

Indígenas en los juzgados. Sentencias y su impacto

Un ámbito en donde se puede apreciar con claridad la amplia brecha existente entre lo que establece la norma con la práctica concreta, es la aplicación de justicia. En este tema, en los países latinoamericanos se pueden apreciar varias dinámicas que es pertinente analizar:

1. Hay un marco constitucional que reconoce la jurisdicción indígena, pero existe un vacío sobre cómo ejercerla y las formas de reconocimiento concreto del Estado sobre esta.
2. No hay mecanismos normativos para ejercer o concretar derechos específicos: la consulta, la participación política, el derecho al territorio, etcétera. La ausencia de reglamentación obliga a acudir a los tribunales de manera permanente.
3. La ausencia del pluralismo jurídico al momento de resolver. Al prevalecer una visión positivista y monista del derecho, los Pueblos Indígenas enfrentan a estructuras que lejos están de comprender y aceptar la existencia de una pluralidad de sistemas jurídicos, por tanto, se encuentran con un escollo complejo de resolver.
4. La falta de independencia del poder judicial frente al Ejecutivo, lo que impide una aplicación de justicia imparcial y expedita.
5. Las instituciones no están diseñadas para atender la pluralidad cultural y jurídica. No hay suficientes intérpretes y traductores, ni consideraciones a las distancias y la desigualdad persistente entre amplios sectores de la población y los Pueblos Indígenas.

1. Las reformas judiciales

Las reformas constitucionales y legislativas a que hemos hecho referencia han implicado el empleo de recursos judiciales para la protección de esos derechos y litigio estratégico; (Rodríguez y Baquero, citado en Villadiego, 2016: 19-20) así como el reconocimiento de derechos específicos, tales como

circunscripciones electorales especiales e incorporación de jurisdicciones propias, entre otras (Uprimny, citado en Villadiego, 2016: 19-20).

Este tipo de reformas tuvieron dos consecuencias significativas. Por un lado, el reconocimiento del pluralismo y los derechos de Pueblos Indígenas y, por otro, “la consolidación de un sistema de justicia complejo que comprende no solo a los jueces como personas encargadas de administrar justicia, sino también distintos tipos de justicia comunitaria que fomentan un sistema jurídico de tendencia multicultural” (Villadiego, 2016: 8). En diversos países el reconocimiento de nuevos derechos conllevó también a reconfigurar la estructura estatal jurisdiccional. Villadiego (2016: 19) considera que:

“La adopción de nuevas constituciones también generó en muchos países la reconfiguración de aspectos centrales de la estructura estatal que brinda servicios de justicia. En general, estos cambios se agrupan en cuatro: 1) el diseño y la organización de los órganos encargados del gobierno judicial; 2) la implementación de tribunales especializados para resolver conflictos; 3) el traspaso a instancias administrativas de asuntos que antes eran competencia de los jueces; y 4) la creación de mecanismos alternos de solución de conflictos”.

Otra reforma significativa en los sistemas de justicia es la creación de tribunales especializados, en algunas ocasiones por fuera de la estructura del poder judicial. Ejemplos son: la creación de cortes o tribunales constitucionales y de órganos jurisdiccionales para resolver controversias electorales que han atendido casos relativos las instituciones políticas y procesos electorales propios de los indígenas (Villadiego, 2016: 26).

En los países de América Latina esta construcción de una nueva institucionalidad ha tenido diversas expresiones. Desde el reconocimiento general en la Constitución de la jurisdicción indígena, pero sin considerar las formas de su implementación, o su delegación en la legislación secundaria o en otros ámbitos estatales —las entidades federativas en el caso mexicano—; hasta la constitución de nuevas instancias judiciales bien expresamente diseñadas para atender la cuestión indígena, con una perspectiva de pluralismo jurídico para la resolución de casos en que un indígena sea parte.

La ausencia de nuevas instituciones con perspectiva de pluralismo jurídico conlleva, por supuesto, serias limitaciones. En México, la Suprema Corte de Justicia de la Nación, máximo órgano para la revisión de la constitucionalidad de la legislación y de las resoluciones jurisdiccionales del entramado judicial, si bien ha tenido algunas sentencias progresistas en materia indígena, en general oscila entre la consideración plena de sus derechos y la limitación

del derecho positivo (López, Zúñiga y Espinoza, 2002). La falta de una legislación adecuada que establezca pautas para la relación entre los sistemas jurídicos estatales y los indígenas, no solo representa un vacío normativo, se convierte en una negación de sus derechos.

Sin embargo, también es de considerar que en algunos países hay una importante producción normativa secundaria o creación de instancias burocráticas, que buscan acortar esa brecha de implementación. En Perú, por ejemplo, hay un entramado construido: el Plan de Desarrollo Institucional 2009-2018, el Plan de Gobierno 2013-2014, la Resolución Administrativa N° 266-2010-CE-PJ que dispone la implementación de las 100 Reglas de Brasilia sobre acceso a la justicia de personas en condición de vulnerabilidad; el Plan Estratégico de Fortalecimiento de la Oficina Nacional de Apoyo a la Justicia de Paz y Justicia Indígena - ONAJUP 2014-2016; y la Hoja de Ruta de la Justicia Intercultural aprobada. Este conjunto de acciones ha permitido: “Establecer políticas públicas respecto de cómo deben relacionarse ambas jurisdicciones, de manera plural, respetuosa de sus fueros y de los derechos fundamentales, estableciéndose de este modo las herramientas para desterrar aquellos obstáculos que han impedido durante años tener una mirada pluricultural de la justicia” (IDL, 2012: 45).

No en todos los países se adoptan estas medidas. En la mayoría, el desfase entre la creación de nuevas instituciones y la práctica es evidente, un ejemplo es el caso de Guatemala. En este país centroamericano, en 2012 la Corte Suprema de Justicia crea la Unidad de Asuntos Indígenas del Organismo Judicial (Acuerdo 112-20099), entre cuyas funciones está promover y asesorar la implementación de políticas públicas sobre los derechos de los Pueblos Indígenas en los planes y proyectos del Organismo Judicial (OJ). En ese mismo año se crea el Departamento de Pueblos Indígenas adscrito a la Secretaría de Política Criminal del MP. En una primera evaluación realizada por un conjunto de organismos de la sociedad civil se establece que “las políticas públicas del OJ no presentan ningún avance significativo, sus funciones se han limitado a formar y capacitar intérpretes judiciales y operadores de justicia”; asimismo, “continúa la criminalización a autoridades indígenas, líderes indígenas y defensores y defensoras. También se criminaliza a miembros de Pueblos Indígenas cuando existen lagunas legales, tal es el caso de las radios comunitarias, las cuales son perseguidas por el MP por delitos inexistentes” (CERD, 2015, 49).

Si bien durante 2015 tuvieron lugar dos casos emblemáticos de restitución de derechos colectivos en favor de los pueblos indígenas de Guatemala: 1). La Corte de Constitucionalidad (CC) sentencia que se habían violado derechos del pueblo Ch’orti, a quienes el gobierno municipal de Camotán, depar-

tamento de Chiquimula, había negado su inscripción en el libro de registro correspondiente³²; 2) Sentencia de la CC contra la inscripción anómala que particulares hicieron de una finca estatal ubicada en Sierra Santa Cruz, en el departamento de Izabal, sobre un territorio ancestral habitado por comunidades indígenas q'eqchi'³³ (Vinding y Mikkelsen, 2016: 91).

2. Reconocimiento a la jurisdicción indígena

El reconocimiento a la jurisdicción indígena es diverso en los países de América Latina. Sin embargo, de acuerdo a un estudio del Centro de Estudios de Justicia de las Américas (CEJA), en colaboración con el International Development Research Centre (IDRC), existen al menos tres tipos de reconocimiento a la justicia indígena (CEJA-IDRC, 2016: 95-98):

2.1 *Jurisdicción especial regulada constitucionalmente*

Se ha reconocido la justicia indígena en la Constitución como una jurisdicción especial en la que se reconoce que las autoridades comunitarias pueden aplicarlas a través de sus propias normas y procedimientos. En esta situación se encuentran: Bolivia, Colombia, Ecuador, Perú y Venezuela.

Las principales características de este sistema son (Comisión Andina de Juristas, 2009: 13-14):

- Se reconoce la validez del Sistema de Justicia indígena, que está conformado por el derecho propio de los pueblos indígenas, la función jurisdiccional o potestad de administrar justicia y las autoridades propias de los pueblos que son las que asumen las potestades jurisdiccionales.
- Los sujetos titulares del reconocimiento constitucional son las autoridades de los pueblos indígenas, elegidas de acuerdo a sus propios sistemas normativos.

32 Corte de Constitucionalidad. **Expediente 3068-2015**. <http://200.35.179.203/sjc/firmSjc.aspx>

33 Corte de Constitucionalidad. **Resolución número 5955-2013**. En el texto de la sentencia se reconoce que el pueblo Maya Q'eqchi' es legítimo propietario de su territorio, reconociendo su realidad histórico-social, en tanto que las comunidades "amparistas aglutinan y representan los intereses de una colectividad cuyos integrantes se reconocen e identifican por compartir arraigo y vínculos familiares con el territorio que tradicionalmente han usado u ocupado; así como identidad cultural, instituciones sociales y costumbres propias; entre otros aspectos". <http://200.35.179.203/sjc/firmSjc.aspx>

- Esta jurisdicción tiene como competencia territorial todos los casos ocurridos dentro del territorio de los pueblos indígenas, y como competencia material, todo tipo de casos (tanto civiles, penales, etcétera). Lo que no está definido es la competencia personal, es decir, queda por debatir si solo se aplica para los indígenas o también se aplica a terceros que se encuentren dentro del territorio.
- Sus límites se encuentran en no vulnerar la Constitución y los derechos humanos.
- Las constituciones de Colombia y Perú disponen que se promulgará una ley de coordinación que regule la coordinación entre la jurisdicción especial y la jurisdicción ordinaria estatal. Estas leyes aún no se han elaborado. En Ecuador además dispone que las decisiones de la jurisdicción indígena deben ser acatadas por todas las instituciones y autoridades públicas, por lo que estas decisiones son susceptibles de ser impugnadas mediante acciones de control de constitucionalidad. En Bolivia, se dispone que no solo todas las autoridades públicas sino todas las personas deben respetar las decisiones de esta jurisdicción, y que las autoridades indígenas pueden solicitar el apoyo del Estado para hacer cumplir sus fallos.

En el caso de Ecuador las autoridades de las comunidades, pueblos y nacionalidades indígenas ejercen 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. La constitución establece que las autoridades aplicarán normas y procedimientos propios para la solución de sus conflictos internos, y que no sean contrarios a la Carta fundamental y a los derechos humanos reconocidos en instrumentos internacionales.

En Colombia, el artículo 246 constitucional 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, 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.

Refiriéndose al Tribunal Constitucional de Bolivia, Magali Vianca Copa Pavón, integrante del Colectivo “Somos Sur” describió que:

Ha ocurrido un proceso de transición muy importante entre el 2012 y parte del 2014 donde los miembros nuevos de este tribunal constitucional plurinacional, dos de ellos de identificación con la jurisdicción indígena originaria campesina, han emitido sentencias constitucionales muy importantes, con visión descolonizadora, generando diálogos,

espacios, audiencias públicas, e informes técnicos que ayuden a los magistrados a tener una visión desde el otro lado, desde la cosmovisión, prácticas, historia y lucha anticolonial de las comunidades originarias que estaban en conflicto de competencias con la justicia ordinaria³⁴.

2.2 Jurisdicción indígena subordinada a la jurisdicción estatal

Se presenta lo que se ha llamado un pluralismo jurídico aditivo, “donde la justicia indígena se encuentra subordinada a la justicia del Estado. De esta manera, a las comunidades indígenas se les reconocen sus normas, procedimientos y especificidades culturales y a la población indígena se les conceden algunas garantías especiales como el derecho a intérpretes y a defensores”. Algunos ejemplos pueden ser: Juzgados de Conciliación Indígena en México —en el Estado de Chiapas—, o los facilitadores judiciales Whita en Nicaragua. En Chile la Corporación Nacional de Desarrollo Indígena (CONADI), cuenta con una Unidad de Conciliación para aquellos conflictos entre indígenas o comunidades indígenas en materias relacionadas con problemas de tierra —ocupaciones, servidumbres de paso, herencias, compraventas, herencias...— (CEJA-IDRC, 2016: 62).

2.3 Jurisdicción indígena con autonomía plena

Un tercer grupo lo forman aquellas comunidades indígenas que resuelven sus conflictos según sus procedimientos ancestrales pero sin ningún tipo de reconocimiento por parte del Estado, ni ninguna relación con el mismo. Ejemplos se encuentran en Guatemala, y Panamá (CEJA-IDRC, 2016: 104-105). En estos casos en particular, no hay una normatividad estatal precisa dirigida a la jurisdicción indígena, pero dada la fuerza de las comunidades y sus sistemas internos de justicia, así como la precariedad de los propios Estados, las instituciones funcionan de acuerdo a sus propios preceptos (ver Valiente 2008 y Padilla 2008).

3. El sistema interamericano y los derechos indígenas

Un indicador adicional de la viabilidad de los derechos en los países latinoamericanos lo constituyen los casos que conoce el Sistema Interamericano de De-

34 Registro 05 de noviembre de 2015.

rechos Humanos, pues o bien son productos de la brecha de implementación, bien revelan la falta de independencia judicial o evidencian la ausencia del pluralismo jurídico.

La Convención Americana sobre Derechos Humanos entró en vigor el 18 de julio de 1978, al haber sido depositado el undécimo instrumento de ratificación por un Estado Miembro de la OEA. A la fecha, veinticinco naciones americanas han ratificado o se han adherido a la Convención: Argentina, Barbados, Bolivia, Brasil, Colombia, Costa Rica, Chile, Dominica, Ecuador, El Salvador, Granada, Guatemala, Haití, Honduras, Jamaica, México, Nicaragua, Panamá, Paraguay, Perú, República Dominicana, Surinam, Trinidad y Tobago, Uruguay y Venezuela. Trinidad y Tobago denunció la Convención Americana sobre Derechos Humanos, por comunicación dirigida al Secretario General de la OEA, el 26 de mayo de 1998. Venezuela denunció la Convención Americana sobre Derechos Humanos, por comunicación dirigida al Secretario General de la OEA, el 10 de septiembre de 2012.

La Convención instrumentó dos órganos competentes para conocer de las violaciones a los derechos humanos: La Comisión Interamericana de Derechos Humanos y la Corte Interamericana de Derechos Humanos. La primera había sido creada en 1959 e inició sus funciones en 1960, cuando el Consejo de la OEA aprobó su Estatuto y eligió sus primeros miembros³⁵. Sin embargo, el Tribunal no pudo establecerse y organizarse hasta que entró en vigor la Convención en 1978. La Corte asumió su trabajo en 1979.

Hay un importante número de casos resueltos por ambas instancias que tienen que ver con los derechos de los Pueblos Indígenas y que establecen diversas medidas o acciones de los Estados miembro para salvaguardarlos (Colmenares, 2015: 50-54; Estupiñán e Ibáñez, 2014).

La Comisión y la Corte Interamericanas de Derechos Humanos, mediante sus facultades —expedición de medidas cautelares y provisionales, visitas *in loco* en los países miembro, informes especiales— y las atribuciones jurisdiccionales propias —opiniones consultivas y sentencias—, respectivamente, han incidido, entre otros temas, en la forma de acceso a la justicia para los Pueblos Indígenas (Colmenares, 2015: 31).

Hasta junio de 2017 la Corte IDH había conocido 19 casos en materia de pueblos indígenas y tribales, lo cual representa cerca del 10% del total de sentencias de fondo emitidas hasta esa fecha (KAS-INDEHPUCP, 2017: 6-8):

“La CIDH ha contribuido de manera significativa en la construcción de los estándares interamericanos en la materia, al desarrollar el contenido específico de los derechos de los Pueblos Indígenas y tribales en estos casos sometidos a la Corte Interamericana. A esto deben sumarse aquellos asuntos resueltos por la CIDH, no sometidos a conocimiento de la Corte” (KAS-INDEHPUCP, 2017: 7).

Tanto la Comisión como la Corte Interamericana de Derechos Humanos han resuelto un importante número de casos que van desde “el desconocimiento de los derechos territoriales en Nicaragua, Paraguay y Surinam; las masacres y ejecuciones extrajudiciales de indígenas en Guatemala y Colombia; violaciones sexuales a mujeres indígenas en México; indígenas privados de libertad en Honduras; impedimentos para la participación política en Nicaragua, entre otros” (Chiriboga y Donoso, 2014: 12).

Derivado de estos casos la Corte IDH ha fijado criterios y jurisprudencia en temas de derechos indígenas, tales como el derecho al territorio (Comunidad de Mayagna -Awas Tingni- contra Nicaragua y Yakye Axa contra Paraguay), la representación política (Yatama contra Nicaragua), la jurisdicción indígena (Caso Aloeboetoe y Otros contra Suriname), la consulta, entre otros.

Empero, pese a la posición vanguardista de la Corte, es de señalar que estos avances chocan “con su posición respecto a quién es la víctima de las violaciones que declara”. Si bien la Corte ha reconocido que ciertos derechos de la Convención Americana tienen solo pueden ser ejercidos por una colectividad por ejemplo “el derecho al reconocimiento de la personalidad jurídica, el derecho a la propiedad sobre tierras y recursos naturales, o el derecho a la organización propia a efectos de participar en las elecciones, todos ellos han sido interpretados de manera colectiva, pero depositados en los miembros del grupo y no en el grupo como tal” (Chiriboga y Donoso, 2014: 19-20). Esta situación genera algunas confusiones.

Sin embargo, el avance en la interpretación de la Corte, en tanto ha dictado sentencias favorables a los pueblos, ha sido factor fundamental en el reconocimiento expreso y en la posibilidad real de salvaguardar y fortalecer los derechos de los Pueblos Indígenas.

El relevante papel que han jugado la Comisión (CIDH), y la Corte Interamericana de Derechos Humanos (Corte IDH), instancias que han permitido que pueblos y comunidades indígenas e indígenas en lo individual, acudan a

ella para la resolución de casos que versan sobre la aplicación de normas que garantizan sus derechos³⁶.

4. Las fronteras entre la estatalidad y lo indígena

Uno de los problemas más serios en lo que se refiere a la justicia, tiene que ver con la frontera entre el sistema estatal y los sistemas normativos de los Pueblos Indígenas. La coordinación o las barreras que se interponen entre unos y otros, nos permiten apreciar la profundidad de la brecha de implementación y vislumbrar las posibilidades para acortarla.

Sin duda, Colombia es el país con mayores avances en la materia. En primer término, dada la experiencia y los importantes criterios que ha emitido la Corte Constitucional. La Corte fue creada con la Constitución colombiana de 1991 y asumió su trabajo en 1992. Ella es la encargada de velar por la integri-

36 La Corte Interamericana de Derechos Humanos ha resuelto casos que involucran derechos indígenas, un par de ejemplos que se refieren a la representación política y a la consulta son: a) Caso Yatama vs Nicaragua, en que reconoce a los “usos y costumbres” de pueblos y comunidades indígenas para el acceso a la representación popular y que los partidos políticos no son la única vía de acceso a ellos. **CIDH. Caso Yatama Vs. Nicaragua. Sentencia de 23 de Junio de 2005**; y b) Caso Saramaka vs Surinam, en que resuelve que el Estado debe delimitar, demarcar y otorgar título colectivo del territorio a los miembros del pueblo Saramaka, de conformidad con su derecho consuetudinario, y a través de consultas previas, efectivas y plenamente informadas con dicho pueblo, así como otorgar el reconocimiento legal de la capacidad jurídica colectiva a la comunidad que ellos integran. CIDH, **Caso del Pueblo Saramaka vs. Surinam. Sentencia del 28 de noviembre de 2007**. Otros casos son: a) Mayagna- Awas Tingni que, sobre la base del principio pro homine [pár. 138] nos recuerda el deber estatal de ajustar el goce de los derechos de las comunidades indígenas y tribales “conforme al derecho consuetudinario, valores usos y costumbres”. **Corte IDH, caso de la Comunidad Mayagna (Sumo) Awas Tingni vs. Nicaragua, sentencia de fondo, reparaciones y costas, 31 de agosto de 2001**. b) Sarayaku vs Ecuador, en el cual la Corte nos recuerda que los tratados externos al sistema, ratificados por el Estado acusado y que contienen aspectos de derechos humanos, la legislación interna referente a los derechos de los miembros de los pueblos indígenas y tribales [pár. 161], los principios generales de derecho internacional [pár. 164], los acuerdos e instrumentos formalmente relacionados con el sistema interamericano [pár. 161], son todos ellos elementos que integran el análisis jurídico de la Corte IDH. **Corte IDH, caso Pueblo indígena Kichwa de Sarayaku vs. Ecuador, sentencia de fondo y reparaciones, 27 de junio de 2012**.

Además, “la jurisprudencia interamericana se ha referido a los pueblos indígenas y tribales como grupos humanos en situación de debilidad o desvalimiento, en situación de vulnerabilidad y marginalidad (Yatama, párr. 201 y 202), en Estado de vulnerabilidad (Moiwana, voto Caçado Trindade, párr. 79), en situación de especial vulnerabilidad (Yakye Axa, párr. 63); en situación de vulnerabilidad (Saramaka, pár. 174). v. Corte IDH, caso Yatama vs. Nicaragua, sentencia de excepciones preliminares, fondo, reparaciones y costas, 23 de junio de 2005 (en adelante: Yatama); Corte IDH, caso de la Comunidad Moiwana vs. Suriname, sentencia de excepciones preliminares, fondo, reparaciones y costas, 15 de junio de 2005 (en adelante: Moiwana); Corte IDH, caso Comunidad indígena Yakye Axa vs. Paraguay, sentencia de fondo, reparaciones y costas, 17 de junio de 2005 (en adelante: Yakye Axa)”, que recopilan Estupiñan e Ibáñez, junto con la más amplia relación de casos que ha tratado la Corte.

dad y la supremacía de la Constitución. En sus 25 años de existencia ha tenido una importante producción jurisdiccional en torno a la Jurisdicción Especial Indígena (JEI), entre otros temas, ha resuelto la necesidad de la presencia de cuatro elementos básicos para configurar la JEI: 1) Autoridades indígenas; 2) La competencia de tales pueblos para establecer normas y procedimientos propios. 3) La sujeción de la jurisdicción y de las normas y procedimientos indígenas a la Constitución y la ley. 4) La competencia del legislador para señalar la forma de coordinación entre la JEI y las autoridades nacionales (Comisión Andina de Juristas, 2009: 235). De igual forma ha establecido una serie de principios en materia de intervención estatal en la JEI³⁷:

- a. **Principio de maximización de la autonomía de las comunidades indígenas:** Indica que solo de manera excepcional se pueden imponer restricciones a la autonomía de los Pueblos Indígenas y que estas solo son admisibles, cuando “(i) sean necesarias para salvaguardar un interés de mayor jerarquía; y (ii) sean las menos gravosas, frente a cualquier medida alternativa, para la autonomía de las comunidades étnicas”.
- b. **Principio de mayor autonomía para la decisión de conflictos internos:** “La autonomía de las comunidades debe ser respetada en mayor medida cuando el problema que examina el juez constitucional involucra miembros de una misma comunidad. En caso contrario, es decir cuando un conflicto compromete dos o más culturas diferentes, el juez constitucional deberá orientar su razonamiento hacia la armonización de los principios definitorios de cuantas culturas se encuentren en tensión”.
- c. **Principio a mayor conservación de la identidad cultural, mayor autonomía:** Este principio no significa que los jueces deban dejar de garantizar la jurisdicción de pueblos con bajo nivel de conservación cultural, es decir “no constituye una licencia que permite a los jueces proteger la autonomía de las comunidades indígenas de manera directamente proporcional a su grado de aislamiento [...] pues es claro que la pérdida de ciertos aspectos de la vida tradicional no acarrea necesariamente una disminución de la capacidad para decidir sobre asuntos fundamentales de la vida comunitaria”, por el contrario, implica que en los casos de comunidades en los que exista un alto grado de conservación, la justicia ordinaria debe actuar de forma “prudente e informada por conceptos de expertos”.

A la par se han realizado distintos proyectos de política pública tendientes a la investigación y la implementación de formas de coordinación, como el realizado con fondos de la Unión Europea: “Extensión de la Coordinación

37 Corte Constitucional de la República de Colombia. Sentencia T-642/14; 4 de septiembre de 2014.

del Sistema Judicial Nacional (SJN) y la Jurisdicción Especial Indígena (JEI)” (Comisión Andina de Juristas, 2009: 17)³⁸.

Esta situación ha marcado una nueva perspectiva desde el caso colombiano. Sin embargo, también ha evidenciado las limitaciones y retos de la coordinación entre justicias, entre ellas: “Resulta imperativo contar con una estrategia permanente de formación de jueces y magistrados en jurisdicción indígena. Se requiere igualmente mantener un diálogo intercultural permanente entre funcionarios estatales y autoridades indígenas. Cada vez que un juez llegue a una zona de jurisdicción compartida, debe tener un curso de inducción y actualización en JEI” (Comisión Andina de Juristas, 2009: 37-38).

Pese a estos avances, se presentan insuficiencias varias en el tema; entre ellas que la Corte Constitucional colombiana “ha impuesto categorías universales occidentales a la Jurisdicción Indígena como el debido proceso para la aplicación de la Ley de Origen” (Ruiz, 2016: 367). De igual manera de un análisis de la jurisprudencia se aprecia que la Corte “ha llevado a una restricción de los derechos de los pueblos considerados tanto en lo referente a sujetos colectivos como a sujetos individuales” (Ruiz, 2016: 366).

El caso colombiano contrasta con otras experiencias en la región. En México, por ejemplo, las resoluciones jurisdiccionales aún oscilan entre una perspectiva monista y otra que reconoce y fortalece el pluralismo jurídico. Mientras la Suprema Corte de Justicia de la Nación ha dictado algunas sentencias que fortalecen la libre determinación y establecen garantías a los sistemas normativos indígenas, en otras se pronuncia en sentido contrario. Cabe destacar que la Suprema Corte emitió un Protocolo, basado en los más altos estándares internacionales sobre el tema, que sirve de herramienta interpretativa para los magistrados y jueces que resuelven casos donde se juzgan personas y comunidades indígenas. Un claro ejemplo lo establece el Tribunal Electoral del Poder Judicial de la Federación que, si bien ha adoptado en algunos casos los principios de la Corte Constitucional colombiana, en otros resuelve vulnerando la autonomía de los Pueblos Indígenas (Martínez, Juan y Velásquez, 2015: 49-66).

38 “La ejecución del proyecto se asignó a la Universidad del Rosario, con la participación del Ministerio del Interior y de Justicia y el Consejo Superior de la Judicatura - Escuela Judicial «Rodrigo Lara Bonilla», y tres representantes indígenas. El Proyecto consistió en un proceso participativo de un año (2008), con 17 pueblos indígenas de nueve departamentos (Amazonas, Antioquia, Cesar, Chocó, La Guajira, Huila, Magdalena, Putumayo y Vaupés) y representantes de la rama judicial, para la búsqueda de conocimiento y fortalecimiento de los sistemas jurídicos indígenas y de coordinación con el Sistema Jurídico Nacional, a través de diagnósticos intra e interétnicos de problemas, talleres de formación, encuentros de experiencias locales y uno nacional, con el fin de crear una Red de Formadores de 450 personas (300 de pueblos indígenas y 150 de operadores judiciales) entre las dos jurisdicciones” (Comisión Andina de Juristas, 2009: 17).

Mientras, recientemente, en el Estado de Oaxaca un Juez de Distrito resolvía un asunto reconociendo la jurisdicción indígena y devolviendo la competencia para que fuese mediante su sistema normativo interno que lo procesara; en otro caso, en el Estado de Guerrero, el Tribunal Colegiado, hacía exactamente lo contrario, al negar tales posibilidades a la jurisdicción indígena³⁹.

En el caso de Perú, también se presentan problemas diversos en esta articulación: Desconfianza de las poblaciones hacia las autoridades públicas y operadores de justicia por problemas de corrupción; demora y retardo de los procedimientos extensos y dilatorios hacen que las poblaciones no encuentren solución a sus conflictos a tiempo; desconocimiento de parte de los magistrados de las costumbres y del idioma, principalmente en las comunidades nativas, lo cual genera desconfianza en el sistema; presupuesto insuficiente asignado al Poder Judicial, al Ministerio Público y a la Policía Nacional del Perú, tomando en cuenta el territorio y costo de las diligencias en las comunidades nativas. Por la carencia de recursos económicos y la lejanía de sus poblados a las ciudades donde se encuentran los operadores de justicia, quienes no quieren hacerse presentes en las comunidades, aduciendo la lejanía y pidiéndoles a los pobladores que pongan combustible a las unidades vehiculares de la policía o a los botes; otra de las razones para que los pobladores no acudan al Poder Judicial es el temor que tienen a ser maltratados y discriminados por ser indígenas y pobres. Por fin, hay un proceso de evaluación inadecuado de magistrados por parte del Consejo Nacional de la Magistratura, que no considera el perfil del magistrado que debe ejercer su cargo en zonas indígenas (Comisión Andina de Juristas, 2009: 67-68).

En Chile no hay un reconocimiento normativo a la jurisdicción indígena y, si bien hay algunos avances jurisprudenciales, persisten criterios discriminatorios que invalidan la costumbre e, incluso, derivan en situaciones de denegación de justicia. Los tribunales civiles siguen anclados en principios

39 En la Tesis: XXI.2o.P.A.6 P (10a.) Semanario Judicial de la Federación. Décima Época /20125577. Derecho a la Libre Determinación de los Pueblos y Comunidades Indígenas. No faculta a las autoridades comunitarias a dictar órdenes de aprehensión o de cateo, por lo que de hacerlo, la detención del supuesto inculcado es ilegal (Legislación del Estado de Guerrero). “(...) Se reconoce el derecho de los Pueblos Indígenas a decidir su organización, aplicando sus propios sistemas normativos en la regulación y solución de sus conflictos internos, de acuerdo a sus usos y costumbres; sin embargo, tal derecho no es absoluto, pues tal reconocimiento no implica su soberanía, sino el reconocimiento del derecho fundamental de los pueblos que lo componen para determinar su suerte, siempre que se preserve la unidad nacional y se respeten los derechos humanos. Bajo esta perspectiva, el derecho a la libre determinación de los pueblos y comunidades indígenas no autoriza a las autoridades comunitarias a realizar actuaciones arbitrarias so pretexto de indagar un hecho delictuoso, argumentando que se siguen usos y costumbres, ya que su autonomía en la administración de justicia debe ser acorde con el orden jurídico vigente, con los principios generales de derecho, y con el respeto a los derechos humanos; de ahí que no las faculta para dictar órdenes de aprehensión o de cateo, ya que si lo realizan, la detención del supuesto inculcado es ilegal, en tanto que conforme al artículo 16 de la Constitución Federal, esas resoluciones únicamente pueden dictarse por un Juez previamente establecido, que funde y motive debidamente las causas legales del procedimiento”.

del derecho privado y recogen tímidamente normas y principios contenidos en la Ley Indígena para proteger sus tierras y resguardar la relación de los pueblos indígenas con sus territorios ancestrales (Chiriboga y Fuenzalida, 2013: 151-160).

“En general, la jurisprudencia chilena salvaguarda la hegemonía del derecho estatal y los principios que lo estructuran propendiendo a un modelo homogeneizador etnocéntrico antes que a uno tendiente al reconocimiento pleno de la pluralidad jurídica. Así, el sistema de justicia estatal presenta una débil consideración de las particularidades culturales y de los sistemas jurídicos de los pueblos indígenas” (Chiriboga y Fuenzalida, 2013: 151-160).

Los avatares del reconocimiento a la jurisdicción indígena, por un lado, y las barreras para el acceso de los indígenas a la jurisdicción estatal, se repiten país a país. Desde la ausencia de la legislación que la reconozca, hasta insuficiencias normativas donde sí se ha hecho, pasando por la falta de una reestructuración institucional y un cambio de perspectiva de los operadores de justicia, insuficiencias presupuestales, en capital humano, en las características de una eficaz administración de justicia y soslayo de elementos imprescindibles para ello.

Durante el Seminario, esta discusión fue sintetizada por Silvina Ramírez, integrante de la Asociación de Abogados de Derechos Indígenas de Argentina, quien precisó que habría que hacer una distinción entre la generación:

Buenas sentencias. Protectoras de derechos de los Pueblos Indígenas y que significan un avance porque generan jurisprudencia, generan precedentes relevantes para acompañar la lucha de los Pueblos Indígenas. Frente a estas buenas sentencias, en general tienen problemas en su ejecución, hay sentencias muy robustas, muy potentes para proteger derechos y los Estados no se hacen cargo de implementarlas, en el caso del Sistema Interamericano, son los Estados los que incumplen el mandato. En el caso de cortes constitucionales o cortes supremas, en realidad hay mandatos claros y muchas veces el mismo Estado no tiene en su diseño institucional o normativa, formas que aseguren el cumplimiento o ejecución; y sentencias regresivas, que no reconocen, ignoran o interpretan equivocadamente los derechos de los Pueblos Indígenas⁴⁰.