relaciones y no de elementos, el cual comprende y no sólo envuelve al hombre, abarcando elementos naturales y culturales o artificiales por igual. Concepto de carácter antropomórfico. Sin un medio ambiente adecuado, resulta ilusorio que el hombre sea digno en libertad e igualdad y pueda disfrutar el pleno goce y ejercicio de sus derechos*”.⁶¹

58 Corte Suprema, sentencia dictada en causa Rol 2683-2010, considerando décimo.

59 Corte Suprema, Caso Comunidad Atacameña de Toconce vs. Essan S.A. Rol 986-2003, considerando 6°.

60 Corte Apelaciones Iquique, Agua Mineral Chusmiza SAIC vs. Comunidad Indígena Aymará Chusmiza. Rol 817-2006, considerando 3°. Chusmiza Usmagama, Corte Suprema Rol 2480/08

61 SCA de Temuco causa rol N° 1773/08.

Destacan en el fallo la aplicación del Convenio sobre la Diversidad Biológica de 1992, que reconoce la estrecha relación entre comunidades indígenas con los recursos biológicos; el Pacto de Derechos Civiles y Políticos; y, la Declaración Universal de Derechos Indígenas. En esta misma perspectiva, la Corte de Apelaciones pondera que de la legislación nacional también se desprenden los mismos principios que emanan de la legislación internacional: Protección del bosque nativo; Concepto amplio de medio ambiente, Ley 19.300; Deber de proteger cultura indígena y la relación de esta con el medio ambiente, Ley 19.253, artículo 4 N° 1, 5 y 13 del Convenio 169. Incorpora, además, un enfoque de salud intercultural. Deber de respetar, reconocer y proteger los sistemas de salud de las culturas indígenas. Hace hincapié en que UNESCO promueve el respeto de la medicina tradicional indígena como parte del patrimonio cultural intangible de la humanidad⁶².

Recientemente, el Primer Juzgado Civil de Antofagasta, se pronunció sobre el retardo injustificado de parte de Estado de Chile en orden a demarcar y restituir las tierras indígenas en el norte del país y acogió la demanda interpuesta por la Comunidad Atacameña de Solor, ordenando al Estado de Chile transferir –en el plazo de un año– los territorios donde se ubican las lagunas Cejar y La Piedra, territorios ubicados en la comuna de San Pedro de Atacama. El fallo establece que *“tratándose de terrenos que constituyen territorios ancestrales de la actora y no existiendo impedimento legal alguno para que el Estado transfiera y con ello reconozca el derecho de propiedad ancestral, es que se acoge la demanda principal conforme se declara en la parte resolutive de esta sentencia”*⁶³. La sentencia fue revocada por la Corte Suprema

En otro fallo el Juzgado Civil de Cañete ordenó a la Empresa Forestal Bosques Arauco, restituir 97 hectáreas a la comunidad indígena Ignacio Huilipán, ubicada en el sector Huide en la comuna de Contulmo. La sentencia reconoce que el título de merced otorgado en el año 1904 a la comunidad demandante es imprescriptible, e invocó la Ley Indígena y el Convenio 169 para acoger la petición de la comunidad que exigía la devolución de las tierras que formaban parte del título de merced. La empresa forestal había alterado los límites naturales de la propiedad, que según sus títulos debía llegar hasta el estero Chan Chan. La sentencia determinó que Bosques Arauco se aprovechó ilegalmente de las tierras pese a tener conocimiento de los límites de su propiedad, los cuales sobrepasó. Por ello el tribunal dio por acreditada la “mala fe” de la empresa al estar en conocimiento de los límites de su predio mediante las escrituras e inscripciones y tratar de igual manera generar confusión respecto al deslinde correspondiente al estero Chan Chan⁶⁴.

v) La consulta como herramienta de diálogo intercultural y protección de la especificidad de las culturas indígenas, avances y retrocesos de la jurisprudencia chilena

Analizada la jurisprudencia que se pronuncia sobre la consulta previa, libre e informada, la más relevante corresponde a la sentada en el caso proyecto “Actualización Plan Regulador San Pedro de Atacama” - Comunidad Indígena de Toconao y Consejo de Pueblos Atacameños,

62 SCA de Temuco causa rol N° 1773/08

63 Sentencia de primera instancia, Primer Juzgado Civil de Antofagasta, Causa rol 5691/2016.

64 Sentencia de primera instancia, Juzgado Civil de Cañete causa rol N° C 21 – 2015.

que se pronuncia sobre los estándares que provee el Convenio 169 y a los que debe ajustarse la Consulta Indígena en el SEIA. Esto es, respetar la especificidad cultural de los pueblos originarios, de modo que el proceso de consulta sea llevado a cabo desde esa particularidad y en dirección a ella para salvaguardar las personas, las instituciones, los bienes, el trabajo, la cultura y el medio ambiente de los pueblos interesados. Se explicita que las reuniones informativas o de socialización instauradas en la legislación sectorial no constituyen consulta, por cuanto los afectados no tienen posibilidades reales de influir en la toma de las decisiones que les afectan. Se sostiene que la consulta y la participación de organizaciones representativas indígenas es obligatoria y debe instaurarse mediante procedimientos que permitan llegar a entendimiento a través de un diálogo que ha de tenerse de buena fe con el propósito claro de arribar a acuerdos.

La Corte de Apelaciones de Antofagasta⁶⁵ rechazó el recurso argumentando, por un lado, que la COREMA había realizado instancias de sociabilización entre las comunidades, por lo que entendía cumplido el deber de consulta del artículo 6 del Convenio 169. Por otro lado, argumentó que la autoridad ambiental determinó que no había afectación que hiciese necesario un Estudio de Impacto Ambiental (EIA), de acuerdo lo establecido por la ley. La Corte Suprema⁶⁶ revocó la sentencia de primera instancia, invalidando la Resolución de Calificación Ambiental (RCA) que otorgó calificación ambiental a la modificación del Plan Regulador de San Pedro, estimando que era ilegal por falta de consulta, lo que constituye una vulneración a la garantía constitucional de igualdad ante la ley. Específica, además, que se debe realizar un EIA y que la participación ciudadana deberá ajustarse a los términos del Convenio 169. Asimismo, determina los estándares del derecho a la consulta indígena conforme a los criterios que provee el Convenio 169.

En primer lugar se pronuncia sobre la especificidad cultural de la consulta indígena, explicitando que cualquier proceso que pueda afectar alguna realidad de los pueblos originarios, sea llevado a cabo desde esa particularidad y en dirección a ella para salvaguardar las personas, las instituciones, los bienes, el trabajo, la cultura y el medio ambiente de los pueblos interesados. Afirma que el derecho a consulta es un mecanismo de participación que les asegura a los Pueblos Indígenas el ejercicio del derecho esencial de todos los integrantes de la comunidad nacional de intervenir con igualdad de condiciones en su mayor realización espiritual y material posible⁶⁷.

Argumenta que la mera entrega de información, como son las instancias de participación que aduce haber utilizado la recurrida y que corresponden a las establecidas en el artículo 2.1.11 de la Ordenanza General de Urbanismo y Construcciones para la aprobación del instrumento de planificación, distan de satisfacer las especiales características que posee la consulta cuya omisión se reprocha. Dicho mecanismo no constituye consulta, por cuanto los afectados no tienen posibilidades reales de influir en la toma de las decisiones que les afectan, en particular en la nueva planificación territorial del lugar donde están localizados, con miras la protección de los derechos de esos pueblos y garantizar el respeto de su integridad, debiendo para ello atender a elementos de análisis propios de la realidad indígena, como son su identidad

65 Corte de Apelaciones de Antofagasta. Rol: 782-2010, caratulado “Asociación Indígena Consejo De Pueblos Atacameños Con Comisión Regional Del Medio Ambiente Región Antofagasta”.

66 Corte Suprema Rol 258 – 2011.

67 *Ibíd.*, considerando 5.

social y cultural, sus costumbres y tradiciones y sus instituciones⁶⁸. Aclara que el artículo 4° del Convenio previene la obligatoriedad de las consultas y la participación de organizaciones representativas⁶⁹. Finalmente, se resuelve que la RCA impugnada es ilegal y arbitraria ya que incumple la obligación de fundamentación de los actos administrativos, porque no es fruto de un claro proceso de consulta en el que se hayan tenido en cuenta las aspiraciones y formas de vidas de las comunidades originarias interesadas. En consecuencia vulnera la garantía de igualdad ante la ley que contempla el artículo 19 N° 2 de la Constitución Política⁷⁰.

vi) Estándares metodológico de los informe antropológicos para determinar la concurrencia de la variable cultural en casos de proyectos de inversión extractivo de recursos naturales o que afectan el hábitat indígena

Durante el año 2016, el Tercer Tribunal Ambiental con sede en la ciudad de Valdivia, resolvió dos reclamaciones presentadas por comunidades y personas mapuche en contra de decisiones del Comité de Ministros que habían calificado favorablemente dos proyectos hidroeléctricos, fundado en la inconsistencia de los informe antropológicos que le servían de fundamento.

El primero de estos casos fue resuelto por el Tercer Tribunal Ambiental, por medio de su sentencia de 17 de noviembre de 2016⁷¹. Dicho caso se inició por una reclamación presentada por don José Cayún en contra de la resolución que ejecutaba el acuerdo del Comité de Ministros, que rechazó el recurso administrativo presentado en contra de la calificación ambiental favorable del proyecto “Central de Pasada Mediterráneo”. La principal controversia promovida por el reclamante apuntó a evidenciar la ilegalidad cometida por la Autoridad Ambiental al autorizar el proyecto, puesto que se habría basado en un Estudio Antropológico Original presentado por el proponente y su posterior ampliación, los cuales presentaban evidentes errores metodológicos, antecedentes incorrectos e información insuficiente. Al revisar el Estudio Antropológico Original y su Ampliación, el Tercer Tribunal Ambiental detectó numerosos errores metodológicos, tales como la falta de diseño muestral, el no uso de grabadora como medio de registro, la ausencia de citas textuales de los entrevistados, inconsistencias respecto de las matrices de entrevistas y su aplicación, así como en la presentación de los antecedentes históricos y de poblamiento del territorio⁷². Tal como observó el Tribunal, a pesar de los múltiples actos y pronunciamiento de la Autoridad Ambiental durante la evaluación del proyecto, ésta hizo suya esta información y sus conclusiones, sin reparar en los problemas metodológicos de los que adolecía, y aun cuando la comunidad se lo había hecho saber. De esta manera, el Tribunal concluyó: “[...] que la incertidumbre de las conclusiones del Estudio Antropológico y de su Ampliación, en ningún caso permitió [...] [a la Autoridad Ambiental] aceptar –o dar por probada– la existencia o inexistencia de los hechos netos contemplados en el art. 11 [...] Ley de Bases del Medio Ambiente [LBMA]”. Esto, impidió al Comité de Ministros haber llegado a alguna conclusión sobre la procedencia

68 Ibid., considerando 8.

69 Ibid., considerando 7.

70 Ibid., considerando 9.

71 Tercer Tribunal Ambiental R 30 - 2016, sentencia de 17 de noviembre de 2016. Corte Suprema Rol N° 100.805-2016, sentencia de 29 de diciembre de 2017.

72 3TA R 30 - 2016, considerando 36° y ss

o improcedencia de realizar un proceso de consulta a los pueblos indígenas, por lo cual su decisión reclamada se encontraba inmotivada⁷³.

El segundo caso resuelto por el mismo Tribunal. El caso se inició por medio de una reclamación presentada por la Comunidad Indígena Benancio Huenchupán, en contra de la decisión del Comité de Ministros que resolvió calificar favorablemente el proyecto “Central Hidroeléctrica Doña Alicia”⁷⁴. La Comunidad fundamentó su reclamación señalando que el Informe de Inspección Antropológica, presentado por el titular del proyecto durante la evaluación ambiental, era deficiente y cuestionable, y desconocía elementos esenciales de la cosmovisión del pueblo Mapuche, principalmente en lo relacionado al vínculo espiritual y cultural con el río Cautín. Esto significó que el área de influencia del proyecto fuera delimitada sin mayor justificación y sin considerar las reales interacciones espaciales en el territorio. Al igual que lo sucedido en los casos analizados, lo anterior fue observado por la Comunidad durante el proceso general de participación ciudadana, única instancia que habrían tenido para formular observaciones al proyecto.

Tal como señaló el Tercer Tribunal Ambiental luego de analizar los argumentos expresados por el Comité de Ministros al valorar las observaciones de la Comunidad, éstos se habrían sustentado en el pronunciamiento conforme emitido por la CONADI en el proceso de evaluación ambiental y en el Informe de Inspección Antropológica aportado por el titular. En relación al pronunciamiento de la CONADI, el Tribunal concluyó que éste es infundado, al no explicitar las razones que le permitieron alcanzar su conclusión y no aportar antecedentes⁷⁵. Al analizar la información antropológica aportada por el titular, el Tribunal observó que dicho informe es metodológicamente precario y poco riguroso, al basarse solo en una visita al área de emplazamiento del proyecto y en una única persona no indígena entrevistada. Esto se traduce en que, durante el proceso de evaluación, el titular no habría demostrado en forma expresa y suficiente la no generación de los efectos adversos significativos sobre las comunidades indígenas presentes en el sector, no siendo posible descartar el deber de implementar un proceso de consulta previa a las comunidades próximas al proyecto⁷⁶.

V. Conclusiones

Como se ha podido observar del análisis que antecede en Chile el tipo de pluralismos jurídico que se reconoce en el ordenamiento jurídico chileno se manifiesta en una versión débil, La legislación confiere vigencia al derecho propio indígena como base del reconocimiento de sus derechos de propiedad sobre tierras, aguas, recursos naturales y territorio marítimo. Se reconoce el derecho consuetudinario circunscrito a la remisión que hace la legislación nacional y en el marco del ejercicio de la justicia estatal. Como ha sido explicitado en este artículo la legislación chilena no reconoce los sistemas de justicia propia indígena, de modo que el

73 Ibid., considerando 50°.

74 Tercer Tribunal Ambiental R 38 - 2016, Sentencia de 28 de diciembre de 2016. Corte Suprema causa rol N° 3.971-2017, Sentencia de 28 de junio de 2018.

75 3TA R - 36 - 2016, considerando 32.

76 Ibid., considerando 33.

reconocimiento de los territorios indígenas (continentales, insulares y marítimos) no inciden en el ejercicio de la justicia propia y su ámbito jurisdiccional.

Existen algunos avances jurisprudenciales –a partir de la entrada en vigencia del Convenio 169– en relación al reconocimiento del derecho de propiedad ancestral al agua basado en el uso consuetudinario; derechos de uso, aprovechamiento y protección de tierras, recursos naturales y ecosistemas parte del hábitat territorial indígena; y, derecho a la consulta acorde a la especificidad étnica de los pueblos indígenas.

No existe caso documentado alguno de reconocimiento de la potestad jurisdiccional de autoridades indígenas para resolver conflictos propios de su comunidad atendiendo a su derecho de autodeterminación reconocido en la normativa internacional. Los casos de acuerdos reparatorios en situaciones de violencia intrafamiliar podrían ir en esa línea.

En materia penal persisten criterios discriminatorios que invalidan la costumbre, se observan casos de denegación de justicia y aplicación del derecho penal que imponen la teoría del derecho penal del enemigo (criminalización). Ello está cambiando a partir del fallo Norin Catriman y otros con Estado de Chile y Acuerdo de Solución Amistosa (ASA) Gabriela Blas Blas (GBB) y la menor CBB con Estado de Chile.

Los tribunales civiles siguen anclados en principios del derecho privado y recogen tímidamente las normas y principios contenidos en la Ley Indígena para proteger las tierras indígenas y resguardar la especial relación de los pueblos indígenas y sus miembros con las tierras ancestrales.

Se perfila en Chile un espacio para desarrollar el pluralismo jurídico y reconocer los derechos indígenas, pero evidentemente en una versión débil que no se ajusta a las normas y principios que imperan en el derecho internacional y comparado.

Bibliografía

AGUILAR, Gonzalo

2007 La Dinámica Internacional de la cuestión Indígena. Centro de Estudios Constitucionales de Chile, Universidad de Talca, Talca.

ANAYA, James

2005 Los Pueblos Indígenas en el Derecho Internacional. Madrid: Trotta, 2005.

AYLWIN, Jose, Matias MEZA - LOPEHANDIA y Nancy YAÑEZ

2013 Los Pueblos Indígenas y el Derecho. Santiago: Lom.

BERTELSEN, Raúl

1996 Rango jurídico de los tratados internacionales. En: Revista Chilena de Derecho, mayo-agosto 1996, Vol. 23 N° 2 y 3, Tomo I. Santiago, Chile. Pp. 211 - 222.

CANCADO TRINCADE, Antonio

2001 El Derecho Internacional de los Derechos Humanos en el Siglo XXI. 2ª. Ed. Editorial Jurídica de Chile, Santiago.

GAETE, Eugenio

1996 Derecho Internacional y Derechos de los Estados: incorporación de los derechos humanos. En: Revista Chilena de Derecho, Vol. 23 N° 2 y 3, Tomo I. Santiago, Chile. Pp. 259 - 275.

- MARTINEZ, Juan Carlos; SETEINER, Christian; y URIBE, Patricia (Coordinadores)
Elementos y Técnicas de Pluralismo Jurídico. Manual para operadores de justicia.
Konrad-Adenauer-Stiftung e. V., 2012.
- NASH, Claudio
2008 La concepción de derechos fundamentales en Latinomamérica. Tendencias jurisprudenciales. Tesis doctoral. Facultad de Derecho, Universidad de Chile. Santiago, Chile.
2012 Derecho Internacional de los Derechos Humanos en Chile, recepción y aplicación en el ámbito interno. Centro de Derechos Humanos, Facultad de Derecho de la Universidad de Chile, Santiago, Chile.
- NOGUEIRA, Humberto
2002 Consideraciones sobre el Fallo del Tribunal Constitucional Respecto del Tratado de Roma que Establece la Corte Penal Internacional *Ius Et Praxis*, 8(1), 2002: 563-581. [en línea] <http://dx.doi.org/10.4067/S0718-00122002000100032>. [consulta: 20 Enero de 2014]
2004 Una senda que merece ser transitada: la Sentencia Definitiva de Casación de la Quinta Sala de la Corte de Apelaciones de Santiago, Rol N° 11.821-2003, Caso Miguel Angel Sandoval Rodríguez”, *Revista Ius et Praxis*, año 9 N° 2, p. 235 y 236. Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales, Universidad de Talca, Santiago.
2012 La concepción de Constitución, el bloque de constitucionalidad de derechos fundamentales y el control de convencionalidad en la práctica jurisprudencial del tribunal constitucional y la Corte de Suprema de Justicia de Chile. En: PFEFFER E. (Coord.). *Derechos Fundamentales. Libro Homenaje al profesor Francisco Cumplido Cereceda*. Editorial Jurídica de Chile, Santiago. Pp.219 – 260.
- PFEFFER, Emilio
2003 Los Tratados Internacionales sobre Derechos Humanos y su ubicación en el orden normativo interno. En: *Revista Iuris et Praxis*, 2003. Vol. 9, N° 1. Talca, Chile. Pp. 467-484.

La relación entre la justicia indígena y la justicia ordinaria en Ecuador

*Mariana Yumbay Yallico*¹

Resumen

Los pueblos indígenas han desarrollado sus propios sistemas de vida, de pensamiento y su derecho propio con base en la práctica colectiva continua e histórica, en permanente relación e interacción con la naturaleza. En el Ecuador se han elaborado aproximadamente veinte constituciones, la mayoría de ellas han desconocido los derechos de los pueblos indígenas y la justicia indígena; solo las constituciones de 1998 y 2008 reconocen la justicia de los pueblos indígenas.

En lo formal, la justicia indígena se encuentra reconocida en la Constitución y las leyes. Las autoridades indígenas tienen facultades jurisdiccionales para resolver los conflictos internos, cuyas resoluciones únicamente están sujetas al control constitucional; sin embargo, en la práctica, aún existen dificultades para su ejercicio.

1 Pertenece a la nacionalidad kichwa, Doctora en Jurisprudencia y Abogada de los Tribunales y Juzgados de la República por la Universidad Central del Ecuador; Especialista Superior en Derechos Colectivos por la Universidad Andina Simón Bolívar; Diploma Superior en Derechos Humanos y Democracia; Especialista en Derecho Penal y Justicia Indígena, Magíster en Derecho Penal y Criminología por la Universidad Regional Autónoma de los Andes; Experta en Derechos Humanos, Pueblos Indígenas y Cooperación Internacional por la Universidad Carlos III de España y candidata a PhD en la Universidad Pablo de Olavide de Sevilla.

Ha desempeñado las siguientes funciones: Asesora parlamentaria del Congreso Nacional del Ecuador y de varias organizaciones campesinas, indígenas y no indígenas; Consultora de varios organismos nacionales e internacionales: CARE Ecuador Ecolex, Ayuda Popular Noruega, Prolocal, Banco Mundial, entre otros; Jueza de Garantías Penales y de Tránsito de Bolívar; Jueza de la Corte Nacional de Justicia del Ecuador; Presidenta de la Sala de Adolescentes Infractores de la Corte Nacional de Justicia; Docente invitada de la Universidad Andina Simón Bolívar-Sede Ecuador y Abogada litigante. Actualmente es Subsecretaria Social y de Articulación del Recurso Hídricos de la Secretaría del Agua (SENAGUA). Ha publicado algunos artículos y libros; Ponente nacional e internacional en temas relacionados con los derechos de los pueblos y nacionalidades, de las mujeres y otros temas de investigación. Exdirectora Ejecutiva y Miembro del Instituto para las Ciencias Indígenas Pacarí.

En este contexto, el presente trabajo tiene el propósito de hacer un recorrido histórico por las constituciones para explorar los derechos de los pueblos indígenas, en particular el de la justicia indígena, así como analizar las formas en las que el Estado garantiza el ejercicio de este derecho e identificar, asimismo, los mecanismos de coordinación y cooperación entre las justicias.

I. Contexto normativo del reconocimiento de derechos de los pueblos indígenas y la relación entre la justicia indígena y la justicia ordinaria

A. Constituciones sin derechos indígenas

En el año de 1830, la Asamblea Constituyente de Riobamba establece el Estado unitario, con su forma de gobierno democrática, separado en tres poderes: Ejecutivo, Legislativo y Judicial; incorpora un conjunto de derechos civiles y políticos para determinados sectores de la sociedad. Esta Constitución Política estableció ciertos requisitos para ser ciudadanos y gozar de los derechos, frente a los cuales las personas indígenas quedaron excluidas al no poder cumplirlos.

“Para entrar en el goce de los derechos de ciudadanía, se requiere: 1. Ser casado, o mayor de veintidós años; 2. Tener una propiedad raíz, valor libre de 300 pesos, o ejercer alguna profesión, o industria útil, sin sujeción a otro, como sirviente doméstico, o jornalero; 3. Saber leer y escribir” (*Constitución del Ecuador 1830, artículo 12*).

Mediante el artículo 68 de la Constitución, se estableció una norma de protección de los pueblos indígenas que refleja el pensamiento discriminatorio de los gobernantes de esa época: “(...) *Este Congreso constituyente nombra a los venerables curas párrocos por tutores y padres naturales de los indígenas, excitando su ministerio de caridad en favor de esta clase inocente, abyecta y miserable*”.

En el marco de esta Constitución, la justicia era administrada únicamente por el Estado: por las Cortes de Justicia, Cortes de Apelación y los tribunales creados por Ley. Sin embargo, los pueblos indígenas en esta Constitución tuvieron un limitado acceso a la justicia ordinaria. Cuando accedían lo era en condiciones de desventaja, situación que generó injusticias e indefensión. La norma constitucional tampoco reconoció los mecanismos de resolución de conflictos que aplicaron los pueblos indígenas en esas épocas.

En efecto, los indígenas sin mayores derechos y garantías solo constituyeron recursos propicios para realizar trabajos y pagar impuestos, como lo señala Enrique Ayala Mora (1997, p. 69):

“El Ecuador nación, pues, dominado por los latifundistas, señores de la tierra, detentadores del control regional. La Mayoría de la población eran campesinos indígenas, sujetos a la hacienda por vínculos del concertaje. En algunos lugares de la sierra y Guayaquil, se mantenía la esclavitud de los negros y la pequeña propiedad campesina, así como relaciones de corte precapitalista denominadas precarias”.

Las constituciones de 1835, 1843, 1845, 1852 en su artículo 9 y la de 1851 en su artículo 8, conservaron las mismas condiciones establecidas por la Norma Fundamental de 1830 para

que una persona sea sujeto de derecho, lo que evidentemente excluyó a los pueblos indígenas de la calidad de ciudadanos del Estado ecuatoriano. En lo que respecta a la administración de justicia estatal, estas normas preservaron la estructura institucional, así como sus mecanismos de aplicación de la justicia a través de las Cortes y Tribunales de justicia estatal, sin que se haya mejorado el acceso a la justicia de los pueblos indígenas ni reconocido la justicia indígena.

B. Constituciones con “algunos” derechos indígenas

En el año de 1945 se promulgó una nueva constitución. Ésta evidenció un avance importante en el reconocimiento de derechos indígenas en términos declarativos y generales. La norma constitucional señaló: “*No hay esclavitud, servidumbre ni concertaje*”, de manera taxativa se prohíbe la esclavitud. Siendo los acreedores de este derecho los pueblos indígena y negro. Sin embargo, más allá del reconocimiento, esta práctica continuó por muchos años.

Por otra parte, la Constitución de 1945 reconoció el derecho de los indígenas a ser parte del Congreso Nacional y ejercer la Función Legislativa en representación de las organizaciones de indios². Dichos derechos, así como muchos otros, fueron reconocidos formalmente, pero en la práctica la representación política a nivel legislativo no se materializó.

En cuanto a la justicia –y el reconocimiento de la facultad jurisdiccional de los pueblos indígenas– se mantuvieron las competencias exclusivas del Estado a través de sus órganos judiciales. Los pueblos indígenas, de manera obligatoria, debieron someterse a la justicia ordinaria cuando eran procesados por algún acto considerado como una infracción. Para estos casos, el Estado nombró procuradores para la defensa de las comunidades indígenas y de los trabajadores. Sin embargo, este beneficio no era general, sino únicamente para aquellos que no contaban con recursos económicos³.

En 1946 se adoptó una nueva Constitución. En ésta se excluyeron el quichua y otras lenguas aborígenes, reconociendo al castellano como única lengua oficial⁴. A pesar de este retroceso, existieron algunos avances como la regularización de la jornada y modalidades de trabajo; la obligación del poder público de promover –de manera preferente– el mejoramiento moral, intelectual, económico y social del indígena y del montubio para acceder a algunos beneficios⁵, además de ofrecer especial atención a la educación de los indígenas⁶. De la misma forma, se estableció la obligación del Estado respecto al fortalecimiento de la cultura del indígena y el campesino⁷.

En lo que corresponde al acceso a la justicia, el Estado mantuvo la potestad de su administración a través de la Función Judicial. La norma constitucional omitía hacer referencia a

2 Ver artículo 23 de la Constitución de 1945.

3 Artículo 95. Para la defensa de las comunidades indígenas y de los trabajadores que no dispusieron de medios económicos, se establecen procuradores pagados por el Estado y nombrados por las respectivas Cortes Superiores, previa terna de las correspondientes organizaciones, conforme lo determine la ley.

4 Artículo 7. El idioma oficial de la República es el castellano.

El Escudo, la Bandera y el Himno nacionales son los determinados por la Ley.

5 Ver el artículo 185 de la Constitución Política de 1946.

6 Ver el artículo 171 de la Constitución Política de 1946

7 Artículo 174. Son asimismo deberes del Estado: c) Propender eficazmente a la cultura del indígena y del campesino (...).

ningún tipo de particularidad, de condición o procedimiento específico en beneficio de los pueblos indígenas.

La Constitución Política de 1967 contempló los mismos requisitos que las anteriores constituciones para ser ciudadanos y ejercer los derechos políticos. En lo que respecta a la educación, reconoce el derecho de los indígenas a una educación bilingüe. Sin embargo, ésta fue una estrategia de asimilación, pues pretendía “facilitar” el conocimiento de la cultura nacional y aprendizaje del idioma castellano⁸. Muy lejos quedaba el reconocimiento constitucional de una educación con pertinencia cultural y lingüística que permitiera una gestión autónoma de los pueblos indígenas.

Respecto a la justicia, ésta mantuvo su condición de órgano regentado por el Estado. No se reconoció ninguna particularidad respecto el acceso a la justicia por los pueblos indígenas y muchos menos el reconocimiento de una justicia propia.

Por su parte, la Constitución de 1979 en su artículo 1, inciso 3 dispuso que “*El idioma oficial es el castellano. Se reconocen el quichua y demás lenguas aborígenes como integrantes de la cultura nacional*”. En cuanto a la ciudadanía, por primera vez la Constitución elimina el requisito de saber leer y escribir, y establece como único requisito el ser mayor de 18 años de edad⁹.

En materia de justicia, y en relación con los pueblos indígenas, no se observa ningún avance significativo. De manera similar a la Constitución de 1945, se dispuso nombrar defensores públicos para las comunidades indígenas que no cuenten con los medios económicos¹⁰.

A partir del contexto descrito, podemos observar que los pueblos indígenas del Ecuador han tenido que enfrentar distintas violaciones a sus derechos. Esto, sin duda, formó parte de una estrategia de exterminio. Durante la República se cometió uno de los más grandes genocidios en este continente. Como lo señala Espinoza (2009, p. 102), el genocidio colonialista de los primeros siglos acabó con buena parte de la población indígena¹¹.

Es evidente el proceso de esclavización, sufrimiento y muerte experimentado por los pueblos indígenas durante siglos, al punto que algunos tratadistas como Eugenio Zaffaroni, citado en Caicedo y Espinoza, (2009, p. 108) ha señalado que:

“Nuestro reclamo al derecho internacional será el de abrir la discusión acerca de las reparaciones en algún momento futuro y, así como se instala una Corte Penal Internacional. Aspirar a que llegue el día en que se pueda establecer una Corte Civil Internacional, que se ocupe de estas reparaciones. Pero esta aspiración no puede materializarse si antes, con mínima coherencia, no comenzamos por ensayar las soluciones reparadoras nacionales y, por lo menos detener el avance y agravamiento de las consecuencias actuales de los crímenes pasados”.

8 Artículo 38. En la educación se prestará especial atención al campesino. Se propenderá a que los maestros y funcionarios que traten con él, conozcan el idioma quichua y otras lenguas vernáculas.

En las escuelas establecidas en las zonas de predominante población indígena se usará de ser necesario además del español, el quichua o la lengua aborígen respectiva, para que el educando conciba en su propio idioma la cultura nacional y practique luego el castellano.

9 Artículo 12. Son ciudadanos los ecuatorianos mayores de 18 años.

10 Artículo 107. El Estado establece defensores públicos para el patrocinio de las comunidades indígenas, de los trabajadores y de toda persona que no dispusiera de medios económicos.

11 <https://www.telesurtv.net/news/El-descubrimiento-de-America-o-el-inicio-del-mayor-genocidio-de-la-historia-20161011-0049.html>, “El antropólogo brasileño Darcy Ribeiro planteó que a finales del siglo XV, al momento en que arribaron los conquistadores europeos a América, existían aproximadamente 70 millones de indígenas. Un siglo y medio después solo quedaron unos tres millones y medio”.

En el caso ecuatoriano, históricamente, existieron procesos de resistencia desarrollados por los pueblos indígenas y demás colectivos; no obstante, la década de los noventa constituyó una etapa importante en su proceso de emancipación. En 1990 se produjo un gran levantamiento indígena que exigió un conjunto de derechos a favor de los pueblos indígenas y demás pueblos excluidos. Esta acción colectiva fue encabezada por la Confederación de Nacionalidades Indígenas del Ecuador (CONAIE) y toda su estructura organizativa local con el apoyo de otras organizaciones sociales. Se logró posicionar a los pueblos indígenas como un actor político y social fundamental en el escenario democrático del país. Con la movilización, se hicieron visibles las demandas de este sector de la población que exigió la reestructuración del Estado Nacional y la construcción de un Estado Plurinacional.

En ese contexto, se planteó la inmediata reforma de la Constitución de la República. Así, en 1997, se viabilizó la reforma constitucional a través una Asamblea Constituyente. Este proceso se caracterizó por la demanda de participación de los representantes de los pueblos indígenas.

C. Constituciones que reconocen el derecho colectivo a la administración de justicia indígena

Constitución Política de 1998

Luego del proceso constituyente de 1997, en 1998 se aprobó una nueva norma constitucional en la que se reconoce un conjunto de derechos en favor de los pueblos y nacionalidades indígenas. Éstos pasan a ser sujetos de derechos, tanto individuales como colectivos. Este reconocimiento rompe con la concepción liberal que hasta entonces les reconocía únicamente algunos derechos de carácter individual.

La Constitución de 1998 reconoció formalmente quince derechos de naturaleza colectiva¹². Entre ellos, se destacan: el derecho a las tierras y territorios comunitarios; a conservar

12 Constitución Política de 1998. Artículo 84. El Estado reconocerá y garantizará a los pueblos indígenas, de conformidad con esta Constitución y la ley, el respeto al orden público y a los derechos humanos, los siguientes derechos colectivos:

1. Mantener, desarrollar y fortalecer su identidad y tradiciones en lo espiritual, cultural, lingüístico, social, político y económico.
2. Conservar la propiedad imprescriptible de las tierras comunitarias, que serán inalienables, inembargables e indivisibles, salvo la facultad del Estado para declarar su utilidad pública. Estas tierras estarán exentas del pago del impuesto predial.
3. Mantener la posesión ancestral de las tierras comunitarias y a obtener su adjudicación gratuita, conforme a la ley.
4. Participar en el uso, usufructo, administración y conservación de los recursos naturales renovables que se hallen en sus tierras.
5. Ser consultados sobre planes y programas de prospección y explotación de recursos no renovables que se hallen en sus tierras y que puedan afectarlos ambiental o culturalmente; participar en los beneficios que esos proyectos reporten, en cuanto sea posible y recibir indemnizaciones por los perjuicios socio-ambientales que les causen.
6. Conservar y promover sus prácticas de manejo de la biodiversidad y de su entorno natural.
7. Conservar y desarrollar sus formas tradicionales de convivencia y organización social, de generación y ejercicio de la autoridad.
8. A no ser desplazados, como pueblos, de sus tierras.

y fortalecer los sistemas organizativos propios y de autoridades; a la Consulta Previa, Libre e Informada en los casos de actividades de exploración y explotación de los recursos naturales no renovables; a una educación intercultural bilingüe de calidad; a conservar la medicina tradicional; a la propiedad intelectual colectiva; a participar a través de representantes en los diversos espacios del Estado; a usar símbolos y emblemas que los identifique.

Un aspecto fundamental de este texto constitucional se encuentra en el hecho de que, por primera vez, el Estado reconoció el derecho colectivo de los pueblos indígenas a administrar justicia indígena. El artículo 191¹³, inciso 3 de la norma suprema determinó que las autoridades de los pueblos y nacionalidades indígenas, con base a sus costumbres, normas, procedimientos y derecho consuetudinario podrán resolver sus conflictos dentro de su ámbito territorial, siempre y cuando no sean contrarios a la Constitución y los derechos humanos. Al mismo tiempo, se dispuso que una ley debía compatibilizar las funciones de la justicia indígena y la justicia ordinaria.

Pese al reconocimiento constitucional de las funciones de la justicia indígena, el problema en el ámbito de su aplicación no se resolvió. Varias autoridades indígenas que ejercieron jurisdicción aplicando el derecho propio, resultaron procesadas y sentenciadas por la justicia ordinaria bajo el argumento de haber cometido los delitos de plagio, secuestro, usurpación de bienes, etc. Es decir, en este período el Estado no cumplió a cabalidad con su responsabilidad de respetar y garantizar el ejercicio de este derecho colectivo.

La Constitución de la República del Ecuador del año 2008

A partir del decenio 1990, el país enfrentó una grave crisis del régimen político. En este contexto, los actores políticos y sociales pretendieron dar una salida política y jurídica a la crisis, por lo que en el año de 1998 una Asamblea Constituyente elaboró una nueva constitución. Sin embargo, la crisis no fue resuelta, solo se dio una especie de tregua entre las elites políticas y económicas, los demás sectores siguieron sufriendo sus efectos.

-
9. A la propiedad intelectual colectiva de sus conocimientos ancestrales; a su valoración, uso y desarrollo conforme a la ley.
 10. Mantener, desarrollar y administrar su patrimonio cultural e histórico.
 11. Acceder a una educación de calidad. Contar con el sistema de educación intercultural bilingüe.
 12. A sus sistemas, conocimientos y prácticas de medicina tradicional, incluido el derecho a la protección de los lugares rituales y sagrados, plantas, animales, minerales y ecosistemas de interés vital desde el punto de vista de aquella.
 13. Formular prioridades en planes y proyectos para el desarrollo y mejoramiento de sus condiciones económicas y sociales; y a un adecuado financiamiento del Estado.
 14. Participar, mediante representantes, en los organismos oficiales que determine la ley.
 15. Usar símbolos y emblemas que los identifiquen.
- 13 Artículo 191. El ejercicio de la potestad judicial corresponderá a los órganos de la Función Judicial. Se establecerá la unidad jurisdiccional.
- De acuerdo con la ley habrá jueces de paz, encargados de resolver en equidad conflictos individuales, comunitarios o vecinales.
- Se reconocerán el arbitraje, la mediación y otros procedimientos alternativos para la resolución de conflictos, con sujeción a la ley. Las autoridades de los pueblos indígenas ejercerán funciones de justicia, aplicando normas y procedimientos propios para la solución de conflictos internos de conformidad con sus costumbres o derecho consuetudinario, siempre que no sean contrarios a la Constitución y las leyes. La ley hará compatibles aquellas funciones con las del sistema judicial nacional.

En ese contexto, se convocó a una nueva Asamblea Constituyente a fin de redactar una nueva Constitución. No cabe duda que la Constitución del año 2008 sienta las nuevas bases políticas y jurídicas para la restructuración de un nuevo modelo de Estado, con la participación de todos los sectores sociales y los pueblos indígenas.

El artículo primero de la norma constitucional incorpora ciertas características vinculadas al diseño de su nueva estructura institucional y del sistema político de Estado que cambian de forma radical la historia y la doctrina en la que se sustentan el Estado ecuatoriano. En lo que respecta a los pueblos indígenas, los avances de la Constitución se encuentran reflejados en el reconocimiento e incorporación de un conjunto de derechos, individuales y colectivos, así como la creación de una nueva categoría jurídica: los derechos de la naturaleza. Fundamentalmente, porque el Ecuador es caracterizado como un Estado constitucional de derechos y justicia social, intercultural y plurinacional.

El reconocimiento del carácter plurinacional e intercultural del Estado y de todos los derechos colectivos, constituye el soporte jurídico y político de todas las reivindicaciones históricas planteadas por los pueblos y nacionalidades. De allí que no puede ni debe ser entendido, únicamente, como un reconocimiento pasivo a la diversidad de los pueblos y nacionalidades, sino que debe ser fundamentalmente una declaración pública del deseo de incorporar perspectivas diferentes con relación a la sociedad y a la naturaleza (Acosta, 2009); debe ser la aceptación e incorporación en el sistema político del Estado de la pluralidad de saberes, prácticas, experiencias, valores y sus sistemas jurídicos, políticos, económicos y socioculturales. Éstos deben interrelacionarse en un contexto de igualdad y respeto, y no de subordinación y sometimiento.

En esta Constitución, dentro del capítulo cuarto, encontramos un conjunto de disposiciones relacionadas con la Función Judicial y la Justicia Indígena. Respecto a esta última categoría el artículo 171 dispone:

“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, con garantía de participación y decisión de las mujeres. Las autoridades aplicarán normas y procedimientos propios para la solución de sus conflictos internos, y que no sean contrarios a la Constitución y a los derechos humanos reconocidos en instrumentos internacionales.

El Estado garantizará que las decisiones de la jurisdicción indígena sean respetadas por las instituciones y autoridades públicas. Dichas decisiones estarán sujetas al control de constitucionalidad. La ley establecerá los mecanismos de coordinación y cooperación entre la jurisdicción indígena y la jurisdicción ordinaria”.

Tal como se puede observar, la norma constitucional ratifica el reconocimiento de las autoridades de las comunidades, pueblos y nacionalidades indígenas¹⁴ con competencia y jurisdicción. Esto quiere decir que las autoridades de los pueblos indígenas se encuentran investidas de la potestad juzgar hacer cumplir lo juzgado, es decir, de administrar justicia en igualdad de condiciones que los jueces del sistema ordinario.

14 Autoridad indígena. Es una autoridad colectiva encargada de la organización, administración y desarrollo de la comunidad, organización, pueblo o nacionalidad, así como el encargado de cumplir con el mandato otorgado por su comunidad, pueblo, etc., representada a través de la asamblea comunitaria, siendo éste el espacio en que se adoptan todas las decisiones, con activa participación de sus miembros.

En el marco de lo previsto por la Constitución, el Código Orgánico de la Función Judicial, en el artículo 7 desarrolla disposiciones sobre los principios de la jurisdicción y competencia de los pueblos indígenas:

“(…) La jurisdicción y la competencia nacen de la Constitución y la ley. Solo podrán ejercer la potestad jurisdiccional las juezas y jueces nombrados de conformidad con sus preceptos, con la intervención directa de fiscales y defensores públicos en el ámbito de sus funciones.

Las autoridades de las comunidades, pueblos y nacionalidades indígenas ejercerán las funciones jurisdiccionales que les están reconocidas por la Constitución y la ley” (el subrayado es nuestro).

La norma citada dispone que las autoridades indígenas estén dotadas de jurisdicción y competencia para ejercer las funciones jurisdiccionales y resolver los conflictos internos en las comunidades, pueblos y nacionalidades; es decir, tienen la categoría de “jueces indígenas”. Bajo este marco jurídico, las resoluciones asumidas por las autoridades indígenas constituyen “sentencias” que solo están sujetas al control de constitucionalidad. En función a este reconocimiento, la Constitución, el Código Orgánico de la Función Judicial y Ley Orgánica de Garantías Jurisdiccionales y Control Constitucional, prohíben el doble juzgamiento, pues las resoluciones de las autoridades jurisdiccionales indígenas adquieren el rango de sentencia ejecutoriada¹⁵.

En materia penal, el Código Orgánico Integral Penal prohíbe que un caso juzgado por las autoridades indígenas sea procesado y juzgado nuevamente en la justicia ordinaria:

“Art. 5. Principios procesales. El derecho al debido proceso penal, sin perjuicio de otros establecidos en la Constitución de la República, los instrumentos internacionales ratificados por el Estado u otras normas jurídicas, se regirá por los siguientes principios: (...)

9. Prohibición de doble juzgamiento: ninguna persona podrá ser juzgada ni penada más de una vez por los mismos hechos. Los casos resueltos por la jurisdicción indígena son considerados para este efecto. La aplicación de sanciones administrativas o civiles derivadas de los mismos hechos que sean objeto de juzgamiento y sanción penal no constituye vulneración a este principio” (el subrayado me corresponde).

De la misma forma, y en relación a la prohibición de doble juzgamiento, el Código Orgánico de la Función Judicial (artículo 344) establece que lo actuado por las autoridades de la justicia indígena no podrá ser juzgado ni revisado por ninguna autoridad. El Código desarrolla un Título completo sobre la relación entre la justicia indígena y la justicia ordinaria. Se incluyen un conjunto de principios¹⁶ que la justicia ordinaria debe cumplir, obligatoriamente, al momento de procesar y juzgar a miembros de pueblos y nacionalidades indígenas. Estos principios son: diversidad, considerar el derecho propio, costumbres y prácticas ancestrales; igualdad, el deber de implementar medidas para que las personas miembros de los pueblos indígenas puedan comprender las normas y las decisiones, garantizar la presencia de traductores, peritos

15 El artículo 76 de la Constitución establece que nadie puede ser juzgado más de una vez por la misma causa y materia, que las resoluciones adoptadas por la jurisdicción indígena también son consideradas para que no se vulnere este principio fundamental en la aplicación de la justicia.

16 Ver el artículo 344 del Código Orgánico de la Función Judicial.

y expertos en derecho indígena; *Non Bis in Idem*, lo actuado por las autoridades indígenas no podrá ser juzgado nuevamente por la justicia ordinaria; Pro justicia indígena, en caso de duda entre las dos justicias se preferirá la justicia indígena; Interpretación intercultural, considerar los elementos culturales relacionados con las costumbres, prácticas ancestrales, normas, procedimientos del derecho propio de los pueblos, nacionalidades, comunas y comunidades indígenas en el proceso.

De esta forma, es evidente que en el Ecuador existe un amplio reconocimiento jurídico, tanto a nivel de las leyes y la Constitución, del derecho a la administración de justicia –y otros derechos vinculados directamente en favor de los pueblos indígenas– como al derecho a desarrollar normas internas, la generación de sus propias autoridades, la estructuración de sus propias formas de convivencia y organización social. Sin embargo, en la práctica el Estado no ha generado políticas públicas para garantizar el ejercicio pleno de estos derechos, y la implementación de mecanismos operativos de coordinación y cooperación entre las dos justicias. Contrariamente a lo señalado, se han generado algunos precedentes constitucionales, judiciales y administrativos que pretenden limitar el ejercicio del derecho a la justicia y de otros derechos conexos.

II. Tendencias jurisprudenciales respecto a la relación entre la justicia indígena y la justicia ordinaria

A pesar de los avances importantes en el reconocimiento del derecho colectivo a administrar justicia, en las constituciones ya señaladas de 1998 y 2008, se ha presentado una serie de obstáculos y problemas para la implementación de este reconocimiento. Esta situación se agudizó a partir de 2014, año en el que la Corte Constitucional emitió una sentencia que limitó la competencia de las autoridades indígenas para administrar justicia.

A partir del año 2008 hasta el año 2014, el Consejo de la Judicatura de Transición impulsó varias acciones para fortalecer la justicia intercultural y, en particular, el sistema de administración de justicia indígena. Implementó un programa de capacitación para jueces, fiscales, defensores públicos y demás operadores de justicia sobre pluralismo jurídico y la administración de justicia indígena. Creó un “Departamento de Pluralismo Jurídico”, integrado por funcionarios conocedores de la materia, quienes desarrollaron actividades importantes (sobre pluralismo jurídico tanto a nivel internacional como nacional) para el fortalecimiento del sistema de administración de justicia indígena. Como producto de este trabajo de coordinación y cooperación entre las autoridades indígenas y ordinarias, se estableció un mayor respeto a la justicia indígena y a sus autoridades.

Esta situación se transformó con el cambio de los miembros del Consejo de la Judicatura, así como con las modificaciones de las directrices emitidas por el gobierno. Las autoridades indígenas y la justicia indígena empezaron a enfrentar una serie de dificultades. Por ejemplo, en 2015 el Presidente de la República exhortó al Consejo de la Judicatura, a la Fiscalía General del Estado y a la Asamblea Nacional a dejar el “romanticismo” para llevar adelante un análisis de los procedimientos de la justicia indígena y su eventual atentado a los Derechos Humanos¹⁷.

17 http://www.ecuadorinmediato.com/index.php?module=Noticias&func=news_user_view&id=2818791928

Luego de estas declaraciones, la presidencia del Consejo de la Judicatura emitió directrices y disposiciones a los jueces y fiscales para que nieguen las declinaciones de competencia solicitadas por las autoridades indígenas. Dicha determinación no sólo estuvo en sintonía con lo que estableció la Corte Constitucional en 2014, pues fue ampliada a otros casos no relacionados con el derecho a la vida (sobre el que versó el fallo polémico de la Corte Constitucional de 2014, ya mencionado) que fueron dejados a cargo de la competencia exclusiva de la justicia ordinaria.

Respecto a la declinación de competencias, los jueces empezaron a exigir requisitos no previstos en la norma. Por ejemplo, que la autoridad indígena presente un certificado en el que manifieste que los peticionarios se autoidentificaban como indígenas; o que la autoridad indígena presente una declaración juramentada ante notaría, manifestando su condición de autoridad. En caso de no presentar estos documentos, el juez –a su criterio y libre albedrío– no aceptó en algunos casos la invocación o determinó que la autoridad indígena no cumplía con esa condición, lo que se volvió una práctica generalizada. Algunos jueces que decidieron aplicar la norma constitucional y cedieron la competencia, fueron sancionados y hasta destituidos. Esta situación generó miedo e intimidación en los demás jueces y operadores de justicia, al punto que dejaron de cumplir la norma constitucional.

A. Restricciones al derecho a la administración de justicia indígena y reconocimiento al doble juzgamiento a partir de precedentes de la Corte Constitucional

En el año 2010, en la parroquia Zumbahua, cantón Pujilí, Provincia de Cotopaxi, en una fiesta muere violentamente Marco Olivo Pallo, habitante de la comunidad “La Cocha”. En ese mismo año, por petición de los familiares de la víctima, las autoridades indígenas en asamblea general resuelven el conflicto. Posteriormente, un familiar de la víctima presenta una acción extraordinaria de protección en contra de la decisión de la justicia indígena ante la Corte Constitucional del Ecuador.

Por su lado, la Fiscalía inicia una nueva investigación en contra de las autoridades indígenas que lideraron la administración de justicia; incluso pretendieron ingresar a la fuerza a la comunidad. La comunidad argumentó que es un caso resuelto en la jurisdicción indígena. Sin embargo, por orden del Ministerio de Justicia las autoridades indígenas fueron detenidas por la Policía Nacional; posteriormente, recuperaron su libertad.

La Fiscalía, evidenciando una falta de respeto por la actuación de las autoridades indígenas –frente a un caso ya juzgado, en el que los responsables fueron sancionados– inicia una nueva investigación y llama a juico a Manuel Orlando Quishpe Ante, Iván Candaleja Quishpe y otros; es decir, inicia un proceso de doble juzgamiento.

La Corte Constitucional entendió en la disputa de competencias, en la Sentencia No. 113-14-SEP-CC, dentro del caso No. 0731-10-EP, del 30 de julio de 2014 –más conocido como el caso “La Cocha”–. Llegó a conocimiento de este organismo por la acción extraordinaria de protección presentada por el señor Víctor Manuel Olivo Pallo, hermano del señor Marco Olivo Pallo (víctima), en contra de las decisiones adoptadas por la justicia indígena el 16 y 23 de mayo de 2010, ambos pertenecientes al pueblo Panzaleo, de la nacionalidad Kichwa, de la Provincia de Cotopaxi.

En la sentencia “La Cocha” la Corte señaló:

“4. De conformidad con los artículos 11 numeral 8, y 436 numerales 1 y 6 de la Constitución de la República, la Corte Constitucional establece las siguientes reglas de aplicación obligatoria que las autoridades indígenas, autoridades administrativas y jurisdiccionales, así como los medios de comunicación públicos, privados y comunitarios, observarán de manera obligatoria, a partir de la publicación de la sentencia, bajo los siguientes términos:

- a) La jurisdicción y competencia para conocer, resolver y sancionar los casos que atenten contra la vida de toda persona, es facultad exclusiva y excluyente del sistema de Derecho Penal Ordinario, aún en los casos en que los presuntos involucrados y los presuntos responsables sean ciudadanos pertenecientes a comunidades, pueblos y nacionalidades indígenas, así los hechos ocurran dentro de una comunidad, pueblo o nacionalidad indígena.

La administración de la justicia indígena conserva su jurisdicción para conocer y dar solución a los conflictos internos que se producen entre sus miembros dentro de su ámbito territorial y que afecte sus valores comunitarios”.

En función de esta decisión, los delitos que se encuentran tipificados en el Capítulo Segundo del Código Orgánico Integral Penal, como los delitos contra la inviolabilidad de la vida¹⁸, no podrán ser resueltos por la justicia indígena, debido a que para la Corte Constitucional estos actos son de competencia exclusiva de la jurisdicción ordinaria.

Sin embargo, en la práctica, la exclusividad de la competencia no solo abarca estos delitos. También se incluyen otros como el robo, el hurto, la violación, la agresión, problemas de linderos de tierras, etc. Las autoridades del sistema de justicia ordinaria se atribuyen la prerrogativa de establecer límites, más allá de los impuestos por la Corte.

Esta sentencia, evidentemente denota una concepción discriminatoria y racista en la administración de justicia. Desconoce, y pone en duda, la facultad y capacidad histórica que tienen los pueblos indígenas para resolver este tipo y otros conflictos. La Corte, mediante su resolución, vulnera los derechos constitucionales al restringir el derecho propio, y modificar la competencia y jurisdicción de las autoridades indígenas reconocidas por la Constitución.

Esta reforma, al tratarse de un derecho colectivo, solo podría ser realizada a través de una reforma constitucional por la vía de una Asamblea Constituyente.

La Norma Suprema establece que las autoridades indígenas ejercerán facultades jurisdiccionales para resolver conflictos internos dentro de su ámbito territorial. Sin observar esta disposición constitucional, la sentencia señala que los casos que atenten contra la vida de toda persona, aún cuando los involucrados y los presuntos responsables sean indígenas (“conflicto interno”) y los hechos ocurran dentro de una comunidad, pueblo o nacionalidad indígena (“ámbito territorial”), será de facultad exclusiva de la justicia ordinaria.

Sin embargo, de forma contradictoria, en la sentencia la Corte establece que las autoridades indígenas conservan su competencia para resolver los conflictos internos en el ámbito territorial que afecten los valores comunitarios. En función de lo cual un homicidio o el hurto de algún animal, perpetrados en la comunidad, son un “llaki”, un “conflicto” que afecta efectivamente a la comunidad, rompe la armonía social y afecta los valores comunitarios. Por lo que,

18 Ver los artículos: 140. Asesinato; 141. Femicidio; 143. Sicariato; 144. Homicidio; 145. Homicidio Culposo; 146. Homicidio Culposo por mala práctica profesional; 147. Aborto con muerte; 148. Aborto no consentido y 149. Aborto consentido de Código Orgánico Integral Penal.

de acuerdo a lo establecido por la Constitución y parte de la Sentencia No. 113-14-SEP-CC, corresponde a la autoridad indígena conocer y resolver sobre la base de la justicia indígena.

Además de existir este tipo de contradicciones y afectación a los derechos de los pueblos indígenas, la sentencia permite el doble juzgamiento:

“3. Que la Asamblea General Comunitaria del pueblo kichwa Panzaleo, 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, estableciendo diversos niveles de responsabilidad que son distribuidos, en distinto grado, entre los directamente responsables y sus respectivas familias, mientras que por su lado, el ministerio público y la justicia penal ordinaria 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 esta Corte declara que no se ha configurado el non bis in ídem o doble juzgamiento” (el subrayado es nuestro).

De forma explícita, la Corte reconoce que la justicia indígena resolvió únicamente para proteger los efectos sociales y culturales que esa muerte provocó en la comunidad, y la justicia ordinaria actuó bajo la obligación constitucional y legal de investigar y juzgar para proteger el bien jurídico, que es la vida; concluyendo con estos argumentos que estos dos juzgamientos, realizados por la justicia indígena y ordinaria, no constituyen doble juzgamiento.

En el desarrollo del análisis y fundamentación de esta sentencia, son evidentes las contradicciones y aspectos que afectan las normas y principios constitucionales.

En este caso, la Corte Constitucional afecta y cambia el contenido de la norma constitucional establecida en el artículo 171 al limitar las facultades jurisdiccionales desde una perspectiva eurocéntrica, segmentando el conflicto en materia penal. Para el pueblo indígena, cualquier hecho que afecte la armonía y el equilibrio social es simplemente un “llaki-conflicto”, susceptible de ser resuelto por la jurisdicción indígena.

Este acto contraviene los mecanismos de reforma constitucional¹⁹, el principio que garantiza que el contenido de los derechos debe desarrollarse de manera progresiva, y que será inconstitucional cualquier acción u omisión de carácter regresivo que disminuya, menoscabe o anule injustificadamente el ejercicio de los derechos²⁰.

Además, cuando la Corte decide limitar la facultad jurisdiccional para que no tenga competencia en materia penal –específicamente en los delitos contra la vida– el mensaje implícito es desconocer la práctica histórica, es discriminar e insinuar la falta de capacidad y conocimiento de los pueblos indígenas para resolver este tipo de conflictos. Es colocar a la justicia indígena en un lugar de subordinación y dependencia de la justicia ordinaria, lo que afecta directamente el principio de igualdad y no discriminación, y evidentemente vulnera la naturaleza jurídica y política del Estado constitucional, plurinacional e intercultural.

19 Ver los artículos 441,442 y 444 de la Constitución de la República del Ecuador del 2008.

20 Art. 11. El ejercicio de los derechos se regirá por los siguientes principios (...).

8. El contenido de los derechos se desarrollará de manera progresiva a través de las normas, la jurisprudencia y las políticas públicas. El Estado generará y garantizará las condiciones necesarias para su pleno reconocimiento y ejercicio.

Será inconstitucional cualquier acción u omisión de carácter regresivo que disminuya, menoscabe o anule injustificadamente el ejercicio de los derechos.

B. La Corte Constitucional niega la solicitud de dirimir competencia entre la justicia ordinaria y la justicia indígena

Al momento de analizar el presente caso, es importante señalar que la norma constitucional en su artículo 171 reconoce que las autoridades de las comunidades, pueblos y nacionalidades indígenas ejercerán funciones jurisdiccionales. De la misma forma, el Código Orgánico de la Función Judicial –en su artículo 7, al desarrollar la disposición respecto a los principios de legalidad, jurisdicción y competencia– señala que la jurisdicción y la competencia nacen de la Constitución y la ley, y que sólo podrán ejercer la potestad jurisdiccional las juezas y jueces, y las autoridades de las comunidades, pueblos y nacionalidades indígenas, quienes ejercerán las funciones jurisdiccionales que les están reconocidas por la Constitución y la ley. De esta manera, las autoridades indígenas están dotadas de jurisdicción²¹ y competencia, de manera que tienen el poder de juzgar y hacer cumplir lo juzgado.

Por su parte, el artículo 17 del Código Orgánico de la Función Judicial indica que las funciones de justicia que ejercen las autoridades indígenas son consideradas como un servicio público, básico y fundamental del Estado, al igual que la administración de justicia ordinaria.

Ahora bien, ya en el caso concreto se observa que el doctor David Álvarez Vásquez, en calidad de juez primero de garantías penales de Tungurahua, conoció el juicio penal por plagio a la señora Zoila Yolanda Hernández Rodríguez. En el proceso, el juez determina la existencia de un conflicto de competencia, debido a que las autoridades indígenas Manuel Pérez Pérez y Manuel Ainaguano, en su condición de gobernador del pueblo Kisapincha y presidente del Movimiento Indígena de Tungurahua respectivamente, solicitaron declinación de competencia del juez, por cuanto el conflicto fue resuelto previamente por las autoridades indígenas.

Frente a este hecho, el Juez penal solicitó que la Corte Constitucional resuelva sobre el pedido de conflicto de competencia entre la justicia indígena y la justicia ordinaria dentro del juicio penal. Para resolver el problema jurídico, la Corte Constitucional generó una interrogante: “¿La competencia de la Corte Constitucional prevista en el artículo 436.7 de la Constitución es la vía para conocer el conflicto de competencia suscitado en un caso concreto entre la jurisdicción indígena y la justicia ordinaria?”.

El organismo partió del análisis sobre la jurisdicción, atribuida constitucionalmente tanto a los órganos de la Función Judicial como a las autoridades de las comunidades, pueblos o nacionalidades. Se preguntó, entonces, si la jurisdicción constituye una competencia, una atribución o una potestad. En ese contexto, realizó una revisión conceptual básica sobre las disposiciones constitucionales respecto a esta materia, concluyendo que la función jurisdiccional de las autoridades indígenas es una potestad y no así una competencia. De acuerdo a lo señalado, la Corte determinó que la solicitud del Juez de dirimir la competencia no corresponde, al no existir un conflicto de competencias, sino un problema concreto, debido a que las autoridades indígenas tienen potestad de administrar justicia más no competencia.

21 De acuerdo a Guillermo Cabanellas, la jurisdicción se entiende de manera general como autoridad, potestad, dominio, poder. El conjunto de atribuciones que corresponden en una materia y en cierta esfera territorial. Poder para gobernar y para aplicar las leyes. La potestad de conocer y fallar en asuntos civiles, criminales o de otra naturaleza, según las disposiciones legales o el arbitrio concedido. Territorio en que un juez o tribunal ejerce su autoridad.

Por otro lado, la Corte Constitucional estableció que la justicia indígena no es un órgano ni función del Estado, a pesar de su reconocimiento como parte de la función judicial, tal como lo señaló el propio Organismo:

“(…) dentro de los parámetros generales para que opere la acción de dirimencia de competencias se requiere que dicho conflicto se genere entre funciones del Estado u órganos establecidos en la Constitución; en aquel sentido aplicando una interpretación sistemática podemos observar que el Constituyente ha agrupado normativamente tanto a la jurisdicción ordinaria como a la indígena dentro de un mismo capítulo en el texto constitucional; evidenciando su intención de circunscribir a la jurisdicción indígena dentro del ámbito de la Función Judicial, esto con el objeto de no crear paralelismos en donde se conciba a la jurisdicción indígena como una función autónoma dentro de la estructura constitucional ecuatoriana”²².

De esta forma, la Corte señaló que la pretensión del Juez Penal “(…) *no tiene asidero dentro una acción de dirimencia de competencias, toda vez que pretende que se solucione un problema suscitado en un caso concreto puesto a su conocimiento, para lo cual existen los mecanismos legales y constitucionales pertinentes más no la acción de dirimencia de competencias*”²³. La Corte aclaró que la dirimencia de competencia únicamente procede cuando “(…) *dicho conflicto se genere entre funciones del Estado u órganos establecidos en la Constitución*”²⁴; y que “(…) *aplicando una interpretación sistemática [se puede] observar que el Constituyente ha agrupado normativamente tanto a la jurisdicción ordinaria como a la indígena dentro de un mismo capítulo en el texto constitucional; evidenciando su intención de circunscribir a la jurisdicción indígena dentro del ámbito de la Función Judicial*”²⁵.

Concluyendo que en la justicia ordinaria e indígena “(…) *ninguno de los dos sujetos se encuentran inmersos en este primer presupuesto ya que no se tratan de Funciones del Estado o sus titulares; conforme lo determina el artículo 145 de la Ley Orgánica de Garantías Jurisdiccionales y Control Constitucional deberían ser los titulares de estas funciones (…)* quienes sometan a conocimiento de la Corte Constitucional un conflicto positivo de competencias; en cuanto al segundo presupuesto, esto es que se trate de un conflicto de competencias suscitado entre órganos establecidos en la Constitución [y] para que opere el conflicto se requiere que ambas partes tengan el carácter de órgano constitucional”²⁶.

En ese orden de cosas, la Corte consideró inadecuado dilucidar la competencia por dos razones: 1. *La responsabilidad del legislador descansa en dictar normas generales que contengan los mecanismos para procesar los conflictos de competencia entre ambos organismos*²⁷; 2. *El establecimiento de reglas para definir la forma en la que los mecanismos sean resueltos y no para contener la resolución misma. Estableciendo que no es posible una “regulación” sobre el alcance de la competencia de las autoridades de las comunidades, pueblos y nacionalidades indígenas por medio de la imposición de reglas con efectos generales de alcance nacional, sean éstas de origen legislativo o jurisprudencial, debido a que esto desnaturalizaría el sistema de fuentes de los ordenamientos jurídicos indígenas, de naturaleza emi-*

22 Corte Constitucional del Ecuador, Sentencia N° 001-18-SDC-CC; Caso N° 0003-10-DC; Quito D.M., 07 de febrero de 2018, p. 15

23 Ídem.

24 Ídem.

25 Ídem.

26 Ídem.

27 Ídem.

*nementemente consuetudinaria, plural, basados en la tradición oral*²⁸. Con base en estos argumentos, la Corte Constitucional niega la solicitud de dirimencia de conflicto de competencia.

Este precedente jurídico constituye un acto negativo, pues contraviene la naturaleza jurídica y política del Estado constitucional de derechos, plurinacional e intercultural; asimismo, vulnera los derechos y garantías constitucionales. Los principios y procedimientos establecidos en la Ley Orgánica de Garantías Jurisdiccionales y Control de Constitucionalidad, obligan a los organismos del poder público a realizar una interpretación y comprensión intercultural de los hechos y de las normas aplicables a fin de evitar una interpretación etnocéntrica y monocultural.

La sentencia se basa en conceptos y disposiciones, sin mayor análisis y contrastación con las demás disposiciones vigentes. Limita el derecho colectivo a administrar justicia indígena, convirtiéndolo en una simple práctica cultural, suprimiendo su carácter y su relevancia política y jurídica. Como se ha señalado en párrafos anteriores, las autoridades indígenas tienen competencia y jurisdicción para resolver conflictos, similar a las funciones de los jueces del sistema ordinario. Por ende, la consulta del Juez es válida y la Corte debió haberse pronunciado sobre las competencias de los órganos que administran la justicia; por otra parte, debería desarrollar elementos jurisprudenciales en beneficio de la justicia indígena para fortalecer y garantizar el ejercicio del derecho colectivo.

C. Acción Extraordinaria de Protección contra las decisiones de la justicia indígena

El hecho tiene su origen en la solicitud por el señor Elías David Aigaje Pinango de una autorización de aprovechamiento del agua. El señor Aigaje Pinango es propietario de aproximadamente 10 hectáreas de terreno en la comunidad de “Cuarto Lote”, donde existe una vertiente de agua aprovechada por la comunidad. Dicha comunidad contaba con una autorización concedida por la Secretaría Nacional del Agua (SENAGUA), de 0,40 litros por segundo de agua.

Por su parte, el señor Elías Aigaje solicitó a la SENAGUA la autorización de aprovechamiento del agua. Se concedió la autorización de 1,36 litros por segundo de agua. La comunidad manifestó su inconformidad en relación a la decisión de la SENAGUA, debido a que consideró dicha decisión como desproporcionada e injusta, más aún cuando el señor Aigaje demostró un mal comportamiento, generando conflictos internos.

Las autoridades indígenas de la Comunidad “Cuarto Lote” iniciaron un proceso de administración de justicia indígena, aplicando el derecho propio para resolver el conflicto provocado por el señor Elías David Aigaje, quien no es miembro de la comunidad. Dado que el señor Aigaje solicitó la concesión de agua de manera individual, y sin previa consulta a la comunidad, las autoridades indígenas declararon nula la autorización emitida por la SENAGUA.

Ante esta situación, el señor Elías Aigaje presenta una denuncia ante el Juez de Contravenciones por supuestas agresiones físicas y verbales, por impedimento de ingreso, uso del agua y daños a su propiedad, actos cometidos presuntamente por los miembros de comunidad.

Frente a la denuncia, las autoridades de “Cuarto Lote” solicitan la declinación de competencia, la que fue concedida en primera instancia por la Unidad Judicial Primera de Contravenciones de Cayambe.

28 Ídem.

En junio del año 2013, los representantes de la Defensoría del Pueblo presentaron ante la Corte Constitucional una Acción Extraordinaria de Protección contra la sentencia de justicia indígena emitida por el Comité de Desarrollo Comunitario “Pacto”, “Cuarto” Lote de la parroquia Cangahua, cantón Cayambe, Provincia de Pichincha, en mayo de 2013.

La Defensoría del Pueblo, en cumplimiento de su función constitucional de defensa de los derechos fundamentales, tanto individuales como colectivos, alega en su acción extraordinaria de protección que la justicia indígena ha vulnerado: “(...) *el derecho al acceso a la justicia por la declinación de la competencia por parte del juez de contravenciones; el derecho al debido proceso por falta de legítima defensa; el derecho a recibir respuestas motivadas al no señalarse la razón por la cual el proceso continúa a pesar de que es la Secretaría Nacional del Agua, la institución que otorga la concesión de la vertiente Pucyu Ucuy el derecho humano al agua*”²⁹.

Por su parte, la Corte Constitucional –en su Sentencia N° 001-17-SEI-CC. de 23 de agosto de 2017– declaró la vulneración del derecho constitucional al debido proceso, porque consideró que la autoridad indígena había solucionado el conflicto originado por la concesión de agua a favor del señor Elías David Aigaje Pinango, sin analizar las circunstancias de las presuntas agresiones cometidas en contra del citado por parte de la Comunidad.

Por otra parte, señaló la vulneración de la seguridad jurídica debido a la extralimitación de las autoridades indígenas en sus funciones jurisdiccionales, al anular la concesión del agua cuya competencia es exclusiva del Estado (a través de la Secretaría Nacional del Agua). Deja sin efecto la sentencia de la justicia indígena emitida por el Comité de Desarrollo Comunitario “Cuarto Lote”, disponiendo que la autoridad indígena inicie un proceso de juzgamiento en el que se analice las agresiones denunciadas por el señor Elías Aigaje.

La *Sentencia N.º 001-17-SEI-CC. del 23 de agosto de 2017*, refleja dos concepciones distintas respecto al conflicto suscitado en la Comunidad de “Cuarto Lote”. Por un lado, la Corte Constitucional y la Defensoría del Pueblo separan el conflicto por agresiones físicas y verbales del conflicto por el agua. Ambas entidades observan que las autoridades comunitarias no resolvieron las agresiones. Sin embargo, la Corte no analizó el problema del agua y la desproporcionada decisión de la Secretaría Nacional del Agua en otorgar 0,40 litros a la Comunidad y 1,36 litros al señor Elías Aigaje. No se consideró que en la concepción de los pueblos indígenas el problema es integral, y la resolución del conflicto por la autoridad indígena fue de manera integral y principalmente el conflicto que causó la desarmonía social.

La Corte en su análisis determinó que: “*No obstante, aun cuando se desconozca el procedimiento que utiliza la comunidad indígena Cuarto Lote, para el juzgamiento de las contravenciones que acaecen en su territorio, resulta oportuno resaltar que las garantías del debido proceso que constan en la Constitución de la República deben ser interpretadas desde una perspectiva intercultural en cualquier procedimiento de juzgamiento indígena(...)*”³⁰ Sin embargo, la propia Corte –a pesar

29 Corte Constitucional del Ecuador. *SENTENCIA N° 001-17-SEI-CC. CASO N° 0001-13-EI*; de 23 de agosto de 2017.

30 Corte Constitucional del Ecuador. *Sentencia N° 001-17-SEI-CC. Caso N° 0001-13-EI*; de 23 de agosto de 2017, p. 10.
Ídem, p. 17.

que su análisis presenta un enfoque intercultural respecto a la comprensión de las normas, procedimientos, autoridades y la cosmovisión del pueblo indígena– no logra entender que las autoridades indígenas actuaran en función de su derecho propio para resolver el origen del conflicto, con el fin de restablecer la armonía y el equilibrio social. Las presuntas agresiones físicas cometidas por la Comunidad, por las que fueron denunciadas las autoridades indígenas ante la justicia ordinaria, fueron consideradas falsas en la jurisdicción indígena.³¹

De este modo, la Corte desde un enfoque occidental –y con absoluto desconocimiento del pensamiento indígena, alejado de una mirada intercultural de la justicia, sus procedimientos y normas– emitió el dictamen en los siguientes términos:

- “1. Declarar la vulneración del derecho constitucional al debido proceso en la garantía que restringe la privación del derecho a la defensa en cualquier etapa o grado del procedimiento y el derecho constitucional a la seguridad jurídica.
2. Aceptar la acción extraordinaria de protección presentada.
3. Como medidas de reparación integral se dispone:
 - 3.1 Dejar sin efecto la sentencia de justicia indígena emitida por el Comité de Desarrollo Comunitario “Pacto” Cuarto Lote, parroquia Cangahua, Cayambe, Provincia de Pichincha, adoptada en el Acta de Justicia Indígena suscrita el 22 de mayo de 2013.
 - 3.2 Disponer que las autoridades del Comité de Desarrollo Comunitario “Pacto” Cuarto Lote, parroquia Cangahua, inicien un nuevo proceso de juzgamiento en que se analice la denuncia de agresiones presentada por el señor Elias David Aigaje Pinango en atención de las consideraciones contenidas en la presente sentencia.
 - 3.3 En caso de insatisfacción de la Comunidad “Cuarto Lote”, respecto de las cantidades de concesión del caudal de la vertiente Pucyu Ucu, se dejan a salvo los derechos de la comunidad de acudir a la autoridad estatal competente para defender los derechos colectivos de los pueblos y nacionalidades indígenas reconocidos en el artículo 57 de la Constitución de la República (...).”

III. Principales acciones de coordinación y/o cooperación entre los sistemas de justicia indígena y justicia ordinaria

A. Naturaleza y elementos constitutivos de la justicia indígena

La justicia indígena es una práctica milenaria desarrollada por los pueblos ancestrales, se caracteriza por ser comunitaria, basada en valores, principios, procedimientos y normas propias de cada pueblo. Su finalidad es resolver los conflictos, de manera integral, mediante prácticas

31 Acta de la Justicia Indígena del 22 de mayo de 2013 de la Comunidad “Cuarto Lote”, en la parte pertinente señala lo siguiente: “Pese a un sin número de actos ilegales, se procede a demandar a 8 compañeros Directivos y Miembros a la Unidad Judicial Ira de contravenciones del cantón Cayambe, aduciendo que estos 8 compañeros han agredido con 4ta contravención, donde no justifica con respaldo médico de tal acto es decir no tienen ninguna prueba de agresión, por tales virtudes totalmente falso...”

de reparación, restauración, purificación, rehabilitación y sanción para mantener y restablecer la convivencia pacífica y la armonía social, así como de la naturaleza. En la actualidad es un derecho constitucional.

En relación a los elementos constitutivos de la justicia indígena, se pueden establecer algunos de ellos. El primero se vincula a la potestad para administrar justicia indígena, ésta no puede ser asumida por cualquier organización o colectivo, aún siendo indígena. Necesariamente el pueblo o nacionalidad debe tener una condición histórica, política y territorial de comunidad.

Por otro lado, un segundo elemento determina que la administración de justicia indígena debe observar y respetar las tradiciones ancestrales y el derecho propio, es decir, las normas, principios, procedimientos y la autoridad comunitaria que rige en un determinado territorio indígena.

Un tercer elemento se encuentra vinculado a la jurisdicción y competencia que las autoridades indígenas asumen en el ámbito del territorio de cada comunidad, pueblo y nacionalidad. Lo territorial no significa únicamente el espacio físico en el que viven los pueblos indígenas. Para los pueblos indígenas, el territorio es aquel espacio de vida en el que desarrollan sus actividades, reproducen la cultura, conservan sus prácticas culturales, médicas, económicas, espirituales, jurídicas, organizativas, espacio en el cual buscan vivir en completa armonía con la naturaleza, respetando la biodiversidad allí existente, tomando únicamente lo necesario, sin alterar y generar el desequilibrio en la misma. En relación a lo señalado, el Reglamento de Sustanciación de Procesos de competencia de la Corte Constitucional³², con el fin de realizar el examen de constitucionalidad de las decisiones de la justicia indígena, ingresadas mediante las acciones extraordinarias de protección en contra de las decisiones de la justicia indígena, determinó un parámetro para entender el territorio:

“2) Ámbito territorial. Se verificará que el asunto materia del litigio haya ocurrido en las tierras o territorios de las nacionalidades, pueblos y comunidades indígenas. Se entiende por territorio indígena a aquellos espacios territoriales donde se encuentran asentados y desarrollando su vida social, cultural, económica y política, así como en los territorios que habitualmente han sido utilizados por los pueblos”³³.

Un cuarto elemento se vincula a los procesos de administración de justicia indígena y su responsabilidad de garantizar la participación y decisión de las mujeres. La omisión u obstrucción en esta participación constituiría una discriminación a la mujer y una vulneración de derechos constitucionales. Por lo que las decisiones de la justicia indígena que no consideren esta participación podrían ser sometidas al control constitucional.

El quinto elemento constitutivo se relaciona a la potestad de las autoridades jurisdiccionales indígenas para resolver los conflictos internos de las comunidades, pueblos y nacionalidades, así como la imposibilidad de resolver conflictos generados en otros territorios que no son considerados indígenas. En ese marco, se hace necesario subrayar que las autoridades indí-

32 Norma publicada en el suplemento del Registro Oficial No. 127, el día miércoles 10 de febrero de 2010.

33 Artículo 44, numeral 2, Reglamento de Sustanciación de Procesos de competencia de la Corte Constitucional.

genas tienen la facultad jurisdiccional y obligación de actuar frente al “llaki” en función de la concepción propia de los pueblos indígenas. Así como lo establecen Pacari Vega y Yumbay (2019, pp. 73-74):

“Cuando se produzca un problema, un conflicto que en kichwa es el llaki o llakiapashka, las autoridades tienen la obligación de realizar todos los esfuerzos para lograr el retorno de la armonía a la comuna o ayllu; el retorno del equilibrio de las energías de las personas o el ayllu porque en la moción de los pueblos originarios, el equilibrio no solo es de la persona como individuo sino también del ayllu, de la entidad colectiva. En consecuencia, en la resolución del conflicto se produce la reconciliación, la restauración, la reparación hasta lograr que retorne la armonía, la convivencia.

(...) Generalmente solemos decir llakiapashkanin, llakiapshkacanchik, chikikatishkamari, llakipiurmashkanchik que en la traducción literal estamos expresando “dicen que estamos sucumbidos en una profunda tristeza, en un problema grave” o “nos ha llevado la tristeza, el fracaso”, “le ha seguido la energía negativa”; pero, en la traducción conceptual se encuentra la noción del resquebrajamiento, de la ruptura, del desequilibrio, de la desarmonía que se ha provocado en una familia o en una comunidad”.

En ese contexto, el Estado asume la responsabilidad de garantizar que las decisiones de la jurisdicción indígena sean respetadas por las instituciones y autoridades públicas, las que solamente estarán sujetas al control de constitucionalidad.

B. Procedimiento en la administración de justicia indígena kichwa

Así como existen procedimientos claros por seguir en un trámite legal dentro de la jurisdicción ordinaria, dentro de la jurisdicción indígena existen procedimientos generales que las autoridades aplican en la resolución de un conflicto. Éstos no son los únicos, pues cada comunidad, pueblo o nacionalidad tiene sus propios procedimientos específicos en función de cada conflicto que se genera y deben resolver.

Desde la experiencia del pueblo indígena kichwa (Yumbay Yallico, 2013), podemos señalar que se cumplen los siguientes procedimientos:

Willana. Es el acto de comunicar y poner en conocimiento de la autoridad indígena sobre un conflicto que ha ocurrido.

Tapuna o Mashkana. Es el acto de investigar, averiguar sobre el conflicto ocurrido y que ha sido puesto en conocimiento de la autoridad indígena.

Ñawinchina o chimpapurana. Es el acto de las aclaraciones entre las personas que son parte del conflicto, frente a las autoridades indígenas. En este momento se produce el diálogo, el debate y las reflexiones colectivas sobre el conflicto, las responsabilidades en caso de haberlas y la determinación de posibles mecanismos de solución del conflicto.

Allichina. Es el momento en el que se toma la decisión sobre las formas o medidas para resolver el conflicto ocurrido, la decisión es tomada de manera colectiva y consensuada, con la participación de todos y todas. Las personas adultas mayores tienen un papel fundamental.

Paktachina. Es el acto mediante el cual se hace cumplir o ejecutar la decisión tomada por la autoridad indígena.

Katichina. Es un mecanismo de seguimiento del cumplimiento de las decisiones emitidas por la autoridad indígena, se implementa solo cuando su cumplimiento requiere de un tiempo extenso.

C. Mecanismo de cooperación y coordinación

– La Constitución dispone que las decisiones de la jurisdicción indígena serán respetadas por las instituciones y autoridades públicas

Esta disposición es muy relevante, pues deja en claro que todos aquellos casos resueltos por las autoridades de la jurisdicción indígena no pueden ser revisados por ninguna autoridad de la jurisdicción ordinaria. Al contrario, deben ser respetadas por todas las instituciones y autoridades públicas sin excepción alguna, no existiendo ningún argumento válido que justifique su incumplimiento. Por otro lado, no son admisibles los argumentos que plantean la necesidad de una norma secundaria para la coordinación entre jurisdicciones, puesto que la Constitución es una norma de directa e inmediata aplicación.

De manera que todo lo resuelto por las autoridades indígenas, en ejercicio del derecho colectivo consagrado en la norma constitucional, equivale a cosa juzgada y se encuentra en la misma jerarquía que la justicia ordinaria, tal como lo establece la Constitución de la República en el artículo 76, número 7, letra i) que señala:

“Nadie podrá ser juzgado más de una vez por la misma causa y materia. Los casos resueltos por la jurisdicción indígena deberán ser considerados para este caso”.

Asimismo, el artículo 344, letra c) del Código Orgánico de la Función Judicial establece como principio el:

“Non bis ídem que garantiza que lo actuado por las autoridades de la justicia indígena no podrá ser juzgado ni revisado por los jueces y juezas de la Función Judicial ni por autoridad administrativa alguna, en ningún estado de las causas puestas a su conocimiento, sin perjuicio del control constitucional”.

En la práctica, en la mayoría de los casos, los jueces ordinarios no han cumplido con estas disposiciones legales y constitucionales. A pesar de tener conocimiento de la situación de personas indígenas que ya han sido juzgadas o se encuentran en proceso, o que la autoridad indígena solicitó la declinación de competencia y el archivo de la causa, se continúa con los procesos de juzgamiento, inobservando los principios y garantías establecidos en la norma constitucional y el Código Orgánico de la Función Judicial. Se afecta, de esta manera, la competencia y jurisdicción de las autoridades indígenas para resolver sus conflictos, así como el derecho de los indígenas a ser juzgado por la autoridad jurisdiccional competente.

Veamos un ejemplo: Un juez niega la declinación de competencia, en un caso de presunto asesinato cometido por una persona indígena, cuyo conflicto fue juzgado en la jurisdicción indígena en su comunidad. Sin embargo, la Fiscalía inició un nuevo proceso de juzgamiento en la vía penal en contra de los infractores.

Ante este hecho, la autoridad jurisdiccional indígena solicitó la declinación de competencia ante el Juez Penal del cantón Guaranda, Provincia de Bolívar. El juez, a pesar de haber admitido a trámite la petición, niega la declinación de competencia aduciendo que la autoridad indígena no ha presentado prueba alguna en la que demuestre que, en base a sus tradiciones ancestrales y derecho propio, haya resuelto el conflicto. Señala también que en el Acta presentada por las autoridades indígenas se desprende una presunta sanción en contra de una sola persona y que en el proceso penal de la justicia ordinaria existen dos personas acusadas. Concluye estableciendo que la autoridad indígena no ha demostrado fehacientemente la pertinencia de tal invocación y califica de ilegal, improcedente y atentatoria a las disposiciones de los artículos 25, 26 y 27 del Código Orgánico de la Función Judicial y previene a la autoridad indígena en legal forma.

Llama la atención tanto que el Juez Penal emita juicios de valor sobre la resolución de la autoridad indígena como la forma en la que cuestiona que en los procesos penales de carácter ordinario son dos personas las acusadas y en la justicia indígena sólo se ha sancionado a una persona. De esta manera, se afecta la autonomía e independencia de la justicia indígena.

Por otro lado, el Juez cataloga la petición de declinación de competencia interpuesta por la autoridad indígena como acciones atentatorias a las disposiciones de los artículos 25, 26 y 27 del mencionado Código Orgánico de la Función Judicial, además de la previsión en legal forma; es decir, la amenaza a la autoridad indígena por la presunta ilegalidad de su acto.

De esta manera, es evidente que el Juez Ordinario se extralimita en su competencia. Pues lo que correspondía era abrir el plazo de la prueba a tres días para que la autoridad indígena demuestre su calidad de autoridad y la pertinencia de su pedido, ya que la autoridad indígena señaló bajo juramento que es autoridad indígena y presentó el acta de resolución (sentencia) emitida por la autoridad originaria. Es decir, cumplió con lo establecido en el artículo 345 del Código Orgánico de la Función Judicial por lo cual debió haber concedido la declinación. La negativa del Juez Ordinario dio paso al doble juzgamiento.

Asimismo, existen otros casos en los que autoridades administrativas, policiales y políticas no han respetado las decisiones de las autoridades indígenas. Por ejemplo, cuando las autoridades indígenas realizan la partición de las tierras y solicitan al Registrador de la Propiedad la inscripción de éstas, las autoridades no proceden a cumplir con dicha disposición. Esto no ocurre en el cantón Cayambe, Provincia del Pichincha, lugar en el que el Gobierno Autónomo Descentralizado es administrado por un líder indígena en calidad de Alcalde, quien ha implementado un sistema para registrar las decisiones de las autoridades indígenas en esta materia.

De la misma forma, la Policía Nacional –en calidad de órgano auxiliar de la justicia– no cumple con las disposiciones emitidas por las autoridades de la justicia indígena. En muchos de los casos, las autoridades policiales elevan la consulta a la autoridad jerárquica superior o a la autoridad civil del Ministerio de Gobierno, quienes ratifican la decisión de no acatar lo dispuesto por la autoridad originaria.

– **Las decisiones de las autoridades indígenas estarán sujetas al control de constitucionalidad**

La Corte Constitucional, como el máximo órgano de control, de interpretación y administración de justicia constitucional tiene la competencia de realizar el control constitucional de las decisiones de las autoridades indígenas. Dicho control de constitucionalidad no se aplica

en todos los casos. De acuerdo con la Ley Orgánica de Garantías Jurisdiccionales y Control Constitucional, procede únicamente cuando:

“La persona que estuviere inconforme con la decisión de la autoridad indígena en ejercicio de funciones jurisdiccionales, por violar los derechos constitucionales garantizados o discriminar a la mujer por el hecho de ser mujer, podrá acudir a la Corte Constitucional y presentar la impugnación de esta decisión, en el término de veinte días de que la haya conocido”.

La Acción extraordinaria de protección contra decisiones de la justicia indígena se interpondrá ante la Corte Constitucional, órgano que procederá con el trámite de acuerdo a lo previsto en la normativa antes citada y demás disposiciones legales. La Acción Extraordinaria de Protección constituye una de las garantías constitucionales consagradas en la norma constitucional a partir del año 2008.

En el mismo caso señalado en el acápite anterior, la autoridad indígena presentó una acción extraordinaria de protección ante la Corte Constitucional en contra del Auto del 13 de diciembre de 2013, emitido por el Juez de la Unidad Judicial de Garantías Penales del cantón Guaranda de la Provincia de Bolívar. Como ya se indicó, el Juez resolvió negar la solicitud de declinación de competencia de la autoridad de la justicia indígena.

Como respuesta a la acción extraordinaria de protección presentada por la autoridad indígena en contra de la negación de declinación de competencia por el Juez penal del cantón Guaranda, la Corte Constitucional en Sentencia N° 101-17-SEP-CC, en la parte pertinente, señala lo siguiente:

(...) esta Corte Constitucional evidencia que, en la presente causa, no se determinó finalmente el juzgamiento por parte de la comunidad indígena a su miembro, por cuanto no se efectuaron las actuaciones procesales para aquello en el término de prueba conferido.

(...) este Organismo es enfático en señalar que las comunidades indígenas respecto a casos en que se atente contra la vida de otra persona, no resuelven respecto de la protección del bien jurídico vida como fin en sí mismo –aspecto que lo resuelve la justicia ordinaria–; sino, que sus decisiones tienen como fundamento los efectos sociales y culturales que una muerte provoca en la comunidad, estableciendo diversos niveles de responsabilidad que son distribuidos en distinto grado, entre los directamente responsables y sus respectivas familias³⁴.

Consecuentemente, en función de sus análisis, la Corte Constitucional emite su sentencia señalando que no existe vulneración de derechos constitucionales y niega la acción extraordinaria de protección presentada por la autoridad indígena.

– Acciones de coordinación y cooperación entre la jurisdicción indígena y la jurisdicción ordinaria

En el inciso final del artículo 171 de la Constitución de la República, se contempla la necesidad de adoptar una ley que desarrolle los mecanismos de coordinación y cooperación entre

34 Corte Constitucional, Quito, D.M., 12 de abril de 2017; Sentencia N° 101-17-SEP-CC; Caso N° 0166-14-EP.

la jurisdicción indígena y la jurisdicción ordinaria. Para los pueblos indígenas generar una norma jurídica secundaria de coordinación y cooperación es innecesaria, más aún cuando falta la voluntad política del Estado y las condiciones políticas del órgano legislativo no son las adecuadas. Consideran que el derecho se puede ejercer al amparo del artículo 11, número 3 de la Constitución de la República³⁵ que establece el principio de aplicación directa e inmediata y que no puede alegarse falta de norma jurídica.

Desde la vigencia de la Constitución de la República del año 2008, no ha existido la voluntad política para construir la norma. Al contrario, el gobierno y demás autoridades, incluso la propia Corte Constitucional³⁶, han pretendido limitar y obstaculizar el ejercicio de este derecho.

Por otro lado, las autoridades indígenas han sido criminalizadas por la justicia ordinaria. Solo en la Provincia de Cotopaxi, en el año 2018, el presidente del Movimiento Indígena de Cotopaxi, Leónidas Iza Salazar, junto a 40 personas, entre dirigentes y comuneros, se enfrentan a la justicia ordinaria en varios procesos legales, por el simple hecho de aplicar la justicia indígena en los territorios comunitarios³⁷.

De manera que el reconocimiento constitucional de la justicia indígena, y las funciones jurisdiccionales de las autoridades indígenas, no ha sido suficiente. Aún existen serias dificultades en su aplicación y ejercicio. Por lo tanto, es fundamental definir de manera urgente los mecanismos de cooperación y coordinación entre las justicias. En la práctica no han existido acciones generalizadas e institucionalizadas de coordinación y cooperación entre las justicias. Existen excepciones en determinados cantones en los que ciertos jueces, fiscales, policías y demás autoridades cooperan y coordinan con las autoridades indígenas.

Como se señaló en párrafos anteriores, hubo una época en la que, al parecer, existió la voluntad política de cumplir con lo señalado en la Constitución y en la ley, y generar mecanismos institucionalizados de coordinación y cooperación. Sin embargo, no se ha logrado avanzar en este tema.

En el presente año (2019), el Instituto para las Ciencias Indígenas Pacari –organismo no gubernamental sin fines de lucro que durante muchos años viene desarrollando procesos de capacitación a las autoridades indígenas (a través del Programa de Escuela Itinerante)– ha generado una acción conjunta y coordinada con el Consejo de la Judicatura y las autoridades indígenas para la organización de tres foros regionales en el país, bajo la denominación “Construyendo Pluralismo Jurídico en clave intercultural”. El propósito de esta iniciativa es generar espacios de diálogo, intercambio de experiencias y búsqueda conjunta de soluciones a los problemas de coordinación entre la justicia indígena y la justicia ordinaria. En

35 Constitución de la República del Ecuador. Artículo 11, número 3. Los derechos y garantías establecidos en la Constitución y en los instrumentos internacionales de derechos humanos serán de directa e inmediata aplicación por y ante cualquier servidora o servidor público, administrativo o judicial, de oficio o a petición de parte.

Para el ejercicio de los derechos y las garantías constitucionales no se exigirán condiciones o requisitos que no estén establecidos en la Constitución o la ley.

Los derechos serán plenamente justiciables. No podrá alegarse falta de norma jurídica para justificar su violación o desconocimiento, para desechar la acción por esos hechos ni para negar su reconocimiento.

36 Corte Constitucional del Ecuador; Sentencia N° 113-14-SEP-CC; Caso N° 0731-10-EP de 30 de julio de 2014.

37 <https://ocaru.org.ec/index.php/comunicamos/noticias/item/8251-leonidas-iza-salazar-dirigente-indigena-enfrenta-5-acusaciones-por-administrar-justicia-indigena>

estos eventos han participado autoridades jurisdiccionales indígenas, jueces y fiscales de la justicia ordinaria.

El Consejo de la Judicatura, el Instituto Pacari y las autoridades jurisdiccionales indígenas y ordinarias han manifestado que estos eventos deben constituir un inicio para fortalecer y mejorar la calidad de la justicia en el país, y que esto permita la generación institucionalizada de mecanismos de coordinación y cooperación entre la justicia.

IV. Conclusión

Los pueblos indígenas en el Ecuador, como en el resto del continente americano, han tenido que recorrer un largo proceso histórico de lucha, resistencia y generación de propuestas para que el Estado y los gobiernos reconozcan su existencia y sus derechos como entidades colectivas, culturales, políticas e históricas cuya existencia es largamente anterior a la llegada de los españoles a estos territorios.

En el caso ecuatoriano, el Estado fue construido sobre la base de la teoría colonialista y excluyente, a pesar de la evidente presencia de los pueblos indígenas con sus sistemas de vida y pensamiento propios y válidos para la sociedad. Los pueblos indígenas fueron invisibilizados y violentados durante muchos siglos. Sin embargo, fueron instrumentalizados como simples objetos de trabajo y contribuyentes tributarios.

En el recorrido histórico que se ha realizado por las diversas constituciones a partir de 1830, año en el que entró en vigencia la primera Constitución Política del Ecuador, se evidencia que los pueblos indígenas no tenían derechos. Si en alguna de las constituciones se reconocieron algunos derechos, éstos fueron limitados y se ejercieron bajo tutela de la Iglesia.

Solamente en las constituciones de los años de 1998 y 2008 se alcanzó el reconocimiento de los derechos colectivos y con ello el derecho a la administración de justicia indígena. Se inicia así un nuevo periodo de reivindicaciones para estos pueblos, pero también cabe señalar que los derechos reconocidos en estas constituciones fueron el resultado de las luchas sociales desarrolladas durante siglos, no son una dádiva de los gobiernos de turno.

La Constitución del año 2008 caracteriza al Ecuador como un Estado constitucional de derechos, plurinacional e intercultural; incluye un catálogo de derechos colectivos, en particular reconoce las facultades jurisdiccionales de las comunidades, pueblos y nacionalidades indígenas para administrar justicia. Fue un gran avance; sin embargo, su ejercicio y aplicación han tenido y siguen teniendo enormes dificultades, generadas por el propio Estado y sus autoridades. Muchas autoridades indígenas siguen siendo criminalizadas por el simple hecho de ejercer algunos derechos y, en particular, por ejercer el derecho a administrar justicia indígena.

La Corte Constitucional como máximo organismo del Estado, encargada de proteger la Constitución y sus derechos mediante sus sentencias y dictámenes (como en el caso de “La Cocha”), así como las resoluciones de otras instancias gubernamentales, restringen, limitan y afectan el ejercicio y aplicación de los derechos de los pueblos indígenas.

Frente a esta realidad, los pueblos indígenas de Ecuador siguen exigiendo a las autoridades estatales, por vía jurídica y política, el respeto de sus derechos y la implementación de instrumentos jurídicos, jurisprudenciales y de políticas públicas que garanticen el efectivo ejercicio y aplicación de los derechos colectivos y la administración de justicia indígena.

La nueva era de lucha y resistencia de los pueblos indígenas en el Ecuador implica defender los derechos reconocidos, y exigir garantías para la aplicación y ejercicio de todos los derechos reconocidos en la Constitución y los instrumentos internacionales. Por su parte, al interior de cada uno de los pueblos se siguen fortaleciendo las capacidades y la institucionalidad comunitaria para conocer, apropiarse y ejercer los derechos constitucionales en cada uno de sus territorios.

Bibliografía

- Acosta, A.
2009 *Plurinacionalidad, Democracia en la diversidad+*. Quito, Ecuador: Abya Yala.
- Asamblea Nacional Constituyente
1998 *Constitución Política del Ecuador*. Quito, Ecuador: Registro Oficial.
2008 *Constitución de la República del Ecuador*. Quito, Ecuador: Registro Oficial.
- Asamblea, N.
2009 *Ley Orgánica de Garantías Jurisdiccionales y Control Constitucional*. Quito, Ecuador: AN.
- Ayala, M. E.
1997 *Resumen de Historia del Ecuador*. Quito, Ecuador: Corporación Editorial Nacional.
- Caicedo, D. y Espinoza, C.
2009 *Derechos Ancestrales, Justicia en Contextos Plurinacionales*. Quito, Ecuador: Serie Justicia y Derechos Humanos.
- CONAIE
(15 de julio de 2012). *Proyecto Político para la Construcción del Estado Plurinacional. Propuesta desde la visión de la Conaie*. Quito, Ecuador: CONAIE. Obtenido de <http://www.ecuarunari.org/conaie/19dic04c.html>: <http://www.ecuarunari.org/conaie/19dic04c.html>
- Espinoza, C.
2009 *Derechos Ancestrales, Justicia en Contextos Plurinacionales*. Quito, Ecuador: Serie Justicia y Derechos Humanos.
- Santos, B. d., & Grijalva, A.
2012 *“Justicia indígena, plurinacionalidad e interculturalidad en el Ecuador”*. Quito: Abya Yala.
- Sentencia, 0001-09-SCN-CC, Caso No. 0002-08-CN. (Corte Constitucional para el periodo de transición.).
- Sentencia Caso de la Comunidad Mayagna (Sumo) Awas Tingni (Corte Interamericana de Derechos Humanos 31 de agosto de 2001).
- Sentencia Caso la Cocha, 0731-10-EP (Corte Constitucional del Ecuador 30 de julio de 2014).
- Vega, N. P., & Yumbay, M.
2019 *“Derecho Propio y Sistema de Administración de Justicia Kichwa”*. Quito: V&M Gráficas; Instituto para las Ciencias Indígenas Pacari.
- Yumbay Yallico, M.
2013 *Justicia Indígena en Materia Penal. Ensayos Penales*, 35-43.

La coordinación de la jurisdicción indígena en el sistema inquisitivo y en el sistema penal acusatorio en Panamá

Aresio Valiente López¹

Resumen

El reconocimiento de la jurisdicción indígena en Panamá se tradujo en un largo proceso; primero se incorporó en las leyes comarcales y luego en las leyes nacionales que incluyeron las últimas reformas judiciales. Panamá, a diferencia de otros países latinoamericanos, no cuenta con una Constitución moderna y en ella no se reconoce la jurisdicción indígena. Ha sido a través de jurisprudencia del pleno de la Corte Suprema de Justicia de Panamá que dicho reconocimiento se fue, progresivamente, plasmando.

La experiencia autonómica y la libre determinación del pueblo Guna de la Comarca Gunayala están en proceso de construcción de su propia jurisdicción indígena, a fin de resolver los conflictos sociales que surjan en su territorio, independiente de cuál sea el origen de las partes.

I. Introducción

Desde que Panamá fue parte de Colombia, las leyes en materia indígena tuvieron como objetivo civilizar a las tribus salvajes; por ende, los gobiernos de turno, como parte de su política, desconocieron su forma de organización, incluyendo su administración de justicia.

En los primeros años como Estado independiente, existieron en los territorios indígenas autoridades estatales para administrar justicia, nombrados por el Poder Ejecutivo.

1 Abogado del pueblo Guna de Panamá. Egresado de la Facultad de Derecho y Ciencias Políticas de la Universidad de Panamá. Cuenta con estudios superiores en Derechos Humanos, métodos alternos de resolución de conflictos y propiedad intelectual. Profesor e investigador de la Facultad de Derechos y Ciencias Políticas de la Universidad de Panamá y de la Universidad Especializada de las Américas. Ha sido consultor de IIDH, BID, ILANUD y PNUD, entre otros. Ha participado en la redacción de proyectos legislativos en materia de tierras indígenas, comarcas, propiedad intelectual, derecho ambiental y jurisdicción indígena. Ha sido parte del Tribunal de la Comarca Gunayala y Asesor Legal del Congreso General Guna.

En los últimos años, la República de Panamá inició un proceso de actualización de sus entidades judiciales a través de la emisión de nuevas leyes –como el Código Penal y el Código Procesal Penal– que rigen la nueva forma de administración de justicia.

En materia indígena, el Código Procesal Penal reafirma la jurisdicción indígena que ya estaba incluida en todas las leyes comarcales y en algunas leyes nacionales, a pesar que la Constitución de Panamá no la reconoce en forma expresa.

II. Antecedentes de la República

Panamá se independiza del Reino de España el 28 de noviembre de 1821; se une a Colombia en forma voluntaria inmediatamente –inspirada en la idea de Simón Bolívar de solidaridad continental– por lo que el Istmo de Panamá, en materia indígena, se basó en las leyes emitidas por el Senado de la Unión. Así, antes de constituirse como República, hecho ocurrido el 3 de noviembre de 1993, se relaciona con la Gran Colombia.

Con anterioridad a las actuales divisiones políticas comarcales, el gobierno de Estados Unidos de Colombia había reconocido la Comarca de Tulenega mediante el Decreto Ordinario del 29 de abril de 1871. Tulenega proviene del idioma guna: Tule o Dule que significa en guna *persona sobre la tierra*, y Nega, *casa*, por lo que sería *Casa de las Personas* o el *Territorio de los Gunas*. Las comunidades mencionadas por dicho Decreto son las actuales comunidades de Gunayala, Madungandi, Wargandi y de las comunidades gunas de Colombia. Por lo tanto, el territorio de la Comarca Tulenega se extendía desde los actuales territorios gunas de Panamá hasta los territorios gunas de Colombia del golfo de Urabá.

Los Gunas, en su historia, han firmado varios acuerdos. Uno de ellos fue el convenio del 10 de enero de 1871, por el cual los Estados Unidos de Colombia se comprometían a proteger y defender a los tules (gunas); a cambio de este reconocimiento, éstos se sometían a las leyes de la Unión. Como parte de este compromiso, se promulgó el Decreto Ordinario del 29 de abril de 1871, por el cual se creó la figura del Comisario Nacional, una figura que representaba al Poder Ejecutivo de la Unión en la Comarca Tulenega (no así a los pueblos indígenas).

Entre sus funciones, el Comisario Nacional ejercía el oficio de “Juez de paz” o “componedor justo” de las diferencias que se suscitaban entre individuos de la tribu, o individuos extraños a ella. Frente a estas diferencias, debía observar en sus procedimientos y decisiones definitivas los principios generales de justicia y, hasta donde sea posible, la legislación civil del Estado de Panamá². Otra de las funciones asignadas al representante del Poder Ejecutivo de la Unión en la Comarca de Tulenega fue la de investigar las tradiciones, reglas de vida y de gobierno de la tribu, además de sus costumbres³.

La normativa establecía con claridad que la administración de justicia en la Comarca de Tulenega estaba en manos del Comisario Nacional, a fin de resolver los conflictos entre los gunas, o entre el guna y no guna (individuos extraños). Una de sus funciones fue proteger y

2 Numeral 3 del artículo 6 del Decreto Ordinario de 29 de abril de 1871.

3 Numeral 8 del artículo 6 del Decreto Ordinario de 29 de abril de 1871.

defender a los individuos de la tribu (gunas) contra cualquier agresión, atentado o vejamen de parte de individuos extraños⁴.

En la Ley N° 89 del 25 de noviembre de 1890 que “*determina la manera como deben ser gobernados los salvajes que vayan reduciéndose a la vida civilizada*”, su primer artículo estableció que “*la legislación general de la República no regirá entre los salvajes que vayan reduciéndose a la vida civilizada por medio de Misiones. En consecuencia, el Gobierno, de acuerdo con la Autoridad eclesiástica, determinará la manera como esas incipientes sociedades deban ser gobernadas*”. Eso significó que los miembros de los pueblos indígenas que aceptaron el catolicismo no fueron incluidos en la Ley N° 89.

La norma definió que las controversias de una parcialidad (terreno) con otra, o de una parcialidad con individuos o asociaciones que no pertenecían a la clase indígena, serían decididas por la autoridad judicial llamada “los Jueces de Circuito”, haciendo uso de las acciones o excepciones detalladas en el Código Judicial de la República, sin determinar la cuantía⁵. Los Jueces de Circuitos tenían mando y jurisdicción en un área geográfica llamado políticamente Distrito.

Las controversias entre indígenas de una misma comunidad por el uso de los resguardos (tierras) o de los límites de las porciones que gozaban, eran decididas por el Alcalde del Distrito Municipal al que pertenecían, estas decisiones eran apelables ante los Gobernadores de Departamento⁶.

Asimismo, la Ley N° 89 incluyó la institución del arbitraje al establecer, en su artículo 26, que las controversias de los indígenas entre sí, por asuntos del resguardo (tierras), podían ser sometidas a juicio de árbitros y transadas conforme a las leyes comunes, interviniendo los respectivos protectores, quienes eran autoridades nombrados por el Poder Ejecutivo para defender los intereses de los pueblos indígenas. Pero los pleitos entre comunidades indígenas y otros particulares, por razón del resguardo, no podían ser sometidos a arbitramentos ni transados.

La Ley N° 89, en sí misma, tuvo como objetivo “civilizar” a los pueblos indígenas a través de la religión católica, creando instituciones judiciales para resolver los conflictos que surjan entre los indígenas y los no indígenas, y de esta manera desconociendo las autoridades tradicionales para administrar justicia en sus territorios. Así, de forma previa a la Constitución de la nueva República, no se le reconoció competencia a los Sailagan (autoridad tradicional guna) para administrar justicia en la Comarca de Tulenega, sino al representante del Poder Ejecutivo o Presidente.

III. Época Republicana

Panamá se independizó de Colombia el 3 de noviembre de 1903, después de la guerra de los mil días entre los conservadores y liberales. En el momento de la independencia, tuvo lugar una discusión interna entre el pueblo Guna de la Comarca Tulenega; unos querían seguir unidos a Colombia y otros a la nueva República. El pueblo Guna decidió unirse a la Nueva República.

4 Numerales 1 y 2 del artículo 6 del Decreto Ordinario de 29 de abril de 1871.

5 Artículo 10 de la Ley N° 89 de 25 de noviembre de 1890.

6 Artículo 11 de la Ley N° 89 de 25 de noviembre de 1890.

La figura de la Comarca de Tulenega fue desconocida por Panamá luego de lograr su independencia de Colombia. Las primeras leyes en materia indígena que emitió la nueva República tuvieron como objetivo “civilizar las tribus salvajes”. Por ello, se prohibieron las prácticas culturales de los pueblos indígenas como el uso de la mola y las plantas medicinales, entre otras.

En materia de administración de justicia se dictó la Ley N° 56 del 28 de diciembre de 1912⁷, sobre la civilización del indígena, que creó la figura de los “Jueces Municipales” y de los “Personeros”, nombrados por el Poder Ejecutivo. Los Jueces Municipales y los Personeros tuvieron jurisdicción en un área más pequeña al Distrito. Los Personeros fueron entidades que investigaban los delitos menos graves, como el hurto y el robo no calificado.

De la misma forma, la Ley N° 56 estableció que los jefes de las poblaciones indígenas se denominan “Corregidores” y las autoridades de las circunscripciones (territorio indígena) “Alcaldes”. Ambas autoridades estaban subordinadas de forma directa a los Gobernadores de las respectivas provincias, en el marco de sus competencias. Asimismo, la norma estableció que –ya sea por la importancia de las poblaciones que se funden y desarrollen en las regiones mencionadas, como por los negocios o transacciones que allí se verifiquen– cuando se requiera la intervención de los Tribunales de Justicia, el Poder Ejecutivo nombrará “Jueces Municipales” o proveerá los cargos de Personeros. Así, los Tribunales asumían la competencia de Jueces Municipales y sus decisiones eran apelables ante los Jueces de Circuitos⁸.

Las primeras leyes emitidas por la nueva República persiguieron la consolidación del Estado panameño, por lo tanto, requerían la lealtad de los pueblos indígenas. El Decreto N° 33 del 6 de marzo de 1915, en su artículo 52, reconoció a los Sahilas (autoridades tradicionales locales gunas) como agentes de policía “por su lealtad para con el gobierno sean dignos de esa recompensa, quienes servirían como medios de comunicación entre las autoridades administrativas y los indígenas”. Estos eran nombrados por el jefe de circunscripción, bajo la sanción del Presidente de la República.

Así como ocurrió durante su formación como Estado, en los primeros años de la nueva República las leyes en materia indígena tuvieron como objetivo “civilizar” a los pueblos indígenas, por ello se prohibieron sus prácticas culturales. En ese contexto, el pueblo Guna –buscando dignificar su cultura y en ejercicio de su libre determinación– se levantó en armas el 25 de febrero de 1925, proclamando la República de Tule. Como producto de este levantamiento y la decisión del pueblo Guna, el 20 de octubre de 1925, a través del Acto Legislativo del 20 de marzo de 1925, se definió que la Asamblea Nacional cree comarcas que regidas por leyes especiales.

Con base en ese Acto Legislativo del 20 de marzo de 1925, un mes después de los hechos históricos que marcaron un hito en la relación entre el pueblo Guna con el Estado panameño, se incorporó en el segundo párrafo del artículo 4 de la primera Constitución de Panamá de 1904. Dicho párrafo expresa que **la Asamblea Nacional podrá crear comarcas, regidas por leyes especiales, con territorio segregado de una o más provincias**. En base a esto, se crearon las comarcas denominadas Gunayala y Barú. Bajo el antecedente de la Revolución Guna de febrero de 1925, el 11 de diciembre de 1925 –a través del Decreto N° 215– se dictaron algunas

7 Gaceta Oficial N° 1850 de 24 de enero de 1913.

8 Artículo 8 de la Ley N° 56 de 28 de diciembre de 1912.

disposiciones en relación a la circunscripción de San Blas (Gunayala), incorporando la figura del “Juzgado Municipal”⁹. Por otro lado, la Ley N° 2 del 16 de septiembre de 1938 creó las comarcas denominadas Gunayala y Barú; asimismo, la norma estableció la creación del denominado “Juez Comarcano”, el que cumplió su función de acuerdo a las leyes nacionales y, además, el personal no fue indígena. El 30 de septiembre de 1946 se promulgó la Ley N° 61, norma que aprobó el Libro Primero del Código Judicial de Panamá (Organización Judicial), y que reconoció al Juez Comarcano para el territorio de Gunayala¹⁰.

Finalmente, la actual Comarca Gunayala fue reconocida mediante la Ley N° 2 de 16 de septiembre de 1938. Al momento de reconocer a esta comarca, la norma estableció que la administración en la Comarca de Barú –otro de los territorios que fue reconocido en la ley– estaría a cargo de un Juez Comarcano. Contrariamente a lo señalado, la Ley N° 2 no reconoció un Juez para el pueblo Guna. Como se señaló, este reconocimiento fue posterior, pues se realizó en el Libro Primero de Código Judicial, Ley N° 61. Ambas figuras, tanto la reconocida para la jurisdicción de la Comarca Gunayala como para la Comarca de Barú, asumieron las funciones de Jueces Municipales. En materia penal, tuvieron la facultad de conocer y resolver delitos menos graves, siendo sus decisiones apelables ante los Jueces de Circuito.

IV. Leyes Comarcales, Leyes Nacionales y Código Procesal Penal

A. Generales

La Constitución de Panamá es una de la más atrasadas en materia indígena, si la comparamos con las constituciones modernas latinoamericanas. Sin embargo, tiene leyes de avanzada en cuanto al reconocimiento de los derechos de los pueblos indígenas –cinco leyes comarcales¹¹, leyes nacionales que incluyen en su normativa la Jurisdicción Indígena, ley de propiedad intelectual indígena– leyes que han servido de modelo para otros países del mundo.

El artículo 202 de la Carta Magna panameña establece:

“El Órgano Judicial está constituido por la Corte Suprema de Justicia, los tribunales y los juzgados que la Ley establezca. La administración de justicia también podrá ser ejercida por la jurisdicción arbitral conforme lo determine la Ley. Los tribunales arbitrales podrán conocer y decidir por sí mismos acerca de su propia competencia”.

Este artículo tuvo su última reforma en 2004. Si bien se incluyó la institución del arbitraje no se incorporó la jurisdicción indígena, a pesar de su reconocimiento en las leyes autonómicas comarcales y la legislación nacional.

De manera previa a la ola de reformas constitucionales en Latinoamérica, y al desarrollo normativo en varios países que permitieron el reconocimiento de la Jurisdicción Indígena, Panamá ya contaba con leyes –tanto comarcales como nacionales– que reconocían a los

9 Artículo 8 del Decreto N° 215 de 11 de diciembre de 1925.

10 Artículo 188 y 189 de la Ley N° 61 de 30 de septiembre de 1946.

11 Ley No. 16 de 19 de febrero de 1953, Ley No. 22 de 8 de noviembre de 1983, Ley No. 24 de 12 de enero de 1996, Ley No. 10 de 7 de marzo de 1997 y Ley No. 34 de 25 de julio de 2000.

pueblos indígenas su competencia para administrar justicia en sus territorios, a través de sus instituciones o autoridades tradicionales indígenas.

B. Leyes de la Comarca Gunayala

La Ley N° 2 del 16 de septiembre de 1938, crea sólo la Comarca de San Blas (Gunayala) y no así las entidades tradicionales del pueblo Guna; es mediante la Ley N° 16 de 1953 que se organizan las instituciones propias del pueblo Guna. El artículo 12 de la Ley N° 16 de febrero de 1953 –Ley de la actual Comarca Gunayala– establece que “*el Estado reconoce la existencia y jurisdicción en los concernientes a infracciones legales, exceptuando lo referente a la aplicación de las leyes penales, del Congreso General Guna, de los Congresos de pueblos y tribus y de las demás autoridades tradicionales*”; es decir, que el pueblo Guna no tenía competencia para tratar asuntos penales, pero sí para atender conflictos familiares, sobre tierras y administrativos, entre otros. Esta Ley no ha sido abrogada y en la actualidad se encuentra vigente.

A pesar de la vigencia de dicha Ley, el pueblo Guna, en ejercicio de su derecho a la autonomía y a la libre determinación, ha formulado normas internas para administrar justicia; éstas han sido desarrolladas independientemente al origen de las partes, los asuntos o las temáticas del conflicto, y responden a la violación de su derecho propio y de sus reglas de convivencia.

En el Código Judicial de Panamá que se emitió en 1984, se incluyó nuevamente la disposición que señala que en la Comarca Gunala debe existir un juez y un personero, quienes tendrán las funciones que se les señalen por ley especial (artículo 178). Las resoluciones que dicte el Juez Comarcano son apelables ante los Jueces de Circuito, cuya sede está en la Provincia de Colón, y no en la Comarca (179). A pesar de existir un mandato legal para crear una ley especial sobre las funciones del Juez Comarcal y Personero de Gunayala, esta ley nunca se creó.

El Juez Comarcano de Gunayala, reconocido normativamente en 1984, hasta la fecha no ha tenido ningún tipo de actuación judicial, pues la mayoría de los gunas resuelven sus conflictos en su jurisdicción, independientemente si éstos son asuntos penales, civiles, comerciales, familiares, agrarios o ambientales. La mayor parte de los casos que llegan a conocimiento del Juez Comarcano son derivados a la Jurisdicción guna. De esta manera, al no tener asuntos que atender en Gunayala, el Juez Comarcano se ha convertido en un Juez Itinerante responsable de atender en otras áreas de Panamá. Actualmente, el Juez de la Comarca Gunayala se rige de acuerdo al Código Procesal Penal, Ley N° 63, norma que a partir del 28 de agosto de 2008 reconoce la jurisdicción a todos los pueblos indígenas de Panamá para resolver los conflictos penales que surjan en sus territorios.

De esta manera, en la actualidad, la Comarca Gunayala es uno de los territorios indígenas que ha desarrollado importantes actos vinculados al ejercicio del derecho a la autonomía y a la jurisdicción. Cuenta con la Ley Fundamental, el Estatuto Comarcal y el Estatuto de Administración de Justicia, entre otras normas. En los últimos años, ha iniciado un proceso de actualización de sus normas internas, incluyendo entre ellas a sus formas tradicionales de administrar justicia.

En septiembre de 2013, el Congreso General Guna actualizó la Ley Fundamental de Gunayala, norma conocida en la lengua guna como *Gunayar Igardummadwala*¹². Ésta tiene

12 Reformada por dos sesiones de Onmageddummad Sunmaggaled: Sesión Extraordinaria de Usdub, 23 al 25 de agosto de 2012, y Sesión Ordinaria de Gardi Sugdub, 25-28 de octubre de 2012. Aprobada y promulgada

categoría de Ley, a pesar de no haber sido emitida por la Asamblea Nacional de Panamá, ni mucho menos sancionada vía Decreto por el Presidente de la República; por ende, no ha sido divulgada en la gaceta o diario oficial.

La Ley Fundamental de Gunayala, cuenta con un título específico sobre Administración de Justicia. En el artículo 74 prevé que *en Gunayala, la administración de justicia se hará acorde al derecho indígena interno, como al control social del pueblo Guna, tomando en cuenta la vigencia de las leyes nacionales*; además, *cada comunidad de Gunayala creará una Unidad Administrativa de Justicia Local que se registrará de acuerdo al reglamento interno de las comunidades* (artículo 75).

De acuerdo a la norma propia guna, el funcionamiento de la justicia tendrá su organización propia con normas precisas para conocer hechos delictivos con sanciones, basadas en los reglamentos internos de cada comunidad de la Comarca Gunayala¹³. Las decisiones asumidas por la justicia local pueden ser apeladas en una segunda instancia, conforme al reglamento interno de cada comunidad¹⁴. El pueblo Guna por su experiencia autonómica, consideró necesaria la creación de un Tribunal de Justicia, instancia que tiene entre sus funciones revisar las decisiones de las comunidades.

De acuerdo al artículo 79 de la Ley Fundamental de Gunayala, el Tribunal de Justicia Guna se integra por cinco miembros elegidos en el pleno del *Onmaggeddummad Sunmaggaled* (Pleno del gobierno guna), por un periodo de cuatro años. Cuenta con un cuerpo colegiado de asesores (entre ellos un abogado) conocedores de la cultura guna y con amplia trayectoria en el derecho indígena.

El Tribunal de Justicia de Gunayala, de acuerdo a la ley fundamental, tiene entre sus funciones¹⁵:

- Estudiar e interpretar los reglamentos internos de las comunidades, conforme al derecho indígena en que se sustentan, antes de emitir una decisión.
- Revisar las decisiones de instancias locales, cuando son remitidos al pleno de “Onmaggeddummad Sunmaggaled”, para la toma de decisiones finales.
- Garantizar la fiel aplicación de los reglamentos internos de las comunidades, en el marco del respeto a los derechos humanos, y de la solidaridad.
- Y otras que serán reglamentadas en el Estatuto.

En los últimos años, los comuneros de la Comarca Gunayala han presentado sus casos al Tribunal de Justicia de Gunayala, a fin de que esta instancia revise las decisiones asumidas por sus autoridades comunales para determinar la existencia de vulneraciones a las normas locales y de la Comarca Gunayala. En la mayor parte de los casos, el Tribunal de Justicia de Gunayala ha confirmado las decisiones de las comunidades. Sin embargo, en los casos en que las comunidades son condenadas por violar sus normas internas, o las normas del Congreso General Guna, éstos han cumplido la decisión del máximo Tribunal de Justicia.

en la sesión extraordinaria de Onmaggeddummad Sunmaggaled de Mirya Ubgigandub, 26-28 de septiembre de 2013.

13 Artículo 76 de Ley Fundamental de Gunayala.

14 Artículo 77 de Ley Fundamental de Gunayala.

15 Artículo 79 de la Ley Fundamental de Gunayala.

El pleno del Congreso General Guna adoptó en 2018 la normativa del Tribunal de Justicia, el Sistema de Administración de Justicia de la Comarca Gunayala. De acuerdo a lo previsto por la norma, las instancias que administran justicia en la Comarca Gunayala son el Congreso General Guna, el Tribunal de Justicia y las autoridades tradicionales en las comunidades¹⁶.

El Congreso General Guna es la máxima autoridad y órgano de decisión política, administrativa, social y económica del pueblo Guna; entre sus funciones tiene la responsabilidad de administrar justicia en casos graves y emblemáticos¹⁷. El Tribunal de Justicia Guna es la instancia autónoma, cuyo objetivo es garantizar la real y efectiva administración de justicia como segunda instancia¹⁸.

El Tribunal de Justicia Guna cumple sus funciones de manera itinerante, ya que debe trasladarse a las comunidades en donde se conoció en primera instancia el caso, a fin de realizar las investigaciones pertinentes sobre las normas y procedimientos aplicados por las comunidades para resolver el conflicto.

El Tribunal de Justicia Gunayala, de acuerdo a su reglamento, tiene como atribuciones¹⁹:

- Conocer en segunda instancia los casos que se presenten por cada una de las partes en apelación.
- Interpretar los Reglamentos Internos de las comunidades, conforme al Derecho Indígena.
- Revisar las decisiones de las Autoridades Tradicionales que administran justicia en las comunidades.
- Investigar, juzgar y decidir las controversias en base al Derecho Indígena, Carta Orgánica, Igar Narmagaled y demás instrumentos legales del pueblo Guna.
- Garantizar la fiel aplicación de las normas internas, en el contexto del respeto de los Derechos Humanos y sustentados en la solidaridad humana, cosmovisión indígena y la justicia ancestral.

Cuando exista silencio judicial, en otras palabras que las autoridades locales no decidan sobre un asunto que fue sometido para su atención en el lapso de un año, la persona interesada tiene derecho a presentar su caso ante la instancia del Tribunal de Justicia Guna para que resuelva, a fin de evitar la negación de justicia y la mora judicial²⁰.

La Comarca Gunayala, en base a su autonomía y libre determinación, ha constituido un Tribunal de Justicia para revocar, modificar, anular o confirmar el fallo de la primera instancia, el cual es ejercido por la justicia local, a través de sus instituciones judiciales propias como Pugsu Galu, Fiscalías, Saglatura, Junta de Justicia, entre otros.²¹

16 Artículo 16 del Reglamento del Tribunal de Justicia Guna de 2018.

17 Artículo 17 del Reglamento del Tribunal de Justicia Guna de 2018.

18 Artículo 20 del Reglamento del Tribunal de Justicia Guna de 2018.

19 Artículo 37 del Reglamento del Tribunal de Justicia Guna de 2018.

20 Artículo 73 del Reglamento del Tribunal de Justicia Guna de 2018.

21 Artículos 31 y 70 del Reglamento del Tribunal de Justicia Guna de 2018.

C. Leyes de la Comarca Emberá-Wounaan

La Ley de la Comarca Emberá-Wounaan, Ley N° 22 del 8 de noviembre de 1983, al igual que el Código Judicial de Panamá, estableció los Juzgados Comarcales con categoría de Juzgados Municipales; además, legisló sobre los agentes del Ministerio Público conocidos con el nombre de “Personero Comarcal”.

La Comarca Emberá-Wounaan cuenta con una Carta Orgánica, adoptada mediante el Decreto Ejecutivo N° 84 del 9 de abril de 1999. En la Carta Orgánica de la Ley N° 22 del 8 de noviembre de 1983, en el artículo 118 se estableció que *en la Comarca se reconoce la forma o procedimiento tradicional del pueblo Emberá-Wounaan en la solución de conflictos. El Cacique General y caciques Regionales, en coordinación con los Nokoras de cada comunidad, garantizarán y aplicarán las prácticas tradicionales de conciliación y solución de conflictos, siempre y cuando no sean de competencias de autoridades ordinarias y administrativas.*

La Carta Orgánica Emberá-Wounaan establece, asimismo, que *las decisiones que adopten estas autoridades serán respetadas por las autoridades administrativas y judiciales existentes en el país, siempre que no sean contrarias a la Constitución y a la Ley* (segundo párrafo del artículo 119). Reconoce la jurisdicción indígena de la Comarca Emberá-Wounaan, pero limitada a la Constitución y a la Ley nacional.

En los asuntos concernientes a la cosmovisión embera-wounaan, como lo son los actos de hechicería y superchería, las autoridades regionales de la Comarca (los caciques Regionales) serán competentes para llevar adelante acciones de prevención junto con las autoridades de policía, y serán remitidos –sí son graves– a las autoridades ordinarias competentes (artículo 120). El artículo 47 de la Carta Orgánica Emberá-Wounaan establece como una de las funciones del Cacique Regional, sancionar los casos de mal uso de los conocimientos botánicos y de otros conocimientos tradicionales.

El Derecho Emberá-Wounaan codificado, Decreto Ejecutivo N° 84 del 9 de abril de 1999, incluyó una disposición que expresa que *las autoridades administrativas y judiciales instituidas en la comarca, aplicarán las leyes nacionales y tomarán en cuenta las costumbres y tradiciones del pueblo Emberá-Wounaan. En toda diligencia policíva y judicial, además de las garantías que establecen la Constitución Política y las Leyes, las autoridades administrativas y judiciales, en coordinación con las autoridades tradicionales, proporcionarán todos los mecanismos necesarios, a fin de que, en el cumplimiento de la Ley no se vulnere ningún derecho a cualquier ciudadano Emberá o Wounaan.* La coordinación será de acuerdo a lo establecido en el Código Procesal Penal.

D. Leyes de la Comarca Kuna de Madungandi

En la Carta Orgánica de la Comarca Kuna de Madungandi, Decreto Ejecutivo N° 228 del 03 de diciembre de 1998, en el artículo 65 específicamente estableció que *todos los habitantes de la Comarca Kuna de Madungandi están sometidos a la Constitución Política, las leyes de la República y sus normas de conducta tradicionales.* Actualmente, se encuentra vigente el Código Procesal Penal en la Comarca Kuna de Madungandi, por ende, es aplicable dicha normativa a ese territorio indígena.

Los gunas, además de acatar las leyes nacionales, también están sometidos a las normas tradicionales, las que son parte del control social propio del pueblo Guna de Madungandi;

así existe la jurisdicción indígena para resolver los conflictos que surjan en su territorio. El Código Procesal Penal reafirma la jurisdicción indígena.

E. Leyes de la Comarca Ngöbe-Buglé

La Ley de la Comarca Ngöbe-Buglé, Ley N° 10 del 7 de marzo de 1997, estableció en el segundo párrafo del artículo 40 que *la administración de justicia, en la Comarca, se ejercerá de acuerdo con la Constitución Política y la Ley, teniendo en cuenta la realidad cultural del área y de acuerdo con el principio de la sana crítica*. Este párrafo se basó en la última parte del artículo 8 del Convenio 107 de la OIT de 1957²², ratificado por Panamá mediante el Decreto de Gabinete N° 53 del 26 de febrero de 1971.

La Ley N° 10 de 1997, en el artículo 41, estableció que *las autoridades de la Comarca colaborarán con las autoridades judiciales y policivas en la investigación de los delitos, faltas y otras violaciones a la Ley*. Allí se plantea la coordinación que debe existir entre las autoridades indígenas con las autoridades judiciales y policivas en la investigación de delitos.

De acuerdo al Decreto Ejecutivo N° 194 del 25 de agosto de 1999, Carta Orgánica Ngöbe-Buglé, específicamente el artículo 216, la organización y funcionamiento de la administración de justicia en la Comarca Ngöbe-Buglé se desarrollará conforme a las disposiciones y procedimientos del Código Judicial de la República de Panamá. Siguiendo con la idea del artículo antes mencionado, en el artículo 217 de la Carta Orgánica Ngöbe-Buglé, se previó que *la administración de justicia se aplicará en cada caso en particular según los códigos y leyes*. En la actualidad, no está vigente la parte del procedimiento penal del Código Judicial, sino el Código Procesal Penal, por lo cual se reconoce la jurisdicción indígena.

F. Leyes de la Comarca Kuna de Wargandi

La última Ley comarcal, Ley N° 34 del 25 de julio de 2000, mediante la cual se crea la Comarca Kuna de Wargandi, también incluye en su normativa disposiciones sobre administración de justicia. En el artículo 7, dice que *la administración de justicia y la resolución de conflictos en la Comarca se ejercerá de acuerdo con la Constitución Política y la ley, pero se tomará en consideración su cultura*; sigue diciendo que *la Carta Orgánica de la Comarca desarrollará las formas culturales de resolución de conflictos*, y en la última parte prevé que *las autoridades de la Comarca colaborarán con las autoridades judiciales y policivas en la investigación de los delitos, faltas y cualquier otra violación de la ley*.

La Ley N° 34 de 25 de julio de 2000 fue reglamentada a través del Decreto Ejecutivo N° 414 del 22 de octubre de 2008 que sanciona la Carta Orgánica de la Comarca Kuna de Wargandi, la que cuenta con normas relacionadas a la administración de justicia. El artículo 75 prevé que *la administración de justicia se ejercerá conforme a las leyes de la República de Panamá; teniendo presente en su aplicación las formas tradicionales de la cultura del Pueblo Kuna de Wargandi*. Eso significa que además de la aplicación de las leyes nacionales, incluyendo el Código Procesal Penal, se aplicarán las normas tradicionales de la cultura kuna de Wargandi, como son las instituciones judiciales propias del pueblo Guna.

22 En Panamá está vigente el Convenio 107 de la OIT de 1957 y es uno de los pocos países que no ha ratificado el Convenio 169 de la OIT de 1989.

Por otro lado, el artículo 76 es claro sobre el reconocimiento de la jurisdicción indígena en la resolución de conflictos, al establecer que *la resolución de conflictos y los casos de violación de principios morales y de normas sociales, se hará según los patrones y criterios tradicionales con tal de que se respeten los derechos humanos y principios éticos y universalmente reconocidos*.

Siguiendo con las ideas planteadas en las anteriores leyes comarcales, la Carta Orgánica de la Comarca Kuna de Wargandi prevé que, *en la investigación de los delitos, faltas y cualquier otra violación de la ley, las autoridades de la Comarca, Caciques y los Sabilas prestarán la colaboración necesaria a las autoridades judiciales y policivas* (artículo 77). Igualmente, en el territorio de Wargandi está vigente el Código Procesal Penal, por lo cual la coordinación entre las autoridades indígenas y las autoridades judiciales y policivas está regulada por dicho Código.

G. Ley de Violencia Doméstica

La Ley N° 38 del 10 de julio de 2001 que reforma y adiciona artículos al Código Penal y Judicial “Sobre Violencia Doméstica y Maltrato al Niño, Niña y Adolescente”, también contiene artículos que reconocen la competencia de la justicia indígena para intervenir en los asuntos de violencia doméstica.

El Capítulo III de la Ley N° 38 del 10 de julio de 2001, prevé que *podrán aplicar las medidas de protección consagradas en el artículo 4 de esta Ley, los funcionarios de policía administrativa, las autoridades tradicionales en las zonas indígenas, los agentes del Ministerio Público y las autoridades del Órgano Judicial, cada uno de acuerdo con su competencia* (artículo 7). Es decir, las autoridades indígenas tienen competencia para establecer medidas de protección a favor de víctimas de la violencia doméstica.

Siguiendo con la idea del artículo 7, el artículo 8 de la Ley N° 38 de 2001 es clara sobre el reconocimiento de la jurisdicción indígena, al establecer que *las autoridades indígenas establecidas y reconocidas en sus Cartas Orgánicas, que administran justicia de acuerdo con las costumbres y tradiciones de los pueblos indígenas, podrán aplicar las medidas de protección consagradas en sus respectivos ordenamientos internos y, de forma supletoria, las establecidas en el artículo 4 de esta Ley, de acuerdo con su competencia*.

Es clara la norma transcrita sobre la jurisdicción indígena, ya que remite a la normativa prevista en las Cartas Orgánicas comarcales relacionada a la administración de justicia, la que se basa en la costumbre y tradiciones del pueblo indígena. La jurisdicción indígena está facultada para aplicar las medidas de protección en los asuntos de violencia doméstica, previsto en el Derecho Indígena y –en forma supletoria– será aplicable las medidas previstas en el artículo 4 de la Ley N° 38 de 2001.

H. Código Procesal Penal

El numeral 10 del artículo 30 del Código Procesal Penal, Ley N° 63 del 28 de agosto de 2008, reconoce como uno de los órganos jurisdiccionales a las autoridades tradicionales indígenas. El artículo 31 del Código anteriormente mencionado, determina la competencia fija por razón del territorio, por lo que la Jurisdicción Indígena tiene competencia en los territorios indígenas como son las Comarcas, Tierras Colectivas legalizadas o no, la cual es ejercida a través de sus

entidades jurisdiccionales propias o autoridades tradicionales que han sido constituidas de acuerdo a su cosmovisión.

El artículo 49 del Código Procesal Penal ha regulado la Competencia de las autoridades tradicionales indígenas (Jurisdicción Indígena), y expresa:

Artículo 49. Competencia de las Autoridades Tradicionales Indígenas. Las Autoridades Tradicionales Indígenas tendrán competencia para conocer las conductas sancionadas de acuerdo con el Derecho Indígena y la Carta Orgánica.

La actuación se efectuará conforme a los procedimientos consuetudinarios comarcales (el destacado es de mi autoría).

El Código Procesal Penal remite al Derecho Indígena y a la Carta Orgánica para determinar la competencia de la jurisdicción indígena. Algunos pueblos indígenas han codificado su Derecho Indígena, como el pueblo Guna de Gunayala. En el Derecho Indígena panameño se han incluido algunas conductas violatorias de las normas indígenas, por lo cual son sancionadas; algunas de estas sanciones consisten en trabajos comunitarios, expropiación de bienes, destierro de vida o expulsión de la comunidad por un tiempo determinado, llegando incluso a la privación de libertad de hasta seis meses, o a la realización de trabajo comunitario en otra comunidad guna.

V. Jurisprudencia²³

En la primera publicación del grupo PRUJULA, en el año 2008, analizamos jurisprudencia panameña relacionada a la jurisdicción indígena. En el presente trabajo se llevará adelante un resumen de dichos fallos, los cuales fueron emitidos antes de la vigencia del sistema penal acusatorio.

A. Falta de competencia de las autoridades indígenas en materia de droga

El primer fallo es sobre un proceso de hábeas corpus, instaurado a favor de un guna de la Comarca Gunayala, involucrado en un caso de droga. El abogado alegó violación al debido proceso, ya que el imputado (guna) fue privado de su libertad a pesar de haber sido sancionado previamente por el Saila; no se puede juzgar a una persona más de una vez por un mismo caso y las autoridades locales, en virtud de sus funciones jurisdiccionales, ya había decomisado los bienes de su cliente.

El Pleno de la Corte Suprema de Justicia determinó que la investigación y conocimiento de los casos de droga es de competencia de las Fiscalías Especializadas en Delitos Relaciona-

23 En la primera publicación del grupo PRUJULA se analizaron los primeros fallos relacionados a la jurisdicción indígena en Panamá, emitidos antes de la vigencia del Código Procesal Panameño, Ley N° 63 del 28 de agosto de 2008. Ver La Jurisdicción Indígena en la Legislación Panameña. Panamá EN HACIA SISTEMAS JURÍDICOS PLURALES. Reflexiones y experiencias de coordinación entre el derecho estatal y el derecho indígena (pp. 203-237). Cfr. https://www.kas.de/c/document_library/get_file?uuid=d42df12d-a8a8-6858-d603-b3b167e9ce91&groupId=252038.

dos con Droga y los Jueces de Circuito Penal en materia penal, competencia que no admite la posibilidad de conflicto con la justicia indígena de la Comarca Gunayala. Es decir, que el Saila o la administración de justicia de Gunayala no tiene competencia en materia de droga, sino que estos casos son de competencia de las autoridades nacionales²⁴. Por lo tanto, la acción de hábeas corpus no fue admitida.

B. Allanamiento realizado por la autoridad guna

El segundo fallo es sobre el allanamiento que realizó el Saila a una residencia de un comunero guna. El abogado alega –en la acción de hábeas corpus presentada– que su cliente se encuentra detenido bajo las órdenes de la Fiscalía Especializada en Delitos Relacionados con Droga, como consecuencia de dicho allanamiento en donde se encontró droga. El allanamiento dispuesto por la autoridad tradicional guna (Saila) no está previsto en Código Judicial, por lo que la autoridad de la comunidad no tiene competencia para disponer de un allanamiento.

La Corte Suprema de Justicia determinó que si bien es cierto que el Código de Procedimiento Penal (Libro Tercero del Código Judicial) establece taxativamente quiénes son los funcionarios competentes para ordenar el allanamiento, y en el listado no figuran las autoridades tradicionales gunas, también es cierto que el Decreto N° 5 del 3 de enero de 1934 y la Ley N° 39 de 26 de junio de 1939, establecen igualmente que los Corregidores –categoría que es asimilable al Saila o autoridad tradicional local como autoridad policía– pueden realizarlo, dentro de cada una de las comunidades de la Comarca Gunayala (Ley N° 16 de 1953). Por lo tanto, la Corte estableció la no admisibilidad del argumento de la defensa legal y declaró legal la detención del guna²⁵.

En los últimos años, Panamá comenzó a reformar su sistema de justicia en diferentes jurisdicciones. Uno de los compromisos logrados a través del Pacto de Estado por la Justicia, de 2005, es la reforma en materia penal. Dentro de este proceso de reformas adquiere centralidad la promulgación del nuevo Código Penal y el Código Procesal Penal. Mediante el Acuerdo N° 424 del 22 de mayo de 2009, la Corte Suprema de Justicia de Panamá crea el Departamento de Acceso a la Justicia para los Grupos Indígenas, el cual tuvo como objetivo lograr el acceso a la justicia de los pueblos indígenas. No formó parte de este acuerdo el reconocimiento de su jurisdicción indígena.

C. Reconocimiento de la Jurisdicción Guna en el Sistema Inquisitivo

Las nuevas leyes penales ratificaron las leyes comarcales en materia de administración de justicia, al establecer en el numeral 10 del artículo 30 del Código Procesal Penal el reconocimiento de las autoridades tradicionales indígenas como uno de los órganos jurisdiccionales. El fallo que analizaremos a continuación forma parte del período de vigencia del sistema inquisitivo en

24 Pleno de la Corte Suprema de Justicia de Panamá. Acción de Hábeas Corpus a favor de Charles Martínez Felix, contra la Fiscalía Especializada en Delitos Relacionados con Drogas. Magistrado Ponente Anibal Salas Céspedes. Panamá, 19 de octubre de 1996.

25 Pleno de la Corte Suprema de Justicia de Panamá. Acción de Hábeas Corpus a favor de Antonio Caraballo Ramírez contra Fiscalía Especializada en Delitos Relacionados con Drogas. Magistrado Ponente Adán Arnulfo Arjona. Panamá, 8 de agosto de 2007.

Gunayala; en la actualidad, se encuentra vigente a nivel nacional el sistema penal acusatorio, que rige asimismo para las comarcas indígenas.

El Sailsa Dummad, representante legal del Congreso General Guna, junto con el Sailsa de una comunidad de la Comarca Gunayala, realizan conjuntamente un allanamiento voluntario en la residencia de un comunero guna por la supuesta comisión de un delito relacionado con droga. Si bien las autoridades gunas no encuentran droga en la residencia del comunero, éste no pudo justificar los bienes que posee. Las autoridades gunas sancionaron al comunero por seis meses de prisión en la cárcel pública de Nargana, Comarca Gunayala, la que se encuentra bajo la custodia del Servicio Nacional de Fronteras (SENAFRONT) y administración de Dirección General del Sistema Penitenciario del Ministerio de Seguridad.

El comunero guna, a través de su abogado, presentó una acción de hábeas corpus en el Juzgado de Circuito Penal de la Provincia de Colón, contra la decisión de las autoridades gunas, para declarar ilegal la medida cautelar personal dispuesta por seis meses, y la retención de sus bienes.

Las autoridades gunas, a través de sus abogados, señalaron que el Juzgado de Circuito Penal de Colón no es competente para conocer la acción de hábeas corpus contra el Congreso General Guna. El Sahilas Dummad, una de las autoridades gunas que dispuso la medida cautelar impugnada, es una autoridad tradicional que tiene mando y jurisdicción a nivel comarcal y no en un Distrito o Corregimiento. El Juez de Circuito Penal de Colón no tiene competencia para intervenir, sino que debe hacerlo otra autoridad jurisdiccional superior. La Comarca Gunayala (San Blas) fue creada mediante Ley N° 2 del 16 de septiembre de 1938, y se organizó mediante la Ley N° 16 del 19 de febrero de 1953, adquiriendo la categoría de una provincia (Departamento o Estado), por lo que no pertenece ni a un Distrito ni a un corregimiento, sino que tiene autonomía e independencia.

El Juzgado de Circuito de lo Penal de Colón aceptó el argumento de los abogados del Congreso General Guna y decidió inhibirse del conocimiento de la acción constitucional, por lo cual remitió el expediente al Segundo Tribunal Superior, Sala Transitoria. Este Tribunal también se inhibió del conocimiento de la acción de hábeas corpus, ya que consideró que no era competente en virtud de lo dispuesto en el artículo 2611 del Código Judicial (el que indica que son competentes para conocer la demanda de hábeas corpus, el Pleno de la Corte Suprema de Justicia, por actos que procedan de autoridades o funcionarios con mando y jurisdicción en toda la República, o en dos o más provincias). Este Tribunal indicó que en el presente caso, el comunero guna fue condenado por el Congreso General Guna y el Congreso Local, autoridades competentes en el lugar donde reside el imputado, tal como se acreditó mediante la Certificación del Ministerio de Gobierno y Justicia visibles en el expediente.

El Tribunal Superior explicó que la condena impuesta por los Congresos mencionados se informó al Jefe de SENAFRONT de la Comarca Gunayala, que el imputado debe cumplir la pena de seis meses en la Cárcel de Narganá –según nota remitida por las autoridades tradicionales gunas– corroborando que, en efecto, el ciudadano se encuentra en dicho centro, el cual está adscripto a la Dirección del Sistema Penitenciario del Ministerio de Gobierno y Justicia, cuyos funcionarios poseen mando y jurisdicción en toda la República. Se remitió todo el proceso al Pleno de la Corte Suprema de Justicia.

El máximo organismo jurisdiccional de Panamá, Pleno de la Corte Suprema de Justicia, libró el mandamiento de hábeas corpus a la Dirección del Sistema Penitenciario. El Director expresó lo siguiente:

- El suscrito, en su condición de Director General del Sistema Penitenciario, no ha ordenado verbalmente ni por escrito la detención del comunero guna;
- Los motivos o fundamentos son desconocidos, en virtud de que no ordenó la detención del comunero guna;
- El comunero no está bajo la custodia, ni a órdenes, del Sistema Penitenciario.

Como era conocido que el comunero guna se encontraba detenido en la cárcel pública de Nargana, Comarca Guna Yala, bajo la custodia del Servicio Nacional de Fronteras, se libró mandamiento contra dicho Servicio, el que respondió lo siguiente:

- Que no ordenó la detención del comunero;
- Que en el expediente de hábeas corpus figura la contestación realizada por la Junta Ejecutiva del Congreso General Guna, en el que indica que el comunero guna está cumpliendo una sanción de seis meses de encarcelamiento, por la transgresión de leyes tradicionales del Congreso General Gunayala;
- Que no existen motivos o fundamentos de hecho y derecho, toda vez que el comunero guna no ha sido detenido por el Servicio Nacional de Fronteras, sino que fue puesto en custodia, debido a la presunta contravención a las normas originarias de la Comarca Guna Yala;
- Otro elemento a destacar es que las propias autoridades originarias (Congreso General Guna), acreditaron que la medida fue dispuesta por la infracción a normas internas de la comunidad.
- Que en el expediente consta la nota enviada al oficial encargado de El Servicio Nacional de Fronteras (SENAFRONT), firmado por las autoridades tradicionales del pueblo Guna, donde solicitaron a la entidad policial la custodia del comunero guna –en las instalaciones de la cárcel pública de Narganá– según lo dispuesto por las máximas autoridades del Congreso General Guna Yala y del Congreso Local.

El pleno de la Corte Suprema de Justicia decidió lo siguiente:

Del informe transcrito se desprende que el señor RUBIANO GONZALEZ MÉNDEZ, está detenido en la Cárcel de Narganá, puesto que se encuentra cumpliendo pena impuesta mediante resolución emitida por el Congreso General Guna Yala, de conformidad con las normas de dicha Comarca por la transgresión de su Ley Fundamental, Capítulo XX, artículo 325.

En razón de lo anterior, el Pleno advierte que en el presente caso la detención del señor RUBIANO GONZALEZ MÉNDEZ no tiene el carácter de preventiva, pues se encuentra en la fase de ejecución de la pena a la que fue condenado por tribunales competentes como consecuencia de un proceso penal instruido en su contra, y por ello es procedente declarar legal la detención que nos ocupa²⁶ (El destacado es de mi autoría).

26 Pleno de la Corte Suprema de Justicia. Acción de Hábeas Corpus Interpuesto por el Lic. Ricardo Cerezo Rodríguez a favor de Rubiano González Méndez (R.G.M.) contra el Director General del Sistema Penitenciario Nacional. Ponente: Luis Mario Carrasco Panamá, Veinticuatro (24) de Junio de Dos Mil Catorce (2014).

El fallo del Pleno de la Corte Suprema de Justicia determinó que el comunero guna se encontraba cumpliendo la pena impuesta, mediante resolución del Congreso General Guna (Gunayala), basado en la Ley Fundamental de la Comarca Gunayala. Es interesante señalar que dicho instrumento jurídico no pasó por el filtro constitucional para su creación, es decir por la aprobación de la Asamblea Nacional de Panamá, ni tampoco fue publicado en la Gaceta o Diario Oficial del país, a fin de cumplir con el principio de publicidad.

Por otro lado, según los propios argumentos del Pleno de la Corte Suprema de Justicia, la detención del comunero guna no tiene carácter preventivo, ya que estaba cumpliendo una pena a la que fue condenado por los tribunales competentes (Congreso General Guna y Congreso Local). El Pleno, además de reconocer la competencia de las autoridades tradicionales gunas, determinó que no procede el hábeas corpus cuando la sentencia está en fase de ejecución.

D. Debate jurídico en el sistema penal acusatorio sobre competencia de la jurisdicción indígena

Unos mineros “no gunas” fueron capturados *in fraganti* en enero de 2017 –ya vigente la Ley N° 63 de 2008 que estableció el Sistema Penal Acusatorio– por los miembros del Servicio Nacional de Frontera (cuerpo de seguridad panameño) en la cordillera de Gunayala, y fueron puestos a la orden del Personero de Gunayala (Agente del Ministerio Público, Procuraduría General de la Nación o Fiscalía General de la Nación) de la Comarca Gunayala. El Congreso General Guna solicitó al Personero de Gunayala que el caso sea remitido a su jurisdicción.

El Congreso General Guna celebró una audiencia. Los mineros aceptaron la responsabilidad por la extracción de oro –utilizando químicos– en los ríos de Gunayala, configurando extracción ilegal de oro, acción prohibida por las normas gunas. El Congreso General Guna nombra a dos testigos para la audiencia, un Saila de una comunidad guna y un padre de la Iglesia Católica, a fin de garantizar los derechos de los mineros.

Las autoridades tradicionales del Congreso General Guna sancionaron a los mineros con seis meses de prisión, sanción que no fue aceptada por los mineros. El Congreso General Guna solicitó a los dos testigos que firmen el acta de la audiencia –que incluye la sentencia– y los remitió a la Cárcel Pública de Nargana, Comarca Gunayala, para que cumplan su sanción.

En febrero de 2017, los mineros interponen acción de hábeas corpus en contra de la decisión del Congreso General Guna, cuya audiencia se celebró en el Tribunal Superior de Apelaciones del sistema penal acusatorio. La defensa de los mineros alegó que el Congreso General Guna no es competente para establecer sanciones contra los mineros, ya que la extracción ilegal de oro es de competencia de la justicia ordinaria y no es aplicable la jurisdicción indígena.

El apoderado legal del Congreso General Guna alegó que la extracción de oro está prohibida por las leyes gunas, por lo tanto, es sancionable de acuerdo al Derecho Guna. Además, en su alegato se mencionó el fallo del día 24 de junio de 2014, emitido por el Pleno de la Corte Suprema de Justicia, en el que reconoció la competencia de las autoridades gunas para administrar justicia en su territorio, de acuerdo a sus normas internas, y que la decisión del Congreso General Guna está en ejecución, por lo que no corresponde la presentación de hábeas corpus.

El Tribunal Superior de Apelaciones del Primer Distrito Judicial concedió el hábeas corpus a favor de los mineros, argumentando que el Congreso General Guna no tiene competencia

en los delitos ecológicos. En el acto de la audiencia, el representante del Congreso General Guna apeló la decisión del Tribunal Superior de Apelaciones, basándose en el numeral 6 del artículo 40 del Código Procesal Penal, el que establece la competencia de la Sala Penal de la Corte Suprema de Justicia para *conocer el recurso de apelación contra las resoluciones dictadas en las acciones de hábeas corpus*. La apelación fue admitida en el acto de la audiencia.

El Recurso de Apelación fue rechazado de plano, basándose en el artículo 2608 del Código Judicial y en el artículo 137 del Código Procesal Penal. El artículo 2608 del Código Judicial establece que *en contra la sentencia que dicte el Tribunal de Hábeas Corpus, sólo cabe el Recurso de Apelación en el efecto suspensivo, en el caso de que se declare procedente la detención*. El Artículo 137 del Código Procesal Penal establece que, *dentro de las cuarenta y ocho horas, el Tribunal podrá aclarar los términos oscuros, ambiguos o contradictorios en que estén redactadas las resoluciones o podrá adicionar su contenido, si hubiera omitido resolver algún punto controversial, siempre que tales actos no impliquen una modificación de lo resuelto*.

El apoderado legal del Congreso General Guna presentó un Recurso de Hecho ante la Sala Penal de la Corte Suprema de Justicia. En su alegato, manifiesta que el primer párrafo establece claramente que solo cabe el recurso de apelación en el efecto suspensivo, en el caso de que se declare procedente la detención.

Por otro lado, se argumenta que el numeral 6 del artículo 40 del Código Procesal Penal establece claramente, como una de las competencias de la Sala Penal, entender en *el recurso de apelación contra las resoluciones dictadas en las acciones de hábeas corpus*. La norma no hace ninguna distinción o condiciona para admitir el recurso de apelación contra la decisión tomada por el Tribunal que conoce la Acción de Hábeas Corpus.

Por otra parte, la Corte Suprema de Justicia determinó, en relación a la vigencia del Código Judicial, que los supuestos hechos delictivos ocurridos a partir del 01 de enero de 2017 entran bajo la órbita del Código Procesal Penal y no del Código Judicial. En el caso que nos ocupa, el hecho se cometió a finales de enero de 2017; por lo tanto, el Código Judicial no es aplicable.

En su la sustentación de Recurso de Hecho, se mencionó la existencia de un fallo del Pleno de la Corte Suprema de Justicia, del día 24 de junio de 2014, en el que se determinó que no se admite el recurso de hábeas corpus en el momento de la ejecución de la pena. Por otra parte, debe tenerse presente que las leyes gunas *prohíben el ejercicio individual y colectivo de toda actividad minera, así como la exploración y explotación hídrica, y el Estatuto establece las sanciones para cada caso*. Otro alegato es que el numeral 10 del artículo 30 del Código Procesal Penal reconoce, como uno de los órganos jurisdiccionales, a las autoridades tradicionales indígenas.

La axiología jurídica del Derecho Indígena es diferente a la axiología del Derecho Ordinario o Nacional que tiene su base en el Derecho Romano, como es el caso del Derecho Ordinario panameño. El Derecho Indígena, en su esencia, no se basa en la codificación, sino en la costumbre o en los procedimientos consuetudinarios y así fue previsto en artículo 49 del Código Procesal Penal. Con estas bases, el Congreso General Guna impuso la sanción de seis meses de prisión a los mineros, quienes aceptaron su responsabilidad.

La sanción impuesta a los mineros por parte del Congreso General Guna se basó en el Derecho Indígena, como es el artículo 36 de la Ley Fundamental de la Comarca Gunayala; asimismo, la sanción se basó en la costumbre (el Derecho Indígena no está codificado en su totalidad), cuya esencia es la oralidad del pueblo Guna.

Además, el artículo 28 del Código Procesal Penal es claro al determinar que las autoridades judiciales y los tribunales llamados a pronunciarse en materia penal deben tomar en cuenta la diversidad cultural de los intervinientes. En este caso, en particular, se violan las normas culturales y espirituales del pueblo Guna, ya que no es permitido extraer las entrañas de Nabguana o Madre Tierra.

Por otro lado, basándose en el Control de Convencionalidad, los Tribunales deben aplicar el Derecho Internacional como establece el artículo 4 de la Constitución: *la República de Panamá acata las normas del Derecho Internacional*. Los Tribunales deben aplicar el artículo 34 de la Declaración de las Naciones Unidas sobre los Derechos de los Pueblos Indígenas, aprobada en la Asamblea General de la ONU el día 13 de septiembre de 2007 que reconoce instituciones propias, sistemas jurídicos y, en definitiva, la justicia indígena. El pueblo Guna, a través de sus autoridades tradicionales, aplicó la sanción a los mineros establecida en su costumbre indígena, por violar sus normas internas, ya que atentaron contra su identidad cultural y espiritual, reconocida en el artículo 90 de la Constitución.

En el momento de la preparación del presente trabajo se han interpuesto, por parte del apoderado legal del Congreso General Guna, un conjunto de acciones para que la Sala Penal de la Corte Suprema de Justicia resuelva el recurso de hecho, ya que han transcurrido más de dos años y medio desde su presentación y aún no ha sido resuelto.

E. Doble juzgamiento por las autoridades tradicionales gunas en un hecho que tiene dos sanciones

Mediante un proceso de hábeas corpus, se decidió un caso de doble juzgamiento por autoridades tradicionales diferentes que impusieron sanciones diversas por el mismo hecho. Los comuneros gunas sancionados incurrieron en una falta administrativa, al mantenerse en estado etílico alterando el orden público en la isla de Gaigirgordub, bajo la administración del Congreso General Guna. Fueron aprehendidos por la Policía Nacional (SENAFRONT) y puestos a las órdenes de las autoridades comarcales. Los comuneros fueron sancionados por la autoridad tradicional de Yandub a una pena de cinco días de trabajo comunitario que consistió en limpiar la maleza en algunas áreas de la comunidad. Todo quedó registrado y acreditado en el cuadernillo.

Posteriormente, el Congreso General Guna dispuso sancionar a los comuneros gunas a seis meses de prisión por el mismo hecho. En el cuadernillo consta una nota del Congreso General Guna. En él señalan los motivos por los cuales decidió sancionar, nuevamente y por el mismo hecho, a los comuneros gunas a seis meses de prisión. Fundamentan que en estado de ebriedad amenazaron de muerte a Agentes del Servicio Nacional de Fronteras (SENAFRONT), sumado a que alteraron el orden público, incluso en las instalaciones del Congreso General Guna.

Mediante la Sentencia de Hábeas Corpus N° 11-19 del 26 de agosto de 2019, el Segundo Tribunal Superior del Primer Distrito Judicial determinó que la acción constitucional de hábeas corpus está dirigida contra las autoridades tradicionales de la Comarca Guna (Gunayala), reconocidas por el Estado panameño mediante la Ley N° 16 de 1953. Sus decisiones tienen valor de acuerdo a sus ámbitos de competencia, las que deben ser conformes a la legislación

nacional. El artículo 32 de la Constitución prevé que *nadie será juzgado, sino por autoridad competente y conforme a los trámites legales, y no más de una vez por la misma causa penal, administrativa, policiva o disciplinaria*. Sigue diciendo el Tribunal que está al frente de una sanción administrativa, pero que afecta la libertad de los comuneros gunas, por lo que ésta debe ser sometida a los principios y garantías generales del debido proceso, incluyendo la prohibición del doble juzgamiento.

El Segundo Tribunal Superior determinó que existe doble juzgamiento, ya que dos autoridades tradicionales distintas conocieron y aplicaron sanciones a los beneficiarios de la acción constitucional de hábeas corpus, por un mismo hecho, lo que va en contra de los principios generales reconocido por la legislación panameña. Asimismo, es contradictoria con el artículo 12 de la Ley N° 16 de 1953 que señala que las actuaciones de las autoridades tradicionales no pueden estar reñidos con los principios contenidos en la Carta Magna y los Convenios Internacionales (Convención Americana de Derechos Humanos, el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, entre otros). En conclusión, mediante la Sentencia de Hábeas Corpus N° 11-19 de 26 de agosto de 2019, se admitió la acción de hábeas corpus a favor de los comuneros gunas, declarando ilegal la detención preventiva ordenada por el Congreso General Guna.

En nuestra opinión, no existió un doble juzgamiento. Se dieron dos hechos diferentes: por un lado, el estado de ebriedad y alteración del orden público; por el otro, las amenazas de muerte a los miembros de SENAFRONT. La comunidad de Yandub sancionó a los comuneros gunas por uno de los hechos, el Congreso General Guna los sancionó a seis meses de prisión por el segundo hecho. Cada autoridad tradicional, de acuerdo a su competencia, aplicó una sanción.

VI. Conclusiones

Las leyes comarcales, y algunas leyes nacionales antes de la adopción del Código Procesal Penal, ya establecían la jurisdicción indígena para resolver conflictos que se originan en territorios indígenas. El Código Procesal Penal remite a las normas indígenas propias para determinar el procedimiento y la competencia de la jurisdicción indígena.

El pueblo Guna de la Comarca Gunayala es el pueblo indígena cuya jurisdicción indígena está más desarrollada. Sus normas internas han sido creadas en ejercicio de su autonomía y libre determinación como pueblo. El pueblo Guna cuenta con un Tribunal de Justicia que tiene competencia en los asuntos determinados por las normas gunas y actúa como Tribunal de Apelación.

Las leyes comarcales remiten a las leyes nacionales sobre la justicia indígena. El Código Procesal Penal, que reconoce la jurisdicción indígena, es aplicable en los territorios comarcales, incluyendo los territorios indígenas no legalizados.

Antes de la vigencia del Código Procesal Penal, durante la vigencia del sistema penal inquisitivo, el Pleno de la Corte Suprema de Justicia ya había reconocido la jurisdicción indígena, al determinar que el Congreso General Guna y el Congreso Local tienen competencia para sancionar a las personas que violen sus normas.

Bibliografía

- Ruchani, S.
2018 *Principios y Garantías del Sistema Penal Acusatorio Panameño*. Bogotá, Colombia: Sistemas Jurídicos, S.A.
- Garrido, K.
2010 *La Justicia Comunitaria Kuna. Nuestra Visión de la Justicia*. La Paz, Bolivia: Imprenta AGUILAR.
- Guioneeau-Sinclair, F.
1991 *Legislación de Amerindia de Panamá*. Centro de Investigaciones Antropológicas de la Universidad de Panamá. Ciudad de Panamá, Panamá: Imprenta Universitaria.
- Segundo Tribunal Superior del Primer Distrito Judicial. Sentencia de Hábeas Corpus N° 11-19 de 26 de agosto de 2019. Panamá.
- Valiente López, A.
2016 La Jurisdicción Indígena en la Legislación Panameña. Panamá En *HACIA SISTEMAS JURÍDICOS PLURALES. Reflexiones y experiencias de coordinación entre el derecho estatal y el derecho indígena* (pp. 203-237). Consultable en https://www.kas.de/c/document_library/get_file?uuid=d42df12d-a8a8-6858-d603-b3b167e9ce91&groupId=252038.
- Valiente López, A.
2018 *La Justicia Indígena*. En Anuario. Año XXXXVIII, No. 47. Órgano de Información de la Facultad de Derecho y Ciencias Políticas, Universidad de Panamá (117-143). Ciudad de Panamá, Panamá: Editorial Universitaria, “Carlos Mabuel Gasteazoro”, EUPAN.
- Valiente López, A.
2019 *La Justicia Penal en los Tribunales Comarcales*. En Memoria XVI Congreso Panameño de Derecho Procesal, Ciudad de Panamá, agosto de 2019. Instituto Colombo Panameño de Derecho Procesal (49-70). Bogotá, Colombia: Sigma Editores.

La relación entre la Justicia Indígena y la Justicia Ordinaria (coordinación/cooperación/tensiones) en Perú

*Javier La Rosa Calle*¹

Resumen

El artículo presenta un estado de la situación de las relaciones que se producen entre la Justicia Indígena y la Justicia Ordinaria. En el Perú, la Constitución Política se refiere a la jurisdicción especial como aquella ejercida por las comunidades campesinas, comunidades nativas y rondas campesinas. A través de este trabajo, se da cuenta de las tensiones producidas en el ámbito legislativo y jurisprudencial que han significado un contexto de cooperación y sobre todo conflicto en los últimos años. En este sentido, se desarrolla una revisión de aquellos factores que no siempre han permitido un adecuado reconocimiento de un pluralismo en el sector Justicia, identificando algunas experiencias que vienen funcionando, especialmente en cortes locales.

I. Contexto normativo respecto a la relación entre la justicia indígena y la justicia ordinaria

A partir de la aprobación de la Constitución Política en 1993, se configuró un nuevo diseño normativo que permitía afirmar que en el Perú se reconocía la diversidad étnica y cultural. Particularmente, este reconocimiento tenía especial concreción en el ámbito de la administración de justicia con el artículo 149 que facultaba a las autoridades de las comunidades campesinas y nativas, con el apoyo de las rondas campesinas, a ejercer funciones jurisdiccionales aplicando su propio derecho (derecho originario). Asimismo, se estableció un mandato al legislador para desarrollar una ley de coordinación entre esta jurisdicción y la jurisdicción ordinaria, involucrando a la justicia de paz, tan arraigada en el Perú.

1 Abogado, Magíster en Economía y Relaciones Laborales y doctorando en Derecho por la Pontificia Universidad Católica del Perú (PUCP). Profesor asociado del Departamento Académico de Derecho de la PUCP. Miembro del Grupo PRUJULA - Pluralismo Jurídico Latinoamericano. Asesor en el Congreso de la República.

Ha transcurrido más de un cuarto de siglo de vigencia de dichos postulados y el panorama normativo nacional ha cambiado en forma relativa. Ya que si bien no se aprobó una ley de desarrollo de la coordinación interjurisdiccional, como estipulaba el artículo constitucional 149, sí se han producido algunos avances, especialmente en el Poder Judicial, lo cual ha provocado diversas reacciones en los actores sociales que se congregaban en torno al ejercicio de la justicia indígena. Mientras tanto, en estas décadas se han emitido algunas sentencias en el Tribunal Constitucional que resultan altamente pertinentes para examinar el contenido del postulado constitucional. Estos elementos serán materia de revisión en la segunda parte de este ensayo.

A. Sobre el artículo 149 de la Constitución

Referirse al artículo 149 de la Constitución requiere una mirada en conjunto con otros postulados constitucionales que puedan ayudar a comprender la magnitud normativa de lo que está reconocido y con vigencia en la cúspide del ordenamiento jurídico peruano. En este sentido, se puede señalar que el grupo de normas que se refieren a la denominada “Constitución Cultural” permiten dar un contenido sumamente amplio a lo que se define como Justicia Intercultural, que no sería sino la concreción de las relaciones de coordinación entre sistemas jurídicos provenientes de la jurisdicción ordinaria (también denominada, no muy adecuadamente, como jurisdicción estatal) y la jurisdicción comunal (aquí se incorpora a la jurisdicción proveniente de las rondas campesinas), cuyo nombre oficial es el de jurisdicción especial.

De este modo, es necesario traer a colación otros articulados referidos al derecho a la participación en la vida cultural (Art. 2, inc. 17), el respeto a la identidad cultural de las comunidades campesinas y nativas (Art. 89), además de la serie de normas internacionales que forman parte de nuestro ordenamiento jurídico de manera vinculante². Una lectura conjunta y sistemática de este bloque normativo es el presupuesto necesario para comprender cómo en Perú se entiende la relación entre ambas justicias, así como los límites de la coordinación o cooperación que puede producirse entre dichos sistemas normativos.

Al respecto, una de las primeras disposiciones que configuran la denominada “Constitución Cultural”³ se encuentra en el artículo 2, inciso 19 de la Constitución que señala:

“Toda persona tiene derecho a:

A su identidad étnica y cultural. El Estado reconoce y protege la pluralidad étnica y cultural de la Nación”.

Este postulado es fundamental para leer de forma integral la apuesta que hace el Estado peruano por el reconocimiento del pluralismo étnico y cultural en todos sus ámbitos para plasmar acciones y concretar dicho mandato en todo el país. De esta manera, en el caso específico de la Administración de Justicia, la pluralidad tendría que concretarse en una *praxis* que

2 Cabe señalar que también en la normativa internacional, que en nuestro caso nos resulta vinculante, tenemos el artículo 8 del Convenio 169 de la OIT (vigente en el Perú desde 1995) que se refiere al derecho de los pueblos indígenas y tribales a conservar sus propias costumbres e instituciones; así como también el artículo 34 de la Declaración de Naciones sobre los Derechos de los Pueblos Indígenas.

3 La Sentencia 0042-2004-AI/TC emitida por el Tribunal Constitucional alude a este artículo como parte del conjunto de disposiciones normativas sobre el contenido cultural de nuestra Constitución.

desdeñe las posiciones que configuran el ejercicio de la jurisdicción, desde la exclusividad de las autoridades estatales, para dar viabilidad a la actuación que realiza otra clase de autoridades provenientes de las comunidades, pueblos indígenas y rondas campesinas.

En ese orden de ideas, el artículo 149 señala:

“Las autoridades de las Comunidades Campesinas y Nativas, con el apoyo de las Rondas Campesinas, pueden ejercer las funciones jurisdiccionales dentro de su ámbito territorial de conformidad con el derecho consuetudinario, siempre que no violen los derechos fundamentales de la persona. La Ley establece las formas de coordinación de dicha jurisdicción especial con los Juzgados de Paz y con las demás instancias del Poder Judicial”.

En ese contexto, el reconocimiento del pluralismo étnico y cultural, en el ámbito de las funciones jurisdiccionales, establece que en el caso de las comunidades campesinas (regiones andinas), comunidades nativas (regiones amazónicas) y rondas campesinas, sus autoridades podrán impartir justicia de acuerdo a lo que se denomina el derecho consuetudinario (derecho propio), con el límite del respeto a los derechos fundamentales. Adicionalmente, se establece que, para efectos del relacionamiento entre dichos fueros jurisdiccionales, se desarrollará una ley de coordinación que permita resolver las tensiones y encuentros que puedan producirse.

Al respecto, no queda la menor duda de que, en el caso peruano, el reconocimiento del pluralismo en la sociedad se traduce también en el ámbito jurisdiccional. Por lo que más allá de la existencia o no de una norma de coordinación interjurisdiccional, ello no debería ser óbice para que se reconozcan las actuaciones de la jurisdicción comunal-rondera en su ámbito territorial, en aquellos asuntos regidos por su derecho consuetudinario o propio y con plena salvaguarda a los denominados derechos fundamentales.

B. Aprobación del Acuerdo Plenario de la Corte Suprema N° 1-2009/CJ-116⁴

La aplicación del artículo 149 de la Constitución ha sido un proceso accidentado a lo largo de estos años. En este periodo no se ha apreciado, por parte de las entidades relacionadas con la Administración de Justicia, una aceptación pacífica de este postulado. Por el contrario, en el ámbito de la jurisdicción ordinaria se ha presentado una serie de resistencias y tensiones. Al respecto, durante muchos años se produjeron diversos conflictos entre ambas jurisdicciones que significaron la persecución penal de autoridades de comunidades y de rondas campesinas, acusadas, por lo general, de usurpar las funciones jurisdiccionales, las que solo podían ser ejercidas por aquellas que el Estado había designado. De este modo, por un buen tiempo este articulado fue “letra muerta” y no tuvo mayor vigencia práctica, quedándose en una apuesta retórica que mostraba la disonancia entre lo que decía el texto constitucional y la realidad.

Esta situación empezó a cambiar a inicios de siglo, a propósito del retorno del país al régimen democrático⁵. De este modo, a propósito de los primeros intentos de reforma estatal, especialmente en el sector Justicia, se promovió el reconocimiento de los sistemas de justicia

4 Algunas de estas apreciaciones han sido tomadas del texto de: “Hacia una Ley de Coordinación para la Justicia. Debates en torno a una propuesta de desarrollo del artículo 149 de la Constitución”. La Rosa J. y Levaggi, R. (2013), Lima, Perú; Instituto de Defensa Legal. pp. 34-35.

5 Lo que ocurrió tras la caída del régimen autoritario del presidente Alberto Fujimori.

comunal-rondero exhortándose a que desde el Congreso de la República se legislara sobre los diversos casos de interlegalidad que generaban tensiones y conflictos, que no siempre se resolvían de un modo respetuoso como lo establecía el texto constitucional⁶.

Sin embargo, no sería sino hasta el año 2009, a raíz de la aprobación del Acuerdo Plenario de la Corte Suprema N° 001-2009, que se produciría uno de los hitos normativos-jurisdiccionales en el desarrollo del artículo constitucional 149; lo cual, solo pudo ocurrir después de algunos sucesos que venían escalando, cada vez con más intensidad, la relación entre autoridades de la jurisdicción ordinaria y autoridades comunales y ronderas. Especialmente, la represión penal evidenciada contra estos líderes locales, lo que debilitaba a sus organizaciones.

A partir de ese momento es posible entender las diversas decisiones que se adoptaron al interior del Poder Judicial que permitieron configurar una nueva dinámica, así como la capacidad de comprender la forma de asumir la coordinación con la justicia comunal. En este proceso, sin lugar a dudas influyeron los cambios que se suscitaron en el país. Por un lado, se había incrementado el número de conflictos sociales que involucraban a comunidades ya sea campesinas o nativas; y, por otro, la actitud de confrontación y nada pacífica de las instancias gubernamentales.

Esto no se relacionaba con incidentes menores, ya que en el primer semestre de esa gestión ocurrió en el país uno de los hechos de violencia más importantes entre autoridades estatales y comunidades nativas amazónicas que protestaban por unos decretos legislativos no consultados. Nos referimos a los lamentables sucesos de Bagua que dejaron una serie víctimas que impactó en el funcionamiento de las diversas entidades estatales, contribuyendo a visibilizar diferentes problemas relacionados a los pueblos indígenas amazónicos. Esta situación obligó al Estado a incorporar en la agenda pública los problemas de las comunidades campesinas y nativas, incluso renombrándolas oficialmente. Esto ocurrió especialmente con las comunidades amazónicas que fueron denominadas como pueblos indígenas.

Bajo este contexto, la corporación judicial no podía quedar al margen de lo que ocurría en el país. Por ello, en noviembre de 2009 se aprueba el Acuerdo Plenario N° 1/2009 que establece como Doctrina Jurisprudencial, vinculante para todos los jueces de la República, reconocer el ejercicio de la jurisdicción indígena cuando las rondas campesinas procedan a resolver conflictos, pues se encontraban ejerciendo la facultad establecida en el artículo constitucional 149.

Probablemente aquí radicaba la característica más importante del citado Acuerdo Plenario, ya que los conflictos más relevantes que se habían presentado se originaron por el ejercicio de la actuación jurisdiccional de las rondas campesinas y el desconocimiento de estas prácticas por algunos jueces y fiscales, lo que originaba situaciones de tensión y enfrentamientos.

De este modo, la aprobación del acuerdo jurisprudencial por parte de la Corte Suprema estableció un cambio más que simbólico entre lo que hasta ese momento había sido un punto controvertido respecto a que si las rondas campesinas tenían o no la facultad jurisdiccional a la que se refería la Constitución. A partir esta interpretación, se zanjó una discusión originada en

6 Destacan entre estos esfuerzos el Informe de la Comisión Especial de Reforma Integral de la Administración de Justicia presentada en el 2003 (Ceriajus) y el Acuerdo Nacional, suscrito el 22 de julio de 2003 que en su vigésima octava política de Estado señala que el Poder Judicial debe regular la complementariedad entre éste y la justicia comunal.

los ámbitos jurisdiccionales y académicos que tendría consecuencias prácticas no solo para las rondas campesinas, sino para todas las autoridades de la justicia comunal o indígena que, por fin, contaban con un pronunciamiento jurisdiccional que reconocía su ejercicio jurisdiccional.

Por ello, como ya se mencionó, una lectura completa del significado del Acuerdo Plenario de la Corte Suprema N° 001-2009 debe partir de su contextualización con lo ocurrido en el país en meses anteriores con las poblaciones indígenas. Pues más adelante, estos hechos generarían un efecto en los enfoques planteados desde el Poder Judicial sobre las demandas de las autoridades de comunidades y rondas para ser reconocidas como pares jurisdiccionales que requieren canales de coordinación con las autoridades judiciales, de conformidad con el artículo 149⁷ del texto constitucional.

Así también, otro aspecto que merece atención es el referido a los efectos indirectos del Acuerdo Plenario. Si bien el documento tenía el propósito de aclarar que las rondas campesinas también eran sujetos de la jurisdicción comunal, adicionalmente, consiguió neutralizar aquellas posiciones que, de manera activa, se habían opuesto al reconocimiento de tal facultad en general a favor de las comunidades campesinas y nativas por un malentendido respecto a que la función jurisdiccional era exclusiva y excluyente del Estado o, en menor medida, porque no se podía aplicar ya que se requería una ley de desarrollo legislativo que explicaría las características y límites de la coordinación entre ambos sistemas de justicia.

Es decir, el Acuerdo Plenario consiguió un doble efecto. En lo inmediato, zanjó un debate en el entorno judicial sobre si las rondas campesinas estaban comprendidas o no dentro de los alcances del artículo constitucional 149 como sujetos activos de la coordinación interjurisdiccional, optando por interpretar que éstas sí tenían esa potestad. En lo mediato, debilitó los argumentos de quienes negaban el reconocimiento de esta clase de pluralismo jurídico. A partir de ese momento, los debates ya no se centraron en la posibilidad de que las autoridades comunales o ronderas ejercieran jurisdicción en su territorio, pues adquirieron otra naturaleza, y se concentraron –por ejemplo– en los límites de su actuación o en evaluar las reglas que tendrían que regir al existir conflictos de competencia con el fuero ordinario. Lo cual, transcurrida más de una década, podría catalogarse como una acción positiva, pues una discusión sobre el pluralismo jurídico no siempre se produjo de modo uniforme a lo largo del país, ayudando en este aspecto el empeño que sostuvo el Poder Judicial para difundir mediante publicaciones y capacitar a los jueces sobre la vigencia del acuerdo que había sido adoptado.

C. Debates inacabados sobre una ley de coordinación interjurisdiccional

En el cuarto de siglo de vigencia del artículo 149 se han formulado diversas propuestas legislativas que han intentado desarrollar la citada norma constitucional. Solo en la primera década de vigencia se presentaron siete proyectos de ley que siguieron el procedimiento parlamentario,

7 Un análisis de este acuerdo plenario puede verse en: LA ROSA, RUIZ, J. y Juan C. (Editores). (2010). *La Facultad Jurisdiccional de las Rondas Campesinas. Comentarios al Acuerdo Plenario de la Corte Suprema que reconoce facultades jurisdiccionales a las rondas campesinas*. Lima, Perú: Instituto de Defensa Legal. También en el artículo de Prado Saldarriaga, V. *El Acuerdo Plenario N° 1-2009/CJ-116 de la Corte Suprema. Rondas Campesinas y el Derecho Penal*. En: Poder Judicial. (2011). *Congresos Internacionales sobre Justicia Intercultural en Pueblos Indígenas, Comunidades Andinas y Rondas Campesinas*. Lima, Perú: Fondo Editorial del Poder Judicial, pp. 171-175.

es decir, fueron sometidos a estudios en comisiones y discusión al interior de dichos grupos de trabajo, sin que se lograra mayor discusión⁸.

Del total de estos proyectos, en cinco de ellos no se aprecia “un desarrollo del derecho a la jurisdicción especial, sino por el contrario, buscaban limitar el alcance la jurisdicción especial creando restricciones no contempladas en la Constitución”⁹. De allí que los mismos no hayan tenido mayores avances en el interlegislativo.

Más adelante, tras la caída del fujimorismo, la bancada parlamentaria de Perú Posible presentó el Proyecto de Ley 9160/2003-CR que proponía desarrollar el artículo 149, regulando el derecho consuetudinario y la función jurisdiccional de los pueblos originarios. Mucho después, en octubre de 2006 se presentó el Proyecto de Ley 0420/2006-CR de la bancada parlamentaria Nacionalista-Unión por el Perú que proponía desarrollar el artículo 149 regulando el derecho consuetudinario. Al poco tiempo, en mayo de 2007, se presentó el Proyecto de Ley 1265/2006-CR, también de la bancada nacionalista, en la que se proponía una ley de coordinación de la jurisdicción especial de las rondas campesinas, comunidades campesinas y comunidades nativas con la Jurisdicción Ordinaria. Ninguno de estos proyectos pudo ser dictaminado por alguna comisión parlamentaria.

Entre las características de estos proyectos que merecen relevarse, se puede señalar que, salvo el último, se buscaba regular el funcionamiento de la jurisdicción especial, estableciendo una serie de restricciones contrarias –incluso– a la Constitución. Adicionalmente, ninguno de los proyectos había recogido las opiniones de los propios interesados, las comunidades y rondas, a través de sus organizaciones representativas, de allí que no tuvieron mayor apoyo ni trascendencia en el debate legislativo.

No sería sino hasta el año 2010, bajo la influencia del recién aprobado Acuerdo Jurisprudencial N° 1-2009-CJ que se promovería, desde el propio Poder Judicial, el desarrollo de un proyecto de ley de coordinación intercultural. Destacando como antecedentes las gestiones desarrolladas por la Corte Superior de Justicia de Cajamarca a partir de la creación del Instituto de Justicia Intercultural. Durante ese año se llevó a cabo una serie de talleres de diálogo y consulta entre las autoridades judiciales y dirigentes de rondas campesinas que concluyeron con un documento preliminar¹⁰.

Paralelamente, en mayo de 2011 se creó la Comisión de Trabajo sobre Justicia Indígena y Justicia de Paz del Poder Judicial. Esta instancia se abocó a desarrollar dos anteproyectos de ley; uno, sobre Justicia de Paz y; otro, sobre Coordinación Intercultural. El anteproyecto de Coordinación Intercultural fue resultado de un interesante mecanismo participativo realizado en las ciudades de Chiclayo, Arequipa y Lima donde se promovieron espacios de debate y diálogo entre autoridades de la jurisdicción especial y autoridades de la jurisdicción ordinaria que proporcionaron insumos valiosos para la formulación del documento que fue presentado formalmente en octubre al Poder Legislativo.

8 Yrigoyen, R. (2001). *Retos para construir una juridicidad pluricultural (Balance de los proyectos de ley sobre el artículo 149 de la Constitución)*. En: Boletín del Instituto Riva Agüero N° 28. Lima, Perú, p. 158.

9 YRIGOYEN, Raquel. (2001). *Retos para construir una juridicidad pluricultural (Balance de los proyectos de ley sobre el artículo 149 de la Constitución)*. En: Boletín del Instituto Riva Agüero N° 28. Lima, Perú, p.158.

10 Similares reuniones se hicieron en la Corte Superior de San Martín y la Corte Superior de Cusco entre magistrados y autoridades de comunidades nativas y campesinas, respectivamente.

Entre las principales características Proyecto de Ley se pueden destacar:

- Evitaba la sobrerregulación de la coordinación, alentando la cooperación y reparto de competencias, con la finalidad de respetar la diversidad cultural y las diferentes manifestaciones de justicia especial.
- Sobre todo desarrollaba principios que orientaran a los operadores, permitiendo inferir pautas concretas a partir de la práctica local, la casuística y la jurisprudencia.
- Promovía la descentralización de la justicia a través de las Cortes Superiores ubicadas en todo en el país, de modo que se pudiesen establecer espacios de coordinación local en los que se consensuara lineamientos y prácticas de diálogo interlegal.

Fue a partir de estas consideraciones que se presentó el Proyecto de Ley 313-2011-PJ, siendo el documento legislativo oficial del Poder Judicial que pretendía configurar las características de una relación de coordinación entre las jurisdicciones ordinaria y especial bajo estándares de igualdad, de colaboración, respeto y de pertinencia cultural.

Posteriormente, la Comisión del Congreso de la República de Pueblos Andinos, Amazónicos y Afroperuanos, Ambiente y Ecología logró la aprobación del Dictamen de la Ley de Coordinación Intercultural de la Justicia¹¹, el cual tenía varios aspectos novedosos. En principio, se trataba de una norma de 13 artículos y cinco disposiciones finales complementarias; es decir, un texto corto, no procedimental, que no buscaba abarcar las diversas expresiones de jurisdicción comunal o rondera existentes en el país. Por lo tanto, rompía con los precedentes anteriores que propugnaron normas de carácter reglamentario que abarcaban gran parte de los supuestos posibles respecto al ejercicio de la jurisdicción comunal-rondera.

De esta manera, el Dictamen de la Ley de Coordinación Intercultural de la Justicia representa un texto minimalista que promovía: i) generar un debate nacional sobre el fuero comunal o indígena, expresado en la Constitución como jurisdicción especial, lo cual debía ayudar a sensibilizar e ilustrar a los distintos operadores jurídicos sobre el contenido del pluralismo jurídico; ii) dotar de significado relevante al desarrollo legislativo del artículo 149 de la Constitución a través de una norma que plantea principios y criterios interpretativos para que quienes apliquen las disposiciones, la adapten a la heterogénea realidad de la jurisdicción especial; iii) satisfacer la omisión legislativa ocurrida durante más de 20 años que había generado una serie de complicaciones y afectaciones del derecho al acceso a la justicia de sectores significativos de la población que recurrían a la jurisdicción comunal.

Por otro lado, el Dictamen aprobado desarrollaba un contenido que de manera implícita ampliaba los objetivos antes señalados; lo cual, a nuestro modo de ver, eran relevantes cuando se planteaba un derrotero a seguir para promover formas de coordinación entre la jurisdicción ordinaria –Poder Judicial, Ministerio Público y la Policía Nacional– y la jurisdicción especial –constituida por las comunidades campesinas, comunidades nativas, rondas campesinas y otros pueblos indígenas–, estableciendo las pautas y características que deberían orientar esta relación sobre la base, fundamentalmente, de la **interculturalidad**, entendida no solo como

11 Puede verse en: [http://www2.congreso.gob.pe/Sicr/ApoyComisiones/comision2011.nsf/733E94F535308D8C05257C2A00559EEC/\\$FILE/PUEBLOS.ANDINOS_313-2011-PJ_2751-2013-CR_Txt.Fav.Sust.Unanimidad.pdf](http://www2.congreso.gob.pe/Sicr/ApoyComisiones/comision2011.nsf/733E94F535308D8C05257C2A00559EEC/$FILE/PUEBLOS.ANDINOS_313-2011-PJ_2751-2013-CR_Txt.Fav.Sust.Unanimidad.pdf)

un diálogo en condiciones de igualdad, sino además como una interacción positiva dirigida a transformar las relaciones entre estas jurisdicciones. Aquí radica el aporte más notable del texto.

Adicionalmente, otras disposiciones establecían una competencia amplia para la jurisdicción especial con limitaciones razonables, señalándose que en los casos de conflictos de competencia sería el diálogo de buena fe lo que debería prevalecer, descartando que sea la jurisdicción ordinaria la que tenga la última palabra. De esta manera se aseguraba la posibilidad de que cualquier persona o colectivo que se considere afectado en sus derechos fundamentales por la aplicación de la jurisdicción especial, pudiese recurrir a los procesos constitucionales correspondientes, con lo cual se cautelaba que nadie se viese desprotegido en sus derechos. Asimismo, se regulaban los actos de cooperación entre las jurisdicciones ordinaria y especial institucionalizando esta práctica, incluida la colaboración de la Policía Nacional. Finalmente, se señalaba que todas las disposiciones se aplicarían de conformidad con el denominado Bloque de Justicia Intercultural, conformado no solo por la Constitución Política sino por los Tratados Internacionales sobre Derechos Humanos ratificados por el país como el Convenio 169 de la OIT y la Convención sobre la Eliminación de Todas las Formas de Discriminación Contra la Mujer.

Este Dictamen, a pesar de la aprobación unánime al interior de la comisión del Congreso, no pudo ingresar al debate general para su conversión en ley. De esta manera, se postergó la adopción de un texto normativo que podía contribuir a la mejora de la relación entre ambas jurisdicciones. Posteriormente, en los años siguientes, si bien han existido intentos de reabrir el debate legislativo, han sido las propias organizaciones de las rondas campesinas las que han sugerido postergar su regulación por el riesgo de que una posible norma pueda restringir¹² la competencia material de los asuntos que podían ser asumidos desde esta jurisdicción especial. Se suma a este temor la fuerte oposición de algunos gremios empresariales que, recogiendo los intereses de empresas extractivas ubicadas en territorio de comunidades y de rondas, rechazaban la posibilidad de ser sometidos a la jurisdicción de estas organizaciones.

Puede entonces afirmarse que el Perú, por ahora, carece de una regulación a nivel legislativo para determinar las reglas de coordinación entre la jurisdicción ordinaria y la jurisdicción especial (comunal-rondera), siendo uno de los asuntos pendientes en el proceso de reconfiguración del Estado hacia mejores formas de relacionamiento con los pueblos indígenas u originarios que en este país se organizan a través de comunidades campesinas y nativas¹³.

D. Impacto del Protocolo de Coordinación

El hecho de que el Congreso de la República no lograra la aprobación de una ley de coordinación de la justicia no retrajo el esfuerzo del Poder Judicial para promover espacios de coordinación entre ambos fueros, el ordinario y el comunal-rondero. Esto se evidenció en el desarrollo de una serie de acciones al interior de esta corporación, destacando el papel de las

12 Uno de los mayores temores de las organizaciones ronderas era que durante el debate legislativo se aprobase una norma de desarrollo legislativo del artículo constitucional 149 que redujera la competencia material de la jurisdicción especial a asuntos menores.

13 Una descripción de este desarrollo frustrado de una legislación sobre coordinación interjurisdiccional es desarrollada por Brandt (2017).

Cortes Superiores¹⁴ para establecer espacios de relacionamiento (mesas técnicas) donde, en mayor o menor intensidad, se establecieron algunas reglas y se discutieron asuntos complejos para llegar a un acuerdo.

En ese contexto, de modo particular, resulta relevante la creación de la Oficina Nacional de Justicia de Paz y de Justicia Indígena, en noviembre del 2012, y la aprobación de la Hoja de Ruta de la Justicia Intercultural, en diciembre del mismo año. Ambos sucesos permitieron la gestación de una institucionalidad que promovía la coordinación interjurisdiccional, aspecto que sería respaldado con la aprobación del Protocolo de Coordinación entre Sistemas de Justicia que fue aprobado en el año 2013¹⁵, delineando con mayor claridad algunas reglas que deberían seguir los jueces de toda la República al existir necesidad de relacionarse con actores de la justicia comunal-rondera.

Las principales características del Protocolo de Coordinación se encuentran referidas a un estado de la situación de la coordinación al interior del Poder Judicial. El documento describe en primer lugar, un contexto que promovía una profunda transformación en el relacionamiento entre el Estado y la jurisdicción especial (comunal-rondera). Así también, reconoció lo que hasta ese momento eran espacios de diálogo interjurisdiccional, lo cual significó la posibilidad de identificar algunos patrones comunes o metodologías interculturales con posibilidad de ser institucionalizadas como práctica a seguir. En segundo lugar, habiéndose identificado prácticas estandarizadas de coordinación, el Protocolo propuso la adopción de principios y criterios rectores para que, en la medida de lo posible, se delimiten los ámbitos de actuación de las distintas jurisdicciones y las pautas para solucionar los conflictos que pudiesen presentarse.

Otro de los aspectos relevantes, contenido en el Protocolo de Coordinación, fue el referido a la Competencia ya sea en el ámbito territorial, personal y material. De acuerdo al documento, la jurisdicción especial tendrá competencia sobre los hechos o conflictos surgidos en su ámbito territorial que es definido como la “totalidad del hábitat que las comunidades campesinas, comunidades nativas y rondas campesinas tradicionalmente ocupan o utilizan de alguna otra manera”. Respecto a la competencia personal se señala que las autoridades de las comunidades campesinas, comunidades nativas y rondas campesinas conocen los hechos o conflictos que involucran a miembros de sus organizaciones. Sin embargo, si en este hecho o conflicto resulta involucrada alguna persona que no forma parte de la organización comunal, pero se encuentra en el territorio, será competente la jurisdicción especial, debiendo asegurar que no quede en estado de indefensión. Sobre la competencia material, la jurisdicción especial podrá ser competente en todas aquellas materias que tradicionalmente ha conocido en virtud de su sistema propio y del derecho consuetudinario. Como excepción, se señala que, en materia penal, cuando se trate de delitos contra el Estado, delitos contra el ordenamiento jurídico internacional, delitos de criminalidad organizada deberán ser derivadas a la jurisdicción ordinaria. Pudiendo también declinarse en favor de esta última cuando se trate de situaciones complejas o sumamente graves¹⁶.

14 En el Perú, el Poder Judicial está dividido territorialmente en distritos judiciales, encontrándose las cortes superiores como máxima instancia. Funciona una Corte Suprema en la capital.

15 Resolución Administrativa 333-2013-CE-PJ aprobada por el Consejo Ejecutivo del Poder Judicial.

16 Oficina Nacional de Justicia de Paz y Justicia Indígena (2015).

Finalmente, frente a los conflictos que puedan presentarse entre ambas jurisdicciones, el documento señala que, tratándose de una situación de justicia intercultural, deberá acudirse a un mecanismo de diálogo permanente que permita la resolución del caso cuando exista consenso entre las autoridades de ambos sistemas de justicia presentes en los espacios de reunión.

Por todo lo expuesto, se puede afirmar que el Protocolo de Coordinación es una de las pocas normas vigentes en el ordenamiento jurídico peruano que intenta plasmar una relación intercultural entre los sistemas de justicia en el marco de la igualdad, la buena fe y el respeto mutuo. Actualmente es una norma aplicable en toda la estructura judicial del país.

II. Tendencias jurisprudenciales respecto a la relación entre la justicia indígena y la justicia ordinaria

Los principales pronunciamientos jurisprudenciales, en el caso peruano, se concentran en el Tribunal Constitucional que de modo paulatino ha establecido algunos criterios sobre el cómo entender el ejercicio de la jurisdicción especial. Llama la atención que a pesar de que el Poder Judicial desarrolló normas de naturaleza administrativa que favorecen una coordinación interjurisdiccional no se cuente con sentencias o pronunciamientos relevantes en esta materia. Por esta razón, revisaremos lo ocurrido en el máximo tribunal peruano de sede constitucional.

En los últimos años son pocas las sentencias emitidas por el Tribunal Constitucional sobre la jurisdicción especial. Según algunos autores¹⁷, éstas no llegarían a más de una docena de casos en los que se produjeron decisiones al máximo nivel, referidas a algún asunto concerniente al reconocimiento de la identidad étnica y cultural. En todos ellos, el tribunal peruano tuvo que discernir la forma cómo se condice el reconocimiento del carácter plural de la sociedad, la situación de las comunidades y la visión de una mayoría plasmada en el texto constitucional. En ese contexto, analizaremos cuatro sentencias del Tribunal Constitucional:

1) Sentencia del Tribunal Constitucional, expediente N° 01126-2011-HC/TC Comunidad Nativa Tres Islas

Hasta la emisión de esta sentencia, el Tribunal Constitucional se había pronunciado jurisdiccionalmente sobre el reconocimiento del derecho a la diversidad étnica y cultural reconocido en la Constitución de 1993. Sus decisiones no habían expresado una tendencia jurisprudencial que permitiese delinear la forma en la que se debería desarrollar el reconocimiento de las minorías culturales y los pueblos indígenas existentes en el país. Incluso, algunas sentencias habían sido restrictivas en el reconocimiento del derecho a la consulta previa¹⁸.

17 Es el caso de Aarón Verona Badajoz (2014). *Dos caras: la protección de los derechos de los pueblos indígenas según el Tribunal Constitucional peruano*. Tesis (Lic.). Lima, Perú: Pontificia Universidad Católica. Ruiz, J. C. (2009). *El fundamento constitucional de la justicia comunal*. En: Revista Derecho N° 62. Lima, Perú: Fondo Editorial de la Pontificia Universidad Católica del Perú.

18 Citamos dos sentencias controversiales: la sentencia recaída en el expediente N° 0023-2009-PI-TC (Caso Tuanama-Tuanama II) en la que se señala que el territorio y los recursos naturales de las comunidades y pueblos indígenas pertenecen al Estado; sentencia aclaratoria recaída en el expediente 06316-2008-PA-TC (caso

Bajo este contexto, cuando se produjo el pronunciamiento del Tribunal Constitucional en el caso Tres Islas, surgió una expectativa inicial ya que se respaldaba la demanda de esta comunidad nativa para ejercer válidamente sus potestades jurisdiccionales en el marco del artículo 149 de la Constitución. Sin embargo, revisada la decisión, se puede constatar que lo que se había amparado era una sentencia favorable a los comuneros basada en la autonomía comunal que le era consustancial a la organización, por lo que el pronunciamiento desarrollaba una serie de consideraciones para sostener que en el Perú se reconocía a una sociedad multicultural.

Esta afirmación que podría ser considerada como un avance retórico respecto a anteriores pronunciamientos del Tribunal Constitucional, en materia del reconocimiento a la diversidad cultural, se vio opacada cuando en los fundamentos de dicho pronunciamiento se señaló que lo que estaba en debate era el derecho de propiedad de la comunidad nativa lo que, en el marco de un Estado Democrático y Social de Derecho, tenía una serie de limitaciones¹⁹, omitiendo cualquier mención a la propiedad de las comunidades nativas y campesinas en su interpretación intercultural. De este modo, buena parte de los considerandos utilizados para defender la decisión autónoma de la comunidad nativa Tres Islas se basó en la concepción clásica del derecho a la propiedad, evidenciando el uso confuso de una serie de conceptos teóricos que no ayudaban a entender la sentencia.

A pesar de lo señalado, en su momento, esta sentencia fue considerada como un avance para el reconocimiento de la autonomía y la propiedad territorial de una comunidad nativa, lo cual podría irradiar a otras comunidades con procesos similares o que afrontaban situaciones de desconocimiento de sus derechos.

2) Sentencia del Tribunal Constitucional, expediente N° 00220-2012-PA/TC Comunidad Campesina de Aucallama-Huaura

La Sentencia N° 00220-2012 es posterior al pronunciamiento que el Tribunal Constitucional había efectuado en el caso Tres Islas. Corresponde a una demanda de amparo interpuesto por un grupo de comuneros contra las autoridades de una comunidad campesina de la costa norte peruana (Aucallama). El argumento de la acción se concentró en la lesión de una serie de derechos constitucionales, concernientes a la participación activa como miembros de su organización, entre los que se destacaban el derecho a: la igualdad, honor, reunión, tutela procesal efectiva, debido procedimiento administrativo y legítima defensa.

Se trataba de un conflicto interno entre comuneros donde una de las partes, al verse afectada en sus derechos, recurrió a la jurisdicción ordinaria que se pronunció de un modo especialmente significativo por la total omisión a la naturaleza de la organización que estaba involucrada, es decir, la comunidad campesina. Llama profundamente la atención que el Tribunal Constitucional realizara un análisis del caso concreto sin considerar el elemento cultural, por lo que abordó la relación entre las partes como si se tratara de una persona jurídica común y corriente que omitió atender adecuadamente las pretensiones de alguno de sus integrantes.

Aidesep I) en la que se señala que el Convenio 169 de la OIT, en lo referido a consulta previa, es exigible en el ordenamiento jurídico peruano a partir del 2009 y no desde la fecha en que fue ratificado por el Estado.

19 Fundamento 25 de sentencia recaída en expediente N°01126-2011.HC/TC.

No se consideró el hecho de que, si bien las comunidades campesinas son personas jurídicas, cuentan con un estatus especial establecido por la Constitución, por lo que un juez tendría que incorporar en su razonamiento la pertinencia cultural de los derechos en juego o evaluar la posibilidad de que el caso sea resuelto de manera interna a través de los propios mecanismos de la comunidad campesina. De este modo, en la sentencia no desarrolla mayor justificación limitándose a señalar la violación de derechos “asociativos” de un grupo de comuneros que deben ser restablecidos.

De esta manera, luego de emitida esta sentencia, la expectativa creada a propósito del fallo por el caso Tres Islas, fue desmoronada. No solo porque se producía una abierta intromisión en la autonomía de una comunidad, sino porque revelaba que al interior del Tribunal Constitucional existía una ambigüedad sobre las formas de entender el postulado constitucional de reconocimiento de la diversidad cultural y, en este marco, el ejercicio de la jurisdicción especial por parte de las autoridades comunales.

3) Sentencia del Tribunal Constitucional, expediente N° 07009-2013-HC/TC Comunero Juan Villar contra Sala Penal del Poder Judicial

El pronunciamiento jurisdiccional corresponde a una demanda de hábeas corpus presentada contra los jueces de la región de Madre de Dios que procesaban al comunero Juan Villar por el delito de violación sexual en agravio de una menor de edad, lo que habría ocurrido en el territorio de la Comunidad Nativa Tres Islas (Madre de Dios). El argumento de las autoridades de la comunidad radicó en el hecho de que el caso había sido resuelto en la jurisdicción indígena (comunal-rondera) y en la existencia de consentimiento de la víctima.

La Sentencia 07009-2013-HC/TC constituye uno de los primeros casos en que el Tribunal Constitucional, de modo directo, debió pronunciarse sobre la jurisdicción especial (comunal-rondera), refiriéndose al artículo 149 de la Constitución. Asimismo, tuvo que desarrollar los límites del ejercicio de la jurisdicción especial y los temas que serían materia de su competencia²⁰.

El Tribunal Constitucional estableció de manera enfática que la jurisdicción especial no podía ser competente en toda clase de materias, sosteniendo que los temas a conocer serían aquellos vinculados a lo que es propio de la vida comunal²¹, lo que no debería significar la falta de competencia en materia penal, sino que en determinados asuntos, de por sí graves, el Estado tendría legitimación para intervenir.

Asimismo, señaló que, en materia penal, existirían algunos asuntos en los que se debería discutir la posibilidad de ser conocidos y resueltos por la jurisdicción ordinaria o por la jurisdicción comunal-rondera. Estos aspectos deberían ser delimitados por una ley de coordinación aprobada por el Congreso. Sin embargo, como esto no se materializó, el Tribunal Constitucional determinó que los delitos que vulneren derechos fundamentales como la vida,

20 Señala la sentencia N° 07009-2013-HC/TC en su fundamento 21: “La importancia de una jurisdicción comunal, se encuentra fuera de duda. Sin embargo, conviene preguntarse si a partir de su reconocimiento y puesta en ejercicio, cualquier materia con incidencia jurídica debe ser puesta en su conocimiento.”

21 Fundamento 22 de la sentencia recaída en el expediente N° 07009-2013-HC/TC: “Una respuesta razonada del tema, evidentemente descarta de plano que todos los aspectos jurídicos puedan ser vistos en el ámbito de la justicia comunal, pues el origen de esta no responde a los mismos supuestos y consideraciones de la justicia ordinaria, sino a lo que es propio de la vida comunal con todas las incidencias que la misma puede llegar a suponer.”

la salud, la integridad física, psíquica y moral, la libertad, entre otros que puedan afectar de alguna forma los intereses de aquellas personas ubicadas en condición especial y/o sensible como los niños, los adolescentes, las mujeres en estado de embarazo, los ancianos, etc.²² no podían ser conocidos por la jurisdicción comunal. A partir de esto, se desestimó la demanda, señalando que el reconocimiento de la diversidad y el pluralismo cultural no deberían implicar que se reconozcan excesos de la jurisdicción comunal que afecten la totalidad de los bienes reconocidos en la Constitución.

El pronunciamiento del Tribunal Constitucional señala de manera clara que la interpretación del artículo 149 de la Constitución implica una subordinación de la jurisdicción especial (comunal-rondera) ante la jurisdicción ordinaria, lo cual se expresa en los considerandos que establecen que el Estado se reserva la última decisión en su potestad punitiva²³. Asimismo, estableció una lista abierta de asuntos que no podrían ser asumidos por la jurisdicción comunal, lo cual creó un precedente cuestionable ya que se introdujo una noción no prevista en el texto constitucional, pues la Constitución en ningún momento establece la suerte de deslinde o delimitación de los temas que serían competencia de una u otra jurisdicción. En este sentido, se observa una intromisión excesiva del Tribunal Constitucional que desnaturaliza la apuesta realizaba por la Constitución por una coordinación entre jurisdicciones, debiendo, en todo caso, ser una ley del Congreso la que establezca las pautas para que puedan dialogar entre sí.

4) Sentencia del Tribunal Constitucional, expediente N° 02765-2014-PA/TC Comunera Carmen Zelada contra Sala Mixta del Poder Judicial

La sentencia emitida por el Tribunal Constitucional, se refiere a un conflicto suscitado entre autoridades de una comunidad y ronda campesina (de nombre Montevideo) frente a un grupo de comuneros que veían afectados sus derechos y tierras por las sanciones excesivas que habrían concluido en la expulsión de la comunidad de la comunera Carmen Zelada y otros comuneros.

La Sentencia N° 02765-2014-PA/TC realiza un recuento histórico de los pronunciamientos emitidos por el Tribunal Constitucional sobre el reconocimiento del pluralismo cultural, explicando que en países como el Perú existe una estrecha vinculación entre comunidades campesinas y nativas con los denominados pueblos indígenas. Por otro lado, señala que en sociedades heterogéneas como la peruana sería ideal propiciar el diálogo intercultural que permita la coexistencia de todos aquellos modelos de vida que respeten la Constitución, siendo éste el “estándar mínimo de pautas de convivencia” que permita la vigencia del pluralismo²⁴.

Por otro lado, establece las características que tendría la jurisdicción comunal reconocida constitucionalmente: i) la territorialidad; ii) la aplicación del derecho consuetudinario y; iii) el respeto a los derechos fundamentales, señalando que las dos primeras estarán referidas a

22 Así señalado en el fundamento 35 de la sentencia recaída en el expediente N° 07009-2013-HC/TC.

23 Fundamento 26 de la sentencia recaída en el expediente N° 07009-2013-HC/TC: “Sin embargo, el hecho de se acepte como directamente legítima, la opción de una justicia comunal de tipo penal, no significa tampoco como algunos erróneamente lo creen, que nuestro ordenamiento jurídico pretenda auspiciar una renuncia total a las potestades punitivas que tiene el Estado en relación a los delitos cuando de comunidades campesinas y nativas se trata .

24 Fundamento 13 de la sentencia recaída en el expediente N° 02765-2014-PA/TC.

las competencias para resolver las controversias que se le presenten, mientras que la última tendrá que ver con los límites materiales para ejercer la jurisdicción²⁵.

De este modo, se determinan los elementos que la jurisdicción comunal tendría en el país:

- a) Autoridades comunales para ejercer la jurisdicción y tomar decisiones administrativas;
- b) La facultad para resolver el conflicto jurídico que ocurra en su territorio, de conformidad con su desarrollo histórico-cultural, su derecho consuetudinario y, en general, su particular sistema normativo;
- c) Procedimientos que permitan una mínima garantía de los derechos fundamentales de los procesados y agraviados;
- d) La potestad de hacer efectiva sus decisiones y que éstas sean definitivas, con plena observancia de los derechos fundamentales de los integrantes²⁶.

Si bien la sentencia es declarada fundada a favor de los comuneros que reclamaban un uso excesivo de la potestad sancionatoria a las autoridades comunales y ronderas, la decisión final establece que estas autoridades vuelvan a pronunciarse, asegurando se respete un mínimo del derecho al debido proceso.

De forma singular, la sentencia propone una serie de contenidos que respaldan el ejercicio efectivo de la jurisdicción comunal-rondera, estableciendo límites razonables respecto a los asuntos que pueden ser de competencia de esta jurisdicción especial, por lo que se señalaron criterios apropiados como: que se trate de asuntos que correspondan al desarrollo histórico-cultural de la comunidad o ronda, en el sentido que corresponda a sus tradiciones originarias; que se encuentre en el derecho consuetudinario y en su sistema normativo. De esta manera, la fórmula planteada reconoce de manera equilibrada la forma en la que se relacionan ambas jurisdicciones en uno de los puntos frecuentes de tensión, como es la delimitación del fuero competente, sin advertir el propósito de subordinar una de las jurisdicciones a otra, sino por el contrario, fijando pautas acordes a la realidad.

Bajo estas consideraciones ¿cómo entender esta sentencia si el pronunciamiento contenido en la Sentencia N° 07009-2013-HC/TC había sido contrario a los intereses de los pueblos indígenas? Para responder esta interrogante, una primera aclaración es que, si bien cronológicamente la sentencia sobre el caso Villar es más antigua y esta última sobre el caso Zelada se presenta como la más reciente; sin embargo, lo cierto es que la última en publicitarse fue la del caso Villar. De allí que, más allá de las fechas, se trata del último pronunciamiento del Tribunal Constitucional y lo que realmente viene pensando e interpretando sobre la coordinación entre la jurisdicción comunal-rondera y la jurisdicción ordinaria.

En conclusión, podemos señalar que las tendencias jurisprudenciales desarrolladas por el Tribunal Constitucional del Perú no permiten avizorar escenarios alentadores. Desde este alto tribunal, se observa una orientación predominante de restringir la competencia de la jurisdicción comunal-rondera, interpretando que los límites materiales de este fuero no solo son los señalados en la Constitución, cuando se refiere al respeto a los derechos fundamentales, sino que habría otros que se desprenderían de la potestad punitiva del Estado que no podría

25 Fundamento 48 de la sentencia recaída en el expediente N° 02765-2014-PA/TC.

26 Fundamento 54.

renunciar. Por lo que siendo así, en estricto sentido, se tendría una suerte de reconocimiento del pluralismo en la justicia, de forma débil, ya que en determinadas materias no existiría una relación de coordinación interjurisdiccional propiamente dicha porque no se reconoce una relación de igualdad entre la justicia espacial y la justicia ordinaria.

III. Principales acciones de coordinación, cooperación y tensiones entre los sistemas de justicia indígena y la justicia ordinaria

La tendencia jurisprudencial del Tribunal Constitucional en materia de coordinación no ha sido la más adecuada para promover una coordinación interjurisdiccional. Sin embargo, es posible identificar en el Poder Judicial algunas acciones que nos permiten manifestar la existencia de escenarios de cooperación y coordinación que configuran una institucionalidad promisorio. Algunas de estas acciones merecerían ser destacadas y evidenciadas:

- Desde el año 2009, en diversos lugares del país, se desarrollan anualmente en congresos de Justicia Intercultural. En estos espacios, promovidos de forma inédita por el Poder Judicial, participan magistrados de los distintos distritos judiciales y representantes de comunidades campesinas, comunidades nativas y rondas campesinas para debatir de forma horizontal una serie de temas sobre acceso a la justicia y coordinación entre jurisdicciones. En cada uno de estos eventos se formulan recomendaciones para estimular una necesaria coordinación entre el Poder Judicial y la justicia emanada de las comunidades y rondas campesinas, las que se publican y constituyen orientaciones para los operadores jurídicos.
- La Creación del registro nacional de operadores de la jurisdicción especial a cargo de la Oficina Nacional de Justicia de Paz y Justicia Indígena (ONAJUP), a través de la Resolución Administrativa N° 370-2010 del 5 de noviembre de 2010. Hito importante pues constituye la primera experiencia promovida desde una oficina del Poder Judicial por registrar a las personas que ejercen justicia comunal o indígena, reconociendo con ello esta práctica.
- Reasignación de funciones sobre justicia comunal o indígena a la Oficina Nacional de Justicia de Paz (ONAJUP), a través de la Resolución Administrativa N° 417-2010-CE-PJ del 13 de diciembre de 2010. Hasta ese momento, la ONAJUP solo se encargaba del atender temas vinculados a la Justicia de Paz. Con la aprobación de la Resolución, asumió la función adicional de promover la coordinación con los otros sectores de la justicia. La creación y consolidación de la Comisión de Trabajo sobre Justicia Indígena y Justicia de Paz, en mayo de 2011²⁷, con la responsabilidad de elaborar una Hoja de Ruta en la relación del Poder Judicial con la Justicia Indígena y proponer dos proyectos de ley. El primero, referido a la Justicia de Paz y; el segundo, sobre el desarrollo legislativo del artículo 149. Este hecho es significativo ya que responde a una decisión del máximo órgano de gobierno del Poder Judicial.
- Aprobación de la Hoja de Ruta de la Justicia Intercultural por el Presidente de la Corte Suprema²⁸, documento que busca promover y consolidar un sistema de justicia intercultural,

27 Mediante la Resolución Administrativa N° 202-2011-P-PJ.

28 Mediante la Resolución Administrativa N° 499-2012-P-PJ de diciembre de 2012.

en el que el Poder Judicial motive los espacios de diálogo intercultural y el acceso a la protección efectiva de derechos de la población indígena.

- El desarrollo de mesas de diálogo intercultural en cortes locales. El esfuerzo de algunas cortes superiores de Justicia por promover e institucionalizar espacios permanentes de diálogo entre jueces, fiscales, Policía y autoridades de las comunidades y de las rondas campesinas originándose, en algunos casos, la adopción de “Plenos Jurisdiccionales Interculturales”. Instrumentos adoptados de manera consensuada entre representantes de ambas jurisdicciones para atender casos específicos de conflicto.

Como se puede apreciar, todos estos elementos constituyen esfuerzos iniciales, muchas veces generados desde el ámbito local, que buscan generar esa coordinación que no ha sido desarrollada a nivel legislativo o que aún no es aceptada por el nivel jurisprudencial. A pesar de ello, se destaca la labor desplegada por los diversos operadores de justicia involucrados, lo que permite ser optimista pues se encuentran voces en el sector de la justicia dispuestas a dialogar y generar espacios de cooperación.

Por ello, un balance inicial, en el contexto desarrollado, no puede formularse de manera lineal. Por un lado, frente a las tensiones producidas habría una respuesta ambivalente, ya que la tendencia jurisprudencial del Tribunal Constitucional ha estado orientada a reconocer la coexistencia de una jurisdicción especial que concurre con la jurisdicción ordinaria en la impartición de justicia, donde la primera tendría restricciones respecto a los asuntos que puede revisar. Mientras que, por otro lado, desde el Poder Judicial predomina un activismo favorable al reconocimiento de esta coordinación, respetándose una interacción en condiciones de igualdad. Quedando, por lo tanto, la impresión de que por ahora, para el caso peruano, no existe una única aproximación.

Bibliografía

- Brandt, H. J.
2017 *La justicia comunitaria y la lucha por una ley de coordinación de la justicia*. En: Revista Derecho N° 78. Lima, Perú: Fondo Editorial de la Pontificia Universidad Católica del Perú.
- Bazan, J. F.
2011 *El Nuevo Código Procesal Penal del 2004 y las rondas campesinas: Escenarios de conflictividad y coordinación*. (2da. Ed.) Lima, Perú: Programa de Acceso a la Justicia en Comunidades Rurales (PROJUR).
- Congreso de la República
2011 *Proyecto de ley de coordinación intercultural de la justicia*. Recuperado de: http://www.justiciaviva.org.pe/webpanel/doc_int/doc20102011-164527.pdf
- 2013 *Dictamen 1-2013-2014/CPAAAAAE-CR*. Recuperado de: [http://www2.congreso.gob.pe/Sicr/ApoyComisiones/comision2011.nsf/733E94F535308D8C05257C2A00559EEC/\\$FILE/PUEBLOS.ANDINOS_313-2011-PJ_2751-2013-CR_Txt.Fav.Sust.Unanimidad.pdf](http://www2.congreso.gob.pe/Sicr/ApoyComisiones/comision2011.nsf/733E94F535308D8C05257C2A00559EEC/$FILE/PUEBLOS.ANDINOS_313-2011-PJ_2751-2013-CR_Txt.Fav.Sust.Unanimidad.pdf)

La Rosa, J. y Levaggi, R.

2013 *Hacia una ley de coordinación para la justicia. Debates en torno a una propuesta de desarrollo del artículo 149 de la Constitución.* Serie Justicia Comunitaria en los Andes, volumen 5. Lima, Perú: Instituto de Defensa Legal.

Levaggi, R.

2010 *Situación de los casos de miembros de Comunidades Campesinas, Nativas y Rondas Campesinas denunciados ante el Ministerio Público por ejercicio de su función jurisdiccional.* En: La Rosa, Javier y Ruiz, Juan. *La Facultad Jurisdiccional de las Rondas Campesinas.* Lima, Perú: Instituto de Defensa Legal.

Oficina Nacional de Justicia de Paz y Justicia Indígena (ONAJUP)

2015 *Protocolos para una Justicia Intercultural.* Lima, Perú: Poder Judicial del Perú.

Prado, V.

2011 *El acuerdo plenario N° 1-2009/CJ-116 de la Corte Suprema. Rondas Campesinas y Derecho Penal.* En: Poder Judicial. Congresos Internacionales sobre Justicia Intercultural en Pueblos Indígenas, Comunidades Andinas y Rondas Campesinas. Lima, Perú: Fondo Editorial del Poder Judicial.

Poder Judicial

2012 *III Congreso Internacional sobre Justicia Intercultural: hacia una consolidación del pluralismo en la justicia.* Lima, Perú: Fondo Editorial del Poder Judicial.

Ruiz, J.C.

2009 *El fundamento constitucional de la justicia comunal.* En: Revista Derecho N° 62. Lima, Perú: Fondo Editorial de la Pontificia Universidad Católica del Perú.

Verona, A.

2014 *Dos caras: la protección de los derechos de los pueblos indígenas según el Tribunal Constitucional peruano.* Tesis (Lic.). Lima, Perú: Pontificia Universidad Católica del Perú.

Yrigoyen R.

2001 *Retos para construir una juridicidad pluricultural (Balance de los proyectos de ley sobre el artículo 149 de la Constitución).* En: Boletín del Instituto Riva Agüero N° 28. Lima, Perú: Pontificia Universidad Católica del Perú.



Contacto

Programa Regional de Participación Política Indígena (PPI)

 + 591 765-78892

+591 762-36490

 info.ppi@kas.de

 kas.de/ppi/es

 facebook.com/PPIKAS

 [@KAS_Bolivia](https://twitter.com/KAS_Bolivia)

 youtube.com/PPIKAS

ISBN: 978-99954-1-955-4



9 789995 1419554