

# Bases para la resolución de los casos

## La Jurisdicción

*Juan Carlos Martínez*

Cada uno de los **casos** expuestos implica un análisis sobre la jurisdicción, es decir ¿quién ejerce la potestad del Estado de aplicar la ley a un caso concreto? y ¿qué ley resulta aplicable en cada uno de estos casos? El tema de derecho aplicable será abordado en un capítulo posterior, por lo que iniciaremos explorando los límites y alcances de la jurisdicción indígena.

En uno de los casos presentados observamos hechos graves que son juzgados dentro de la comunidad indígena, en el tercero son hechos cometidos por una mujer indígena, fuera de su comunidad pero ostentando su papel de autoridad comunal y el primero refiere a derechos fundamentales que son puestos en cuestión dentro del ámbito de la comunidad indígena. Todos estos conflictos entrañan dilemas jurídicos que el pluralismo jurídico debe atender de manera distinta y novedosa en contraste con el monismo.

Una de las primeras preguntas que debemos hacernos es si en verdad existe una jurisdicción indígena, o dicho en otras palabras, si sus autoridades tienen la potestad de dirimir sus conflictos aplicando su propio orden público interno.

### I. La libre determinación como precondition de la jurisdicción

Para entender la jurisdicción indígena como un derecho colectivo fundamental de los pueblos y comunidades indígenas, debemos partir del reconocimiento que hace el derecho internacional y la mayoría de las constituciones latinoamericanas de la existencia jurídica de estos pueblos, y con ello del derecho a la libre determinación y la autonomía de la que gozan. A partir de este primer reconocimiento vamos a encontrar legislaciones avanzadas en materia de pluralismo jurídico, como son la

colombiana, la ecuatoriana y la boliviana<sup>2</sup> y otras con un reconocimiento limitado a la jurisdicción indígena como son la peruana<sup>3</sup>, la guatemalteca y la mexicana. Posiblemente un carácter particular e intermedio lo encontramos en el pionero sistema de autonomías comarcales de Panamá.

La normatividad internacional ha establecido que “todos los pueblos del mundo tienen el derecho de libre determinación“, en virtud de este derecho “establecen libremente su condición política y proveen asimismo a su desarrollo económico, social y cultural”<sup>4</sup>. En cumplimiento de este derecho, en ningún caso podrá privarse a un pueblo de sus propios medios de subsistencia. Al respecto, diversos trabajos jurídico-antropológicos han documentado que los pueblos indígenas del continente asumen en diferentes formas parte de las funciones que corresponden al Estado para el adecuado desarrollo de su vida pública, es decir definen un orden social interno, formas de apropiación y distribución de la riqueza que existe y se produce en sus territorios, así como procedimientos e instituciones que hacen funcional este orden. Así mismo, dirimen las controversias que surgen de la convivencia social.<sup>5</sup>

Lo anterior significa que las definiciones normativas, los procedimientos y las instituciones creadas por los pueblos indígenas, *pueden ser considerados como derecho* en un sentido amplio de la expresión. Sin embargo éste mismo fenómeno visto desde un ángulo positivista reducido, podría ser entendido como antijurídico.

Paulatinamente las perspectivas del positivismo jurídico van resultando anacrónicas frente a nuevas producciones del derecho como las normas de derecho internacional, y muchas de derecho interno, que reconocen la libre determinación y la autonomía de los pueblos indígenas. Dichas normas están reconociendo que esas prácticas tradicionales que los pueblos desarrollan y han desarrollado, para mantener la cohesión social y solucionar sus conflictos también son derecho y a esto llamaremos *pluralismo jurídico*. Estos avances en ningún sentido significan que los pueblos indígenas estén autorizados a separarse o desoír las reglas de sus

---

2 Cabe destacar que la reciente Ley de Deslinde aprobada en Bolivia no es coherente con los avances logrados por su propia Constitución, pues acota de manera sustantiva los derechos reconocidos a estos pueblos para administrar justicia propia.

3 Contrariamente, en Perú el Poder Judicial ha iniciado un impresionante proceso de coordinación entre la justicia estatal e indígena, que indiscutiblemente lo ponen a la vanguardia en materia de pluralismo jurídico, a pesar de que su legislación no tiene alcances notables.

4 *Declaración sobre la concesión de la independencia a los países y pueblos coloniales*, Resolución 1514 (XV) de la Asamblea General, de 14 de diciembre de 1960.

5 Ver trabajos de Leopold Pospisil, Max Glukman, Laura Nader, Jane Collier, John y Jane Comaroff, Javier Albó, María Teresa Sierra, Deborah Pool, Victoria Chénaut, Jacinto Ticona, Juan Carlos Martínez, Esther Sánchez, Milka Castro, Raquel Yrigoyen, Fernando García, Edgar Esquit, Rachel Sieder, André Hoekema, Guillermo Padilla, Carlos Durand y Carmen Cordero, entre otros.

propios Estados, pero sí significa que los Estados deben definir los ámbitos de competencia y los alcances del ejercicio de derechos colectivos que tiene los pueblos indígenas.

Diversas constituciones latinoamericanas, reformadas entre finales de la década de los ochenta hasta nuestros días, retoman la fórmula del Convenio 169 de la Organización Internacional del Trabajo (OIT), que señala que se debe entender como pueblos indígenas a:

[...] aquellos que descienden de poblaciones que habitaban en el territorio actual del país al iniciarse la colonización y que conservan sus propias instituciones sociales, económicas, culturales y políticas, o parte de ellas.

Como consecuencia de este reconocimiento, los pueblos indígenas tienen derecho de controlar sus instituciones propias, así como su desarrollo social y cultural dentro del marco del Estado en que viven, a través de medios que garanticen los principios de participación y consulta en la toma de decisiones que les afectan. Ello implica que los Estados respeten la integridad de los valores, prácticas e instituciones que se derivan de su identidad como pueblos indígenas.

Ahora, si bien es cierto que el Convenio 169 de la OIT, elaborado en el año 1989, no menciona específicamente los términos “libre determinación” o “autonomía”, es una realidad que hoy estos derechos están ampliamente reconocidos en la legislación de los países de América Latina y del derecho internacional, específicamente quedaron reconocidos como tales en la reciente Declaración de las Naciones Unidas sobre los Derechos de los Pueblos Indígenas del 2007 (DNUPI), lo que hace inequívoca la tendencia de los sistemas jurídicos hacia el llamado pluralismo jurídico.

De lo anterior se desprende que el pueblo reconocido como indígena, adquiere una serie de prerrogativas como sujeto colectivo, que se ejercen frente al Estado nacional, no sólo como gobernados, sino como copartícipes de las tareas y funciones destinadas del Estado en sus territorios y circunscripciones. En este sentido, los pueblos indígenas hacen parte del pacto constitucional de los países que los vienen reconociendo.

En relación con el ejercicio de este derecho, el Convenio 169 de la OIT, ha establecido que:

1. Los gobiernos deberán asumir la responsabilidad de desarrollar, con la participación de los pueblos interesados, una acción coordinada y sistemática con miras a proteger los derechos de esos pueblos y a garantizar el respeto de su integridad.
2. Esta acción deberá incluir medidas:

- a) que aseguren a los miembros de dichos pueblos gozar, en pie de igualdad, de los derechos y oportunidades que la legislación nacional otorga a los demás miembros de la población;
- b) que promuevan la plena efectividad de los derechos sociales, económicos y culturales de esos pueblos, respetando su identidad social y cultural, sus costumbres y tradiciones y sus instituciones [...]

En el Proyecto de Declaración Americana sobre Derechos de los Pueblos Indígenas (DADIN), aún no aprobado, existe el acuerdo de que los Estados deben reconocer plenamente: “la personalidad jurídica de los pueblos indígenas, respetando las formas de organización indígenas y promoviendo el ejercicio pleno de los derechos reconocidos en esta Declaración”.

En el mismo proyecto también existe acuerdo en que

[...] los pueblos indígenas tienen derecho a mantener, expresar y desarrollar libremente su identidad cultural en todos sus aspectos, libre de todo intento externo de asimilación.

Por su parte, la DNUPI dispone que para el ejercicio del derecho de libre determinación:

[...] los indígenas tienen derecho, como pueblos o como personas, al disfrute pleno de todos los DDHH y las libertades fundamentales reconocidos por la Carta de las Naciones Unidas, la Declaración Universal de DDHH y la normativa internacional de los DDHH.

Así mismo, este instrumento señala que:

Los pueblos indígenas tienen derecho a la libre determinación. En virtud de ese derecho determinan libremente su condición política y persiguen libremente su desarrollo económico, social y cultural.

Reforzando esta idea, el artículo 4º de la DNUPI señala que

[...] los pueblos indígenas, en ejercicio de su derecho de libre determinación, tienen derecho a la autonomía o al autogobierno en las cuestiones relacionadas con sus asuntos internos y locales, así como a disponer de los medios para financiar sus funciones autónomas.

además del:

[...] derecho a conservar y reforzar sus propias instituciones políticas, jurídicas, económicas, sociales y culturales, manteniendo a la

vez su derecho a participar plenamente, si lo desean, en la vida política, económica, social y cultural del Estado.

En este mismo instrumento se ha reconocido que los pueblos y las personas indígenas, tienen derecho a pertenecer a una comunidad o pueblo indígena, de conformidad con las tradiciones y costumbres del mismo.

De este derecho fundamental a la libre determinación, se desprende el reconocimiento de los sistemas normativos de los pueblos indígenas, sus instituciones propias y el correspondiente ejercicio de la jurisdicción por parte de las autoridades indígenas.

## II. La jurisdicción indígena como acceso a la justicia

En los **tres casos** se presentan conflictos que deben ser resueltos por una autoridad imparcial y el Estado está obligado a garantizar la realización de un juicio justo, así se plasma en todas las constituciones de la región así como en los tratados internacionales de DDHH.

Como un derecho de seguridad jurídica, en los tres casos hay agraviados que pueden excitar a los tribunales, en el **primero** serían los individuos que conforman la minoría religiosa, en el segundo sería la mujer que fue violada y cuyo marido fue asesinado, además de la sociedad, y en el **tercero**, de la mujer que cometió el delito de portación de armas y contra la salud, la agraviada sería la sociedad y

Ahora bien, ¿ante qué tribunal se debe garantizar el derecho de acceso a la justicia? De acuerdo con lo arriba señalado, los pueblos indígenas, en el ejercicio de su derecho a la libre determinación, tienen derecho a resolver sus conflictos internos de acuerdo con las normas, los procedimientos y las instituciones que ellos mismos se han dado, y que son reconocidos por los Estados nacionales que podemos definir como pluralistas o multiculturales. *Esto es jurisdicción*, es decir la potestad que tiene la colectividad de dirimir controversias, y en el último extremo, usar la fuerza pública legítima para hacer valer sus decisiones, de acuerdo con las reglas propias de la colectividad. Así pues, el requisito indispensable para que exista la jurisdicción en un Estado democrático, es que esté reconocida por las normas fundamentales de cada país.

En la etapa actual de la evolución de los derechos indígenas en nuestros países y en el derecho internacional dicha jurisdicción, está reconocida en formas semejantes a la siguiente:<sup>6</sup>

---

6 Véase cuadro comparativo de legislaciones en el anexo a este Manual.

[...] los pueblos y comunidades indígenas tienen derecho a la libre determinación para aplicar sus propios sistemas normativos en la regulación y solución de sus conflictos internos.

Con base en este tipo de reconocimiento de la jurisdicción indígena, los integrantes de los pueblos tendrían el derecho de acceder a los tribunales del Estado, entendiendo que las autoridades indígenas son parte de este nuevo Estado pluralista. Lo que queda por definir, y esto en buena medida puede ser tarea de los propios jueces ordinarios y las altas cortes de los respectivos países, es la **distribución de competencias adecuada** de acuerdo a los temas en que estén facultados para resolver dichas autoridades. Como corolario, los pueblos indígenas podrán ejercer su jurisdicción lo que implica la facultad de hacer cumplir sus resoluciones.

En los casos señalados hay **diversos tipos de conflicto y diversos tipos de agravados**, así mismo los países tiene distintos tipos de regulación que dan pistas para la distribución de competencias. Podemos caracterizar diferentes modelos de reconocimiento en América Latina, uno alto como lo es el de Colombia, Bolivia y Ecuador, a quienes podemos reconocer como países garantistas en términos de pluralismo jurídico, países de garantismo medio, como Panamá y Guatemala, y países de bajo reconocimiento explícito como México y Perú, aunque como señalamos el Poder Judicial del país andino ha dado un salto cualitativo que los distancia claramente de México. No obstante, en todos ellos existe y se aplica la justicia indígena con un nivel de reconocimiento del derecho.

Dado que en todos los países existe justicia indígena y normas que le dan reconocimiento la pregunta será ¿qué casos son de su competencia y cuáles no? La respuesta variará de acuerdo al tipo de caso, al tipo de sujetos involucrados y al país correspondiente.

Así, el efectivo acceso a la justicia se traduciría en:

- a) que sea respetado el ejercicio de la jurisdicción indígena y
- b) que las personas indígenas puedan acceder en igualdad de oportunidades dentro de su comunidad a las autoridades tradicionales para la resolución de un conflicto y
- c) que la decisión correspondiente sea, al igual que la del Estado, producto de un juicio justo, adecuado a la perspectiva cultural y normativa local.

### III. Derecho a la jurisdicción indígena

Como antes señalamos, este derecho se refiere a la facultad de los pueblos y comunidades indígenas para aplicar sus propios sistemas normativos (que comprenden

normas, autoridades y procedimientos propios) en la regulación y solución de sus conflictos internos. Correlativamente es el derecho de los individuos indígenas a acceder a las instituciones establecidas por su propio pueblo, las cuales se entienden adecuadas a su cultura jurídica.

En el **primer caso** observamos que dentro de la comunidad se está transgrediendo una norma interna dentro del territorio comunal o indígena, relativa a la cohesión comunitaria, sin embargo dicha norma contraviene otro derecho que es el de la libertad de culto. En este caso, la autoridad debe ponderar qué derecho debe prevalecer o bien cómo armonizar ambos. En todos los países este es un típico conflicto interno y por lo tanto es competencia de la justicia comunal. En el supuesto presentado la comunidad conoce y resuelve la prohibición de un culto ¿debieron conocer las autoridades indígenas de este caso?, ¿debe ser reconocida como válida esta resolución?

En el **segundo caso** hay hechos delictivos cometidos contra dos miembros de la comunidad indígena, dentro del territorio indígena. Los sujetos activos son un miembro de la comunidad y un vecindado. La comunidad conoce el asunto y lo resuelve. ¿Debió conocer el asunto la autoridad indígena?, ¿debe ser tomada como válida su resolución?

En el **tercer caso** son hechos cometidos por una mujer, autoridad indígena, fuera del territorio de su comunidad y conoce la autoridad del Estado. ¿Es competente la autoridad estatal?

De acuerdo con el artículo 8 del Convenio 169 de la OIT, los pueblos indígenas tienen:

[...] el derecho de conservar sus costumbres e instituciones propias, siempre que éstas no sean incompatibles con los derechos fundamentales definidos por el sistema jurídico nacional ni con los DDHH internacionalmente reconocidos. Siempre que sea necesario, deberán establecerse procedimientos para solucionar los conflictos que puedan surgir en la aplicación de este principio. [énfasis añadido]

Respecto de la materia penal, el derecho internacional en materia indígena, es decir tanto el Convenio 169 de la OIT como la DNUDPI, reconocen a los pueblos la facultad de reprimir los delitos cometidos por sus miembros conforme a sus métodos tradicionales, en la medida en que ello sea *compatible con el sistema jurídico nacional y con los DDHH internacionalmente reconocidos*. Sin embargo, no exige que el sistema tradicional tenga que replicar las normas o formalidades específicas de los sistemas estatales, sino ser compatible respecto a la protección de derechos fundamentales. La DNUDPI lo establece de la siguiente manera:

#### Artículo 34

Los pueblos indígenas tienen derecho a promover, desarrollar y mantener sus estructuras institucionales y sus propias costumbres, espiritualidad, tradiciones, procedimientos, prácticas y, cuando existan, costumbres o sistemas jurídicos, de conformidad con las normas internacionales de DDHH.

#### Artículo 35

Los pueblos indígenas tienen derecho a determinar las responsabilidades de los individuos para con sus comunidades.

El derecho de conservar sus costumbres e instituciones propias, así como el de determinar las responsabilidades de los individuos para con sus comunidades, deviene necesariamente en el derecho a la jurisdicción indígena.

Se concluye que el derecho a la jurisdicción indígena, implica lo siguiente:

1. Que los pueblos y comunidades indígenas gozan del derecho colectivo de crear y aplicar sus propias normas, como parte del derecho de libre determinación.
2. Que los sistemas normativos internos de los pueblos y comunidades indígenas deben ser reconocidos por los Estados.
3. Que las autoridades tradicionales de los pueblos y comunidades indígenas tienen la facultad de resolver sus conflictos internos conforme a su propio sistema normativo (en diferentes materias: civil, familiar, penal, administrativo, etc.), respetando los mínimos de los DDHH internacionalmente reconocidos y los principios constitucionales.
4. Que en la práctica judicial, las resoluciones de las autoridades indígenas, emitidas en el ámbito de su competencia, deben ser respetadas por las autoridades de otras jurisdicciones.

De acuerdo con estos argumentos, en el **primer caso** sí es competencia de la autoridad indígena conocer y sancionar, sin embargo los miembros de la minoría religiosa tiene otros derechos fundamentales como serían a) la libertad de culto y b) el derecho a un recurso contra la resolución de sus propias autoridades. Así, podemos entender la resolución indígena como una sentencia de primera instancia, que no deja sin efecto la posibilidad de recurrir a otro tribunal para recurrir dicha resolución, ¿pero cuál sería ese otro tribunal?.

Evidentemente los recursos no puede ser conocidos otra vez en primera instancia, y el tribunal revisor no tiene como materia los hechos motivo del conflicto, sino la legalidad de la resolución indígena. Típicamente el tribunal que debe



analizar esta resolución debe ser **aquel que en el país tenga competencia para revisar la constitucionalidad de los actos de otras autoridades** —la autoridad indígena en este caso— y **no el tribunal que resolvería en primera instancia este conflicto**. Ahora bien, en los países de control difuso de la constitucionalidad el proceso lo pueden llevar otras instancias además de las altas cortes.

En el **segundo caso** también hay una resolución de la autoridad indígena. En los países de normatividad avanzada éste sería un caso de competencia de la autoridad indígena y la apelación tendría que ser revisada por un tribunal de constitucionalidad, mientras que en los países de medio y bajo reconocimiento puede haber un debate entre declarar nulo el juicio realizado por las autoridades indígenas o revisar la sentencia en segunda instancia ante el tribunal de alzada correspondiente.

Ahora bien, el caso tiene un nivel de complejidad dado que **uno de los sujetos activos no es indígena**. Aquí podemos ver un matiz en el reconocimiento entre los países de normatividad avanzada; Colombia ha desarrollado tesis jurisprudenciales (ver capítulos sobre derecho aplicable y principio de legalidad y debido proceso en esta misma obra) que apuntan a la validez personal de las normas indígenas, posiblemente en este caso la autoridad indígena no tendría competencia para juzgar al no indígena, mientras que en Bolivia (artículo 2º constitucional), y Ecuador (artículo 171 de la Constitución), el énfasis de la jurisdicción indígena está en la territorialidad, es decir los indígenas son competentes para resolver hechos cometidos dentro de su jurisdicción territorial, y con toda probabilidad en estos países se reconocerá la competencia de la autoridad para conocer los hechos de la persona no indígena que delinquiró en su territorio.

Este razonamiento nos lleva a entender que en el **tercer caso**, dado que el **delito fue cometido fuera del territorio indígena**, éste deberá ser conocido por las autoridades del Estado, pero el juicio como veremos, deberá “tomar en cuenta” la cultura y las normas de la comunidad indígena. Solamente en el caso colombiano existirá la posibilidad de remitir a la infractora indígena a sus autoridades propias.

#### IV. El respeto del derecho a la jurisdicción

Como antes señalamos, muy diversos estudios socio-jurídicos y socio-antropológicos, muestran que las comunidades indígenas del continente tienen sistemas jurídicos propios, que son reconocidos y vitales en sus contextos, y que tienen la capacidad de promover, favorecer, obligar e inhibir conductas de sus individuos. Con frecuencia, estos sistemas, asociados a una cultura campesina contienen **sanciones corporales o vinculaciones religiosas a las que el derecho moderno se opone**, y que han generado diversos juicios y sobre todo prejuicios en contra de los sistemas normativos indígenas. Estas perspectivas los señalan como abusivos

y bárbaros, pero lo cierto es que muy pocos juristas y jueces los conocen y los comprenden en su justa dimensión y racionalidad. El reto hoy en día es que, como antes señalamos, la ley los reconoce y esto hace que tales prácticas ya no sean simplemente antijurídicas, sino que forman parte de nuestros sistemas jurídicos y, por tanto, se requiere una ponderación entre dichas costumbres por un lado y principios y derechos inalienables reconocidos a nivel nacional como internacional por el otro.

En amplias regiones del continente, particularmente en regiones inaccesibles-desérticas, selváticas o de alta montaña, los pueblos indígenas han desarrollado estrategias de adaptación y en ellas controlan la convivencia, proveen servicios y sancionan conductas con una participación marginal de los Estados y sus autoridades. Sin las instituciones de estos pueblos aquellas serían tierras de nadie. Lo que ha **garantizado la coexistencia y reproducción social** en estas regiones no son los Estados, sino los propios pueblos. En la práctica, la resolución de la mayoría de los conflictos, a veces pequeños a veces grandes, que surgen en estos territorios, es competencia indígena y no de los juzgados ordinarios. Por ésta razón, en los dos primeros **casos** el análisis jurídico debe tomar muy en serio el papel de la autoridad indígena y en todo caso revisar la constitucionalidad de sus determinaciones y no desecharlas *a priori*.

Ahora bien, es frecuente que, como en todo juicio, alguna de las partes quede inconforme y es entonces cuando se acude a la autoridad estatal. Esto es razonable, el problema está en que el **juez estatal**, desconociendo, en contra del reconocimiento constitucional o internacional público, los principios del pluralismo jurídico, ignore las resoluciones tomadas por sus pares indígenas lo cuál puede ser visto como discriminación. A veces el juez estatal incluso procesa o persigue a las autoridades que legítimamente aplicaron sus propios sistemas normativos, menoscabando con ello la estructura del Estado plural.

Muchos actores del sistema de justicia estatal aseveran que no existe una jurisdicción indígena, o que existen obstáculos importantes para su ejercicio, mostrando un **desconocimiento o limitada interpretación** de las leyes que al respecto se han promulgado en sus países. También es común que las autoridades jurisdiccionales reflejen esquemas de interpretación rígido que debilitan una mejor comprensión y coordinación de sistemas jurídicos.

Para la **adecuada coordinación de sistemas jurídicos**, se requiere que los jueces ordinarios comprendan que, de acuerdo con la normativa aplicable del Derecho Internacional Público y su desarrollo en las constituciones y leyes internas, la generación de normas y el desarrollo de los juicios, no es un monopolio de las instituciones del Estado monista, sino que pueden surgir también de los pueblos indígenas como partes constitutivas de los Estados latinoamericanos. En esta perspectiva, la jurisdicción indígena conlleva no sólo *la aplicación de una normativa*

*propia*, sino también un sistema jurisdiccional *con procedimientos y autoridades propios* para la aplicación de la misma.

Los trabajos de antropología jurídica muestran que en los pueblos y comunidades indígenas, existen principios como la reparación, la conciliación, el restablecimiento del orden, la participación solidaria en las conductas de los individuos entre otras, que bien pueden ser entendidas como formas razonables de hacer justicia desde un contexto cultural específico. También es cierto que en muchos casos se siguen usando **penas corporales** como trabajo comunitario, el uso de cepos, ortiga, baños de agua fría, entre otros, generando situaciones que deben ser primero comprendidos para saber cuál o cuáles son los valores jurídicos protegidos por esas instituciones, y después valorados desde una **perspectiva intercultural** de los DDHH tal como lo ha hecho, de manera particular, la Corte Constitucional de Colombia.

No obstante los “excesos” que pueden percibirse desde una posición cultural, es común encontrar que en las comunidades indígenas, sus propios sistemas normativos, tienen **gran aceptación** entre sus miembros. Día con día decenas de personas acuden a los espacios comunitarios de justicia a plantear sus problemas y buscar soluciones. Con frecuencia estos procesos concluyen en conciliación, construcción de acuerdos y salidas negociadas, sin negar que en los mismos se utilicen algunas medidas coercitivas que por lo general son conocidas y aprobadas, éstas no suelen ser la sanción final, sino parte del proceso para modificar las perspectivas de los involucrados, para mover a los sujetos de una perspectiva unidimensional sobre los hechos que están quebrantando el **orden comunitario**.

Con frecuencia, quienes ocupan el papel de juzgadores en las comunidades son **vecinos** que han ascendido en el **sistema local de cargos**, que tienen un gran conocimiento sobre la comunidad, sus problemas y sus tradiciones y que además gozan de un **prestigio moral**, en algunos casos son incluso personajes vinculados a los **principios sagrados** que dan cohesión al pueblo. En esta perspectiva los juicios comunitarios por lo regular cuentan con los requisitos de **independencia** del juez, una **segunda instancia** que suele ser la reunión de todas las autoridades o de la asamblea comunitaria, **publicidad** de las audiencias y las resoluciones, lo que hace posible una rendición de cuentas puntual ante su pueblo.

## V. Distribución de competencias y la articulación de los sistemas indígena y estatal

La existencia de varias jurisdicciones presume una distribución de competencias y la articulación de las mismas. Es común que en la **práctica jurisdiccional** de nuestros países se asigna, de manera tácita o explícita, la competencia de asuntos

simples, sin distinguir materia, a la jurisdicción indígena, mientras que los asuntos considerados **graves** son remitidos a la justicia estatal. Sin embargo, “lo grave” por lo general no está catalogado en las normas, y su **frontera puede ser difusa y cambiante** de acuerdo a la cultura y al tiempo. La línea entre lo “grave” y “no grave” es relativa y no depende necesariamente de una apreciación del código penal. En muchas comunidades indígenas latinoamericanas, las autoridades entrarán a resolver conflictos que se suscitan aún cuando la ley los puede calificar como graves, cuando se encuentra dentro de sus sistemas normativos, como es el caso de los dos ejemplos a que nos hemos referido en el preámbulo.

En este sentido, de acuerdo con diversos estudios se reporta que las comunidades indígenas latinoamericanas resuelven casos relacionados con daños, lesiones, robos, “de borrachitos”, abandono de personas, difamación, violencia familiar, herencias, problemas respecto a límites de tierras, rapto, portación de armas blancas, amenazas, cacería prohibida, abigeato (robo de ganado), asaltos, conflictos relacionados con la tala de árboles o incendios que se dan por accidente y en algunas comunidades hasta violaciones u homicidios. Esta asignación de competencias es ajena, por lo general, a las disposiciones de las leyes penales, sin embargo la actividad judicial de las comunidades permite **desahogar una gran cantidad de conflictos sociales** que rebasarían las posibilidades de los juzgados estatales. Vemos en este fenómeno, interpretado a la luz de los nuevos desarrollos legales en materia de reconocimiento de derechos indígenas, que las leyes reglamentarias que prohíben a las autoridades indígenas resolver sus conflictos internos de acuerdo a sus propios sistemas normativos, requieren de un análisis detallado de los juzgadores en cuanto a su compatibilidad con la normativa constitucional e internacional. Son frecuentes los casos en donde las instituciones formales como jueces, ministerios públicos u *ombudsman* interfieren en el ejercicio de las facultades de las autoridades indígenas sin reconocerlas en principio como autoridad y sin tomar en cuenta las especificidades culturales del sistema jurídico indígena que se manifiesta a través de las resoluciones comunitarias. Esta **interferencia desinformada** suele crear inestabilidad interna y procesos de descomposición del tejido social, mismas que las nuevas normas constitucionales buscan promover y respetar.

Son frecuentes los casos en los que **miembros de la comunidad utilizan la justicia del Estado para eximirse** de prestar servicios a la comunidad, para evitar sanciones por conductas contrarias al pueblo, para dejar de participar en las festividades comunes, para sobreponer su voluntad individual sobre el espíritu colectivo que mantiene viva a la comunidad, entre otros. En todos estos casos la actuación de las instancias estatales pierde de vista la especificidad e identidad cultural y política de la comunidad, lo que les lleva a ignorar la resolución tomada por la autoridad indígena, subvertirla; en el peor de los casos persiguen a estas autoridades como delinquentes comunes. Todas estas conductas son inconstitucionales. Recae,

por tanto, en el juzgador estatal la compleja tarea de ponderar los derechos individuales invocados, por un lado, y por el otro los derechos colectivos propios de las comunidades originarias, partiendo de una lectura intercultural de los estándares constitucionales e internacionales. Mientras el Estado no puede permitir una violación del núcleo de los derechos fundamentales de los individuos que forman parte de comunidades indígenas, derechos garantizados en la propia constitución y tratados internacionales, tampoco debe el juzgador contribuir a la desintegración de estas comunidades, a su vez protegida legalmente, permitiendo un “forum shopping” por parte de sus miembros según la conveniencia de cada caso.

Ahora bien, *contrario sensu*, es importante que la **autoridad indígena entienda la jurisdicción del Estado** y tenga disposición de articular y coordinar sus funciones, sin embargo es importante que perciba la misma voluntad intercultural de jueces y autoridades estatales, pues en caso contrario habrá una tendencia a esconder sus propias actuaciones y esto sí generará un clima propicio para el abuso y la injusticia de las propias autoridades indígenas. Por lo general las autoridades indígenas son conscientes que algunos asuntos de sus demarcaciones merecen ser llevados a la justicia estatal e históricamente lo han hecho. En algunos casos también colaboran haciendo detenciones, llevando citatorios y notificaciones y declarando testigos que no se pueden presentar hasta las cabeceras donde se asientan los juzgados.

Por otra parte, la **distinción material del derecho como ámbito de competencia** por lo general no opera en las comunidades, donde la distinción entre materia penal, civil, familiar, agraria, etc. no se da o por lo menos no se da con igual precisión que en los juzgados estatales. La lógica de la justicia comunitaria es atender el conflicto como una unidad con todas sus vertientes, incluso en muchos casos se mezcla una perspectiva trascendente, espiritual o religiosa sobre el orden material. En estos sistemas de creencias, el conflicto rompe con la relación entre **el plano material y el espiritual**, por tanto la resolución de los mismos implica el restablecimiento del orden trascendente. Desde esta perspectiva, la separación material del derecho entorpece y limita la atención de un conflicto entendido de manera integral.

Por lo que toca al **ámbito de validez espacial y personal**, la regla es que las autoridades indígenas son competentes para conocer asuntos de personas indígenas por conductas cometidas dentro de territorios indígenas. No obstante, es importante señalar que en algunos territorios indígenas se asientan personas no indígenas o bien viven ahí de manera temporal, como se presenta en el **caso 2** del homicidio, robo y violación en el que participa un vecindado no indígena. En estos casos, la justicia indígena puede, según la normativa o jurisprudencia vigente, llegar a personas externas por el hecho de estar establecidas en sus territorios. Es previsible que con el desarrollo del derecho plural, el derecho tienda al

establecimiento de **tribunales interculturales** en donde se intente dirimir controversias poniendo en juego los **diferentes referentes normativos que coexisten** en un mismo territorio, particularmente **territorios urbanos** poblados de indígenas migrantes y no-indígenas.

No obstante, hasta ahora la mejor salida es que prive el criterio de la **territorialidad** sobre los ámbitos personales de validez. es decir, resulta importante que quienes se asienten en territorios indígenas comprendan que ahí están constituidas unidades políticas reconocidas jurídicamente que tienen derecho de definir normas, procedimientos e instituciones propias y de las cuales no se pueden eximir los no-indígenas, así como los indígenas que salen de sus territorios suelen ser juzgados por tribunales ordinarios, por lo general en condiciones desventajosas.

En términos generales existe la urgencia de **definir las demarcaciones indígenas** para resolver la competencia de sus autoridades, no obstante seguirán existiendo **diversas zonas de traslape** entre la jurisdicción indígena y la jurisdicción estatal. Para estos casos será indispensable avanzar en la **coordinación de “las justicias”** a partir de resoluciones de las altas cortes para que vayan creando precedentes casuísticos, y desarrollando los principios plasmados en las constituciones nacionales. Estos precedentes tienen que estar basados en **criterios jurídicos claros e información etnográfica profesional** para definir las competencias. Sobre todo es importante usar peritajes jurídico-antropológicos que permitan a los juzgadores de las altas cortes, conocer si los hechos abordados por la autoridad indígena son y han sido resueltos tradicionalmente en ese contexto, si existen normas propias en referencia al asunto concreto y cuáles son los procedimientos que se siguen.

Es importante señalar que las leyes secundarias que asignan competencia específicas a las autoridades indígenas, como la legislación penal en el Estado de Oaxaca, México, o la Ley de Deslinde de Bolivia, son contrarias al espíritu constitucional que reconoce autonomía al sujeto colectivo —pueblo indígena— para definir sus propios sistemas normativos. Es decir, es facultad de los pueblos indígenas establecer las normas, las autoridades y los procedimientos que definan las conductas que serán prohibidas, permitidas y obligadas en ese contexto. En coherencia con los nuevos principios constitucionales, la relación entre los individuos indígenas y la colectividad debe ser definida por la propia comunidad indígena y no por la legislación secundaria general. Para el caso de comunidades con derecho no escrito, la prueba idónea que permitirá al juez conocer los marcos normativos de ese sistema normativo será una prueba pericial antropológica (ver *supra*).

Las **leyes secundarias** que definen las conductas que pueden conocer las autoridades indígenas restan a los pueblos indígenas la posibilidad real de que sus autoridades asuman la jurisdicción que se desprende de sus propios sistemas normativos. El contenido específico que se da a las autoridades indígenas para ejercer su competencia en materia penal no tiene ni fundamento jurídico claro, ni

socio-antropológico y tampoco responde a lo que es la práctica de las autoridades indígenas donde comúnmente resuelven un número importante de conflictos locales, más allá de las competencias que les ceden estas leyes secundarias.

## VI. El ejercicio de la jurisdicción indígena desde la perspectiva de los DDHH

De acuerdo con el derecho internacional, como se ha mencionado, la autonomía indígena puede ejercerse libremente sin más limitante que el respeto a los DDHH. Con estas bases, debe tenerse en cuenta que la **concepción y vivencia cotidiana de los DDHH no es homogénea ni uniforme entre distintas sociedades, grupos o naciones**. Para armonizar las normas indígenas y los DDHH se deben hacer **interpretaciones contextualizadas** de los valores que salvaguardan los DDHH y aquellos que son protegidos por las normas indígenas.

Estas interpretaciones jurídicas deben ponderar en el caso concreto si en efecto hay una **contraposición entre los DDHH y la norma indígena**. La violación a los derechos se puede dar por abusos de la autoridad indígena, lo cuál implica sanción directa, o bien porque actuando conforme a sus sistemas normativos, la autoridad esta violando principios de DDHH. En este segundo caso, se debe establecer un **diálogo intercultural** que permita a las autonomías indígenas reformar sus sistemas normativos a fin de dar a sus individuos las mejores condiciones de vida dentro de sus contextos específicos, sin renunciar a sus propias concepciones de vida buena y a las necesidades de esa colectividad para reproducirse y ser viables.

En todo caso, la idea difundida de que los sistemas normativos indígenas son *a priori* violatorios de los DDHH, suele ser un prejuicio discriminatorio que no parte del análisis jurídico ponderado, sino de casos aislados con frecuencia asociados al descontrol que causa su falta de reconocimiento en comunidades específicas.

El **enfoque jurídico monista** hace que los administradores de justicia estatales perciban a las autoridades indígenas como adversarios o violadores del derecho en lugar de percibirlos como pares, o incluso **aliados de un sistema jurídico pluralista** que permite mantener la institucionalidad, el orden y la convivencia social dentro de los respectivos países, particularmente en regiones de diversidad étnica. En otras palabras, **tanto las autoridades indígenas como las estatales, son corresponsables de la manutención de un estado de derecho democrático de las naciones pluriculturales y por supuesto de uno de sus pilares fundamentales: los DDHH**, que lejos de ser un patrimonio de las autoridades estatales, son un discurso que impulsa a una sociedad a vivir en paz, armonía y prosperidad. Los DDHH son prerrogativas de las personas que se ejercen frente al Estado y no prerrogativas de los Estados para limitar las formas de vida de las personas.

La definición de un catálogo de conductas que atentan contra los valores de una sociedad es propia de cualquier sistema normativo. Su definición es pues una lógica expresión de la autonomía, que permite a los pueblos indígenas decidir sus formas de convivencia y organización social y política tal y como se les garantiza en las constituciones y los instrumentos internacionales recientes. También tienen derecho de aplicar estas normas si se sujetan a los principios de las constituciones nacionales y al respeto de los DDHH, entendidos de la forma dialógica que hemos señalado antes, en particular a los DDHH de las mujeres. Alguien podría suponer que la aplicación de los sistemas normativos indígenas puede contravenir, por ejemplo, el derecho a un debido proceso, al principio de legalidad o al de exacta aplicación de la ley penal, todos ellos DDHH reconocidos. Sin embargo, una interpretación más acuciosa mostrará que siendo el reconocimiento de la pluriculturalidad otro principio de DDHH, así como el derecho a la libre determinación de los pueblos indígenas, la legalidad que se debe aplicar en estos casos, así como los principios del debido proceso, **no son los de la justicia ordinaria, sino la emanada de sus propios sistemas normativos que también están reconocidos constitucionalmente**. El compromiso del pueblo indígena con el Estado es actualizar tales principios en sus sistemas normativos; en tal sentido no es la autoridad indígena la que inventa la conducta reprochable en cada caso, si no que aplica lo que previamente se definió en su comunidad a través de sus propias instituciones, tradiciones y procedimientos de formalización de la norma.

Eso es lo que tiene que probar la comunidad y no su apego a los códigos penales o demás leyes secundarias. Es decir, si bien las instituciones indígenas están obligadas a respetar los mínimos establecidos en las constituciones y los tratados internacionales, el parámetro para determinar si respetan los principios de DDHH no puede ser la legislación secundaria, sino los principios más generales adecuados al propio entorno cultural, político, económico y social que la propia Constitución y los instrumentos internacionales reconocen y protegen.

En este caso, es encomiable la forma en que ha resuelto la Corte Constitucional de Colombia, al establecer ciertos mínimos que deben respetar los sistemas normativos indígenas, y de ahí en fuera, es facultad de sus propias autonomías definir sus contenidos normativos y procedimentales.

Esta argumentación no hace una defensa irrestricta de los sistemas normativos indígenas. Como en todo estado democrático, éstos deben **respetar determinados valores elevados al rango de DDHH** por la comunidad internacional. Lo que se cuestiona es el proceso de **descalificación a priori**. El análisis de la normatividad indígena podría conducir a la derogación de normas al interior de la comunidad de manera que se aseguren los derechos de las mujeres u otros sectores de población discriminados al interior de la propia comunidad. Pero en todos los casos, el proceso que determine los cambios necesarios debe realizarse mediante un **diálogo**



respetuoso que parte del reconocimiento de la libre determinación de los pueblos y la legitimidad de sus autoridades. Respecto a las reglas específicas de garantía en el sistema estatal de justicia, estas deben ser analizadas a la luz de la lógica de los sistemas normativos indígenas y los mínimos que deben respetarse de acuerdo con las exigencias en materia de DDHH.

Mención especial merecen los **linchamientos** que con frecuencia se observan en regiones indígenas de América. El linchamiento, es un acto sin duda condenable, **pero no necesariamente es parte de los sistemas normativos indígenas**. Con frecuencia, el linchamiento es una medida desesperada de la comunidad que sabe que en sus regiones priva la impunidad dado que el Estado no sanciona de manera eficaz a los infractores y tampoco existe una institucionalidad propia, fuerte y reconocida en sus localidades que pueda hacer frente de manera eficaz a hechos delictivos. Fortalecer la justicia indígena, más que avalar un linchamiento, representaría un freno a los mismos. Si en alguna comunidad el linchamiento es efectivamente una medida admitida por las reglas internas del pueblo, el Estado debe intervenir para prohibirlos, pero no sería razón suficiente para desaparecer a las autoridades reconocidas constitucionalmente.

En resumen, para evaluar si el derecho indígena de determinada comunidad, así como si las resoluciones de sus autoridades tradicionales, se adecuan o no a los principios de DDHH, se hace necesaria la creación de mecanismos jurisdiccionales para analizar, bajo una perspectiva no formalista, la **esencia del valor protegido por cada derecho**. En este caso la hermenéutica judicial será imprescindible para que la autoridad competente pueda revisar bajo parámetros pluralistas si ese valor tutelado se respeta y se defiende de acuerdo con criterios mínimos universales, tomando en cuenta que cada comunidad puede aplicar esos principios y estándares de maneras distintas.

Esta perspectiva de análisis permitiría resguardar la esencia del valor protegido desde la óptica de los DDHH (v. gr. evitar la privación arbitraria de la libertad) a la luz de parámetros de referencia determinados por las comunidades, en el contexto de sus propios sistemas normativos internos. Se podría asegurar que los pueblos y comunidades indígenas determinaran sus propios procedimientos, al tiempo que se asienten los criterios de mínimo cumplimiento en los dos sistemas con base en los estándares reconocidos internacionalmente para la protección de los DDHH.

Para entender más profundamente la compatibilidad de las resoluciones indígenas con los DDHH, es importante atender la reflexión del Relator Especial de Naciones Unidas sobre la Situación de los DDHH y las Libertades Fundamentales de los Indígenas:

[...] según algunos, el derecho consuetudinario de los pueblos indígenas no ofrece suficientes garantías para la protección de los

DDHH individuales universales. Pero aun si eso fuera una afirmación cierta basada en pruebas suficientes, no debería esgrimirse para negar por completo el valor del derecho consuetudinario indígena sino como un reto para aproximar ambos enfoques haciéndolos más eficaces para la protección de los DDHH, tanto individuales como colectivos. El pluralismo jurídico en los Estados es una oportunidad para permitir a los sistemas jurídicos indígenas funcionar eficazmente ya sea como parte de los sistemas jurídicos nacionales o paralelamente a éstos. (Stavenhagen 2008).

La discusión sobre la compatibilidad entre los sistemas normativos indígenas y los DDHH reconocidos internacional y nacionalmente, debe siempre presentarse en el marco del diálogo y respeto. Esta discusión abierta no significa negar la importancia de los DDHH como un referente que permita cuestionar prácticas que afectan a la dignidad humana, particularmente la de las mujeres. Lo que parece urgente es promover y permitir que las propias comunidades indígenas y sus autoridades discutan en torno al tema de sus derechos fundamentales y los asuman como un marco a incorporar en sus actuaciones, como sucede de hecho en muchas regiones indígenas. Es obligación de un Estado, que ha definido a su nación como pluricultural, y de sus jueces, proveer de instancias que propicien el diálogo y la comprensión de la pluralidad de culturas que lo constituyen, en caso contrario el Estado siempre estará sesgado por una de las diversas culturas que componen su nación.