

El reconocimiento constitucional del derecho y la jurisdicción indígena como afirmación de la autodeterminación de los pueblos indígenas

*Thais Luzia Colaço **

Este artículo establece la importancia del reconocimiento constitucional del derecho indígena y de su jurisdicción, aspecto que permite afirmar la libre determinación de los pueblos indígenas ante los estados latinoamericanos. Explica al derecho consuetudinario indígena y a la jurisdicción indígena. Trata el derecho a la libre determinación ubicándolo en el marco del derecho internacional. Expone de qué manera se manifiesta la relación entre los estados con la ley imperante y la jurisdicción indígena. Desarrolla algunas pautas que deben ser observadas por los estados para garantizar la libre determinación, cuando la norma constitucional y la legislación complementaria reconocen el derecho de los pueblos indígenas a su jurisdicción.

This article establishes the importance of the constitutional recognition of indigenous law and its jurisdiction, aspect that allows to affirm the self-determination of indigenous peoples before Latin American states. Explains the indigenous customary law and indigenous jurisdiction. Handles the right to self-determination by placing it in the context of international law. Exposes how the relationship between the states with the prevailing law and the indigenous jurisdiction is manifested. Develops some guidelines to be observed by states, to ensure self-determination, when the constitutional regulation and the complementary legislation recognize the right of indigenous peoples of their jurisdiction.

SUMARIO: Introducción / I. El derecho indígena / II. El derecho indigenista / III. El derecho a la autodeterminación / IV. El reconocimiento del derecho indígena y su jurisdicción ante el derecho internacional / V. El derecho y la jurisdicción indígena con respecto a los Estados / VI. El reconocimiento constitucional del derecho indígena y la jurisdicción en Ecuador y Bolivia / VII. Conclusiones / Fuentes de consulta

* Dra. en Derecho, Profesora Investigadora del Departamento de Derecho de la Universidad Federal de Santa Catarina, Brasil.

Introducción

El presente artículo aborda la discusión acerca del reconocimiento constitucional de los estados latinoamericanos acerca del derecho de los pueblos indígenas de gozar de su propio derecho y jurisdicción como una afirmación respecto a su autodeterminación.¹

El Convenio 169 de la Organización Internacional del Trabajo influyó para que algunos estados latinoamericanos reconocieran en sus constituciones el contexto pluricultural del Estado, aceptando que los pueblos indígenas, al resolver sus conflictos internos lo ejercerían con sus propios mecanismos para resolver sus disputas y controversias.

La Declaración de la ONU sobre el Derecho de los Pueblos Indígenas y Tribales, que ha sido aceptada por la mayoría de los países de América Latina, confirma la libre determinación de los pueblos indígenas. Uno de los factores que contribuyen a que se realice plenamente este derecho, se delimita a partir de que algunas constituciones latinoamericanas reconocen, además, el derecho consuetudinario indígena y su jurisdicción, como el derecho de todo pueblo a plantear su propia identidad, y sin la cual su existencia se expresaría de manera relativa respecto de la plena autodeterminación.

Sin embargo, con la excepción de Bolivia y Ecuador, casi todos los países de América Latina, a pesar de la aparente aprobación de su contexto multicultural, no reconocen plenamente en sus constituciones la realización de los pueblos indígenas, negando la plena autodeterminación de estos pueblos indígenas.

I. El derecho indígena

La jurisdicción indígena en América, siempre ha existido, inclusive desde antes de la época colonial, a través de la manifestación del derecho indígena y la autodeterminación de cada etnia, fenómeno que con sus respectivas mediaciones se manifiesta hasta nuestros días, y que como mencionamos, este aspecto es relativamente aceptado, o no, por el Estado.²

En el momento de la Conquista, América estaba poblada por diversos pueblos que contaban con sus propias culturas e historia, así como sus formas de organi-

¹ Estas son algunas de las reflexiones elaboradas en la estancia de posdoctorado en derecho (con una beca de investigación financiada por la CAPES-BRASIL-MEC), en la Facultad de Derecho de la Universidad de Sevilla, bajo la supervisión del doctor Bartolomé Clavero Salvador, cuyo objetivo fue situar las cuestiones indígenas de Brasil, así como las discusiones frente al nuevo constitucionalismo latinoamericano, en relación con el derecho a la libre determinación de los pueblos indígenas, y, en consecuencia, el derecho a la consulta previa, libre e informada; asimismo, el análisis acerca del reconocimiento del derecho indígena en el marco del pluralismo jurídico.

² Vicente Cabedo Mallol, *Constitucionalismo y derecho indígena en América Latina*, Valencia, UPV, 2004. p. 11.

zación de acuerdo a su cosmovisión, incluido, por supuesto, su propio derecho, el cual era diferente al modelo Occidental, dada la diversidad etnocultural, y que las normas del derecho indígena para la interacción social se fundaron en leyes consuetudinarias.

Sin embargo, cuando se hace referencia al derecho consuetudinario indígena, debemos tener cierta cautela, ya que el uso del término puede llevar a una visión incorrecta del derecho indígena. En este sentido, encontramos que han existido visiones integracionistas acerca de este derecho o, en su caso, una visión monista, que no acepta la diversidad jurídica, discriminando la normatividad indígena. Así, el derecho consuetudinario “debe dejar de ser concebido como “estático”, “inmutable”, “inferior” o subordinado a las leyes del Estado. De esta manera se recoge en el marco del derecho consuetudinario la idea del pluralismo jurídico, con una connotación de este derecho como perfectamente válido y vigente, que además puede ser reconceptualizado.”³

El derecho consuetudinario “está conformado por un conjunto de normas jurídicas de carácter consuetudinario que regulan las relaciones sociales de los pueblos indígenas, contando con sus propios órganos reguladores y aplicadores de dicha normatividad”.⁴

Los autores citados confirman el carácter formal y legítimo de las normas indígenas, recordando que estamos frente a auténticos sistemas legales, esto, sin olvidar su aspecto tradicional y de uso oral, debido a que es una ley no escrita.⁵

La naturaleza comunal del derecho consuetudinario indígena deriva de la visión del mundo en la cual el hombre es parte de la naturaleza, ya que los indígenas no son considerados individualmente, sino en su dimensión colectiva. Por tanto, el tratamiento de la comunidad plantea el carácter colectivo de estos derechos y de su adecuación intersubjetiva.⁶

El derecho consuetudinario indígena ha sobrevivido en el tiempos, pero no es estático e inmutable, sino dinámico, y tiene una gran capacidad para adaptarse y cambiar a pesar de poseer algunos de los elementos de origen precolonial, origen colonial y otros contemporáneos, respondiendo a la evolución de las necesidades sociales.⁷

Sin embargo, algunos aspectos se han mantenido relativamente sin cambios, digamos el llamado “núcleo duro del derecho indígena”, como son algunos de sus

³ Raquel Yrigoyen Fajardo, “Aos 20 anos do Convênio 169 da OIT: balanço e desafio da implementação dos direitos dos povos indígenas na América Latina”, en Ricardo Verdum (Coord.). *Povos indígenas. Constituições e reformas políticas na América Latina*. Brasília, IES, 2009. pp. 43 y 44.

⁴ Carlos H. Durand Alcántara, “La costumbre jurídica como sistema de derecho”, en Carlos H. Durand Alcántara, Miguel Rentería Sámano y Gerardo Gómez Gonzalez (Coords.), *Hacia una fundamentación teórica de la costumbre jurídica india*, México, UACH, 2000. pp. 5-18.

⁵ *Ibid.*, pp. 45 y 46.

⁶ *Ibid.*, p. 48.

⁷ *Ibid.*, p. 52.

valores entre otros, la reciprocidad, la solidaridad, el carácter colectivo de la comunidad y su visión cosmológica, especialmente en lo que corresponde a su relación con la tierra.⁸

Más allá de la solidaridad y de la reciprocidad, también están los derechos indígenas básicos, que son, entre otros, la supremacía de los intereses colectivos⁹ sobre los valores de la responsabilidad individual.

El derecho consuetudinario indígena es múltiple, debido a la gran cantidad de grupos étnicos indígenas que existen en América, y de ahí su diversa normativa legal. Puede acontecer inclusive, que en diferentes comunidades indígenas que pertenecen al mismo grupo étnico las normas jurídicas puedan ser diferenciadas.

El derecho consuetudinario indígena es múltiple, debido a la gran cantidad de grupos étnicos indígenas que existen en América, y de ahí su diversa normativa legal.

En esta óptica se explica que el derecho consuetudinario no se funde en una sola identidad, sino que, de igual manera, puede ser resultado de identidades parciales, derivadas de cada grupo étnico. Por otro lado, encontramos que en algunos de sus aspectos pueden ser contradictorios en su relación con el derecho positivo. Finalmente, comprendo que el derecho consuetudinario tiene un carácter histórico que ha evolucionado con el tiempo, adaptándose a las nuevas realidades, siendo recíproco y solidario.¹⁰

La posibilidad de codificación de este derecho no es del todo factible, debido al sentido de diversidad de los sistemas normativos indígenas. También sería echar por la borda su dinámica flexible en virtud de su carácter oral, con lo cual se despojaría a los indígenas de su propia interpretación y aplicación.¹¹

En nuestros días, el derecho indígena posee reglas y procedimientos, los que por medio de sus autoridades rigen en sus comunidades de acuerdo a sus valores, necesidades y visión del mundo. Su justicia se basa en los derechos cósmicos, es milenaria, y ha sido transmitido de generación en generación, en busca de la rehabilitación y la reinserción de la persona que cometió algún crimen en la sociedad.

Es ágil, eficiente, libre, oral, justo y no siempre castiga al culpable con la privación de la libertad. Se centra más bien en la rehabilitación de la víctima, buscando, la reconciliación de las partes, para el retorno de la armonía social y para que no existan resentimientos futuros. En la concepción indígena, el culpable de algún ilícito, debe ser liberado, independientemente del delito cometido, ya que así es más

⁸ *Idem.*

⁹ Thais Luzia Colaço, "Incapacidade" indígena: tutela religiosa e violação do direito guarani nas missões jesuíticas, Curitiba, Juruá, 2000, p. 24.

¹⁰ Carlos H. Durand Alcántara, *apud*. Vicente Mallol Cabedo, *op. cit.*, pp. 49-50.

¹¹ *Ibid.*, p. 75.

útil a la sociedad, que ya lo valoró, y puede trabajar para reparar el daño. Por tanto, este fenómeno sirve de ejemplo para que otros miembros de la comunidad razonen muy bien, antes de cometer un delito.¹²

El principio del sistema de justicia penal indígena se compone de tres elementos: *la seguridad jurídica, la representación democrática y la igualdad para todos los ciudadanos*. La seguridad jurídica es una consecuencia de la violación de la norma. La representación democrática se relaciona con el carácter social correspondiente para sancionar. Y la igualdad de trato para todos los ciudadanos, se refiere a los procedimientos consuetudinarios de resolución de conflictos y sus reglas que cada pueblo indígena establece para proteger los fundamentos de la vida comunitaria.¹³

Los valores colectivos de los indígenas se superponen a los valores individuales, así encontramos: la presunción de inocencia, los valores por la paz y el equilibrio social, la integración y la cohesión del grupo, las asambleas, que reúnen a toda la comunidad, para determinar la “culpabilidad del individuo”. De esta manera, los diferentes clanes y familias debaten y consensan para alcanzar un acuerdo sobre el tipo de sanción, así como su duración y forma de cumplimiento, con esto se evitan las antiguas guerras¹⁴ y se mantiene el orden en la comunidad y la jurisdicción indígena.¹⁵ Masapanta enumera algunas características:

a) [...] es una forma alternativa de resolver conflictos. Bajo el esquema de una justicia ordinaria se presenta la justicia ancestral, como un procedimiento alternativo, es decir, como un medio subsidiario para garantizar el acceso a la justicia a las personas y comunidades. b) Los indígenas resuelven disputas internas que no se puede limitar exclusivamente a su territorio, ya que su alcance puede determinarse también con criterios antropológicos. [...] c) Las autoridades de las comunidades indígenas determinan de acuerdo a sus reglas. [...] d) La competencia no está determinada por la materia. Con lo cual no existe especialidad de las causas que las autoridades competentes indígenas van a conocer, pudiendo resolver asuntos de índole diversa.¹⁶

¹² Rosa Cecilia Baltazar Yucailla, “La justicia indígena en el Ecuador”, en Carlos Espinosa Gallegos-Anda y Danilo Caicedo Taipa (Eds.), *Derechos ancestrales: justicia en contextos plurinacionales*, Quito, Ministerio de Justicia y Derechos Humanos, 2009, pp. 453 y 454.

¹³ Fernando Flores Giménez, “Acerca de la constitucionalización y funcionamiento de la justicia indígena”, en Laura Giraudo (Ed.), *Derechos, costumbres y jurisdicciones indígenas en la América Latina contemporánea*, Madrid, CEP, 2008, pp. 187-190.

¹⁴ NT. Se trata de procesos históricos relativos a los pueblos amazónicos, fundamentalmente en el territorio que corresponde a Brasil.

¹⁵ Fernando Flores Giménez, *op. cit.*, pp. 187-190.

¹⁶ Christian Masapanta Gallegos, “El derecho indígena en el contexto constitucional ecuatoriano: entre la exigibilidad de derechos y el reconocimiento del pluralismo jurídico”, en Carlos Espinosa Gallegos-Anda y Danilo Caicedo Taipa (Eds.), *op. cit.*, pp. 424 y 425.

II. El derecho indigenista

Paralelo al derecho indígena tenemos en América la presencia europea, a través del derecho indígena que se fundó en el colonialismo y en el Estado Latinoamericano, que fue elaborado por los “no indígenas”. Legislación orientada con el fin de legitimar el poder y su relación con los habitantes originales. Inicialmente, estas normas permitieron “justificar legalmente” la masacre de los indígenas a través de la Guerra Santa, la usurpación de sus tierras, la explotación de su trabajo y la opresión por la asimilación forzada, es decir, legitimar el genocidio, el etnocidio y el saqueo, sacralizado por la ley, bajo la tutela del Estado.

Fue trasplantado a América el modelo de derecho europeo moderno, que representaba el producto de una sociedad homogénea de nación, con un sistema jurídico único, aplicable a todos los ciudadanos, creado y dirigido por el Estado. Por tanto, las formas de solución de conflictos que utilizaban los indios, su derecho consuetudinario, se consideró una costumbre que debía ser eliminada para una mejor “asimilación” del indígena a la sociedad nacional.¹⁷

En el momento de la independencia y la formación de los estados latinoamericanos, la región se caracterizó por la polarización entre aquel derecho oficial, basado en la cultura europea y otro de composición pluralista, en virtud de la presencia de los pueblos indígenas, así como de comunidades afrodescendientes y de otros núcleos de procedencia ulterior de origen asiático e, incluso, europeo.¹⁸

Los estados que hoy pertenecen a la denominada América Latina, desarrollaron sus constituciones en la primera mitad del siglo XIX estas fueron elaboradas por una minoría de origen europeo, “afectando seriamente a las minorías de origen indígena”, en virtud de que nunca tomaron conocimiento de dichos pueblos, sin considerar su propia cultura y el “notable control del territorio y de sus recursos.” Sin embargo, parte de estas poblaciones se mantuvo aislada o semiaislada “se mantuvo independiente del colonialismo europeo”, la preservación de su jurisdicción la autonomía o autogobierno, cierto control de sus vidas y de sus hábitats.¹⁹

A lo largo de los siglos el derecho indigenista ha tenido un proceso de cambio en la etapa actual, bajo la presión de algunas organizaciones internacionales con lo que se produjo una transformación significativa con la inclusión de nuevos derechos indígenas, más orientados a los intereses y necesidades de dichos pueblos lo que ha permitido de cierta manera terminar con algunas políticas asimilacionistas e integracionistas, a finales del siglo XX y principios del XXI, con las nuevas consti-

¹⁷ Eddie Córdor Chuquiruna (Coord.), *Estado de la relación entre justicia indígena y justicia estatal en los países andinos: estudio de casos en Colombia, Perú, Ecuador y Bolivia*, Lima, Comisión Andina de Juristas, 2009, p. 11.

¹⁸ Bartolomé Clavero, *Bolivia entre constitucionalismo colonial y constitucionalismo emancipatorio*, Texto inédito, mayo 2009, p. 101.

¹⁹ Bartolomé Clavero, *Geografía jurídica de América Latina: pueblos indígenas entre constituciones mestizas*, México, Siglo XXI, 2008, p. 22.

tuciones latinoamericanas que tienden a considerar la participación de los pueblos indígenas en la construcción de sus derechos frente al Estado.

III. El derecho a la autodeterminación

En la última década del siglo XX y principios del siglo XXI aparece la visión pluralista del derecho, fundado en el Convenio 169 de la Organización Internacional del Trabajo, y en la Declaración de los Derechos de los Pueblos Indígenas y Tribales de la Organización de las Naciones Unidas; y, por otro lado, a partir de las reformas constitucionales progresistas en la mayoría de los países andinos, en las que se planteó la diversidad cultural, los derechos indígenas y la propia jurisdicción colectiva.

Los pueblos indígenas tendrán, de cierta manera, el control de sus instituciones de desarrollo político, social y económico, superando el tratamiento tutelar que colocaban las naciones, como objetos de políticas formuladas por terceras personas.

En esta óptica, los derechos garantizados internacionalmente a los pueblos indígenas y admitidos por los estados se atendieron por el principio de la autodeterminación, representada por la misma gente en libertad, es decir, un derecho fundamental para su existencia sin que pierdan su riqueza como culturas propias.²⁰

Para los pueblos indígenas el derecho a la libre determinación tiene la opción de decidir qué tipo de organización política quiere adoptar en los países en que viven.

El derecho a la libre determinación se ha planteado en el derecho internacional para todos los pueblos, “en virtud de este derecho establecen libremente su condición política y proveen por ellos mismos, su desarrollo económico, social y cultural”. Es un derecho integral, de una dimensión, política, económica, social y cultural. En caso de estar disponible para la población se tiene el poder de tomar decisiones de orden material y cultural.²¹

Para los pueblos indígenas el derecho a la libre determinación tiene la opción de decidir qué tipo de organización política quiere adoptar en los países en que viven. Es decir, la tendencia general no ha sido por la separación y la formación de un Estado nacional independiente. Como así explica Molina, los derechos a la autonomía y el pluralismo legal: “son una combinación inseparable [...] porque implican una amplia renovación de las estructuras estatales existentes y una revisión de los con-

²⁰ Francisco López Bárcenas, *Autonomía y derechos indígenas en México*, México, Conaculta, 2002, p. 37.

²¹ Bartolomé Clavero, *Geografía jurídica...*, op. cit., p. 236.

ceptos democráticos liberales [...] la libre determinación y el reconocimiento de los derechos colectivos en su plenitud”.²²

IV. El reconocimiento del derecho indígena y su jurisdicción ante el derecho internacional

Con la adopción del Convenio 169 de la OIT en 1989, se originó un cambio significativo en las normas relacionadas con los pueblos indígenas. En América Latina se estableció, en algunas de sus constituciones, el reconocimiento multicultural del Estado y la Nación. En cierta medida los pueblos indígenas son reconocidos como sujetos colectivos de derechos, y también se estableció que ellos resuelvan sus conflictos a partir de sus propios mecanismos de solución dentro de sus territorios²³ advirtiendo el pluralismo jurídico y sus sistemas de derecho.²⁴

En relación con el respeto al derecho consuetudinario de los pueblos tribales, el Convenio 169 recomienda que exista sensibilidad respecto a las costumbres de las



trabajadoresyrevolucion.wordpress.com

En cierta medida los pueblos indígenas son reconocidos como sujetos colectivos de derechos, y también se estableció que ellos resuelvan sus conflictos a partir de sus propios mecanismos de solución dentro de sus territorios.

sociedades indígenas; sin embargo, “esos derechos no pueden ser contrarios a los derechos del sistema jurídico nacional, ni de los derechos humanos internacionalmente reconocidos”. En este sentido se mantiene cierta controversia por cuanto que al mismo tiempo que se reconoce la pluralidad de prácticas existentes, la Convención no admite que estas sean contrarias a los derechos humanos.²⁵

La Declaración de la ONU sobre los Derechos de los Pueblos Indígenas y

²² Ramiro Molina Rivero, “La justicia comunitaria en Bolivia: cambios y comunidades”, en Laura Giraudó (Ed.), *Derechos, costumbres y jurisdicciones indígenas en la América Latina contemporánea*, Madrid CEPC, 2008, pp. 113 y 114.

²³ Raquel Yrigoyen Fajardo, *op. cit.*, p. 21.

²⁴ Eddie Córdor Chuquiruna (Coord.), *op. cit.*, p. 9.

²⁵ Marina Soares Vital Borges, “Universalização ou relativização: direitos humanos na perspectiva da antropologia jurídica”, en Thais Luzia Colaço, *Elementos de antropologia jurídica*, 2ª ed., São Paulo [Brasil], Conceito, 2011, pp. 263 y 264.

Tribales también menciona las instituciones jurídicas de los pueblos indígenas, pero siempre estableciendo un vínculo con el derecho a la libre determinación.

Los artículos 3 y 4 de la Declaración se refieren al derecho a la libre determinación de los pueblos indígenas, que delegan su derecho a determinar libremente su condición política y decidir por su desarrollo económico, social y cultural, en un marco de autonomía y autogobierno, en cuestiones relacionadas con los asuntos internos y locales, así como la de lograr medios económicos para disponer y financiar sus funciones autónomas. Sin embargo, estos derechos se ejercerán de conformidad con el derecho internacional.

El artículo 5 hace una conexión con los derechos relativos a mantener y reforzar sus propias instituciones políticas, jurídicas, económicas, sociales y culturales. Más adelante la Declaración, en su artículo 33, asigna el derecho a determinar su propia identidad, de conformidad con sus costumbres y tradiciones, y a elegir la composición de sus instituciones de conformidad con sus propios procedimientos. Por su parte, el “artículo 34, permite a los pueblos indígenas “promover, desarrollar y mantener sus estructuras institucionales y sus [...] procedimientos, prácticas y, cuando existan, costumbres o sistemas jurídicos, de conformidad con las normas internacionales de derechos humanos”.

Y el artículo 13 se refiere a la obligación de los Estados para garantizar que los pueblos indígenas puedan entender y hacerse entender en su propia lengua, en toda acción política, jurídica y administrativa, proporcionando, si es necesario, intérpretes u otros medios similares.

Los tratados y convenciones internacionales han influido la legislación interna de los estados latinoamericanos. El primer país en reconocer el pluralismo jurídico y otorgar facultades jurisdiccionales a los pueblos indígenas fue Colombia (1991), después Perú, (1993), enseguida Bolivia (1994, 2003 y 2009), Ecuador (1998) y Venezuela (1999). Más adelante las constituciones de Paraguay (1992) y de México (1992), que también reconocieron con ciertas variantes los derechos de referencia y el pluralismo jurídico.²⁶ Pero, Ecuador y Bolivia realizaron reformas integrales relacionadas con la diversidad étnica y el pluralismo jurídico.²⁷

V. El derecho y la jurisdicción indígena con respecto a los Estados

A pesar del aparente reconocimiento, en realidad la jurisdicción indígena se sitúa constitucionalmente en el nivel local en relación con los Estados, ubicándose de manera inferior y sometida a instancias superiores, esto representa una justicia multicultural desequilibrada. “Las autoridades de los pueblos indígenas ejercen funciones de justicia aplicando normas y procedimientos propios para la solución de conflictos

²⁶ En Brasil no existe formalmente el reconocimiento constitucional al derecho consuetudinario indígena.

²⁷ Eddie Córdor Chuquiruna, *op. cit.*, p. 13.

internos, conforme al derecho consuetudinario, siempre y cuando no sean contrarios a la Constitución y a las leyes”.²⁸

En la relación del derecho indígena con el derecho estatal, “se combinan la resistencia y adaptación mutuas (un sincretismo jurídico). La aplicación de la Ley y de la costumbre por parte de los pueblos indígenas [...] según su propia conveniencia. [...] Difieren la lógica y la racionalidad de los sistemas jurídicos indígenas y estatal”. El acceso a la justicia estatal es difícil, pues su administración se encuentra distante de las comunidades, además de ser cara y a veces corrupta.²⁹

Surge un problema de articulación, coordinación y armonización del Sistema Jurídico Nacional respecto del reconocimiento del derecho indígena, fundamentalmente en lo que respecta a la implantación de la jurisdicción indígena, a través del respeto a la diversidad étnica y cultural que tendrá sus límites a partir de la violación de los derechos humanos por parte de las autoridades indígenas por lo que cada país debería tener su órgano responsable de esta función.³⁰

En relación con la confrontación, “la principal consecuencia está en la criminalización de las prácticas judiciales de los pueblos indígenas” como una función jurisdiccional que penaliza los procedimientos de las culturas jurídicas indígenas. El conflicto resulta de las definiciones político-ideológico de ciudadanía, que tras embates permanentes entre derechos individuales y derechos colectivos, así como de soberanía política estatal y autonomía de los pueblos indígenas, determina grados asimétricos de reconocimiento normativo a la libre determinación de los pueblos indígenas.³¹

Dado el conflicto entre el reconocimiento de los derechos humanos indígenas que requiere una tutela correspondiente del Estado, y “el principio de la diversidad étnica y cultural, que obliga al poder público a preservar el derecho a la diferencia y la manutención de la propia idiosincrasia del grupo humano aborígen”, deben ser preservados “los derechos colectivos de ciertos grupos humanos residentes en su territorio”, siendo interpretadas “las garantías individuales dentro de un enfoque más colectivo y social, con una dimensión supraindividual distinta de la operada en la cultura occidental”. El mantenimiento de la tolerancia, el diálogo intercultural y el “consenso entre lo universal y lo particular (la cosmovisión del mundo occidental y oficial, y la indígena)”.³²

En América Latina aún hay estados monistas y etnocéntricos que, aún teniendo leyes dispersas que tratan del tema, no reconocen los derechos indígenas en sus

²⁸ Bartolomé Clavero, “Novedades constitucionales y continuidades constituyentes: Ecuador, Venezuela, México, Bolivia (1988-2004)”, en Marco Aparicio Wilhelmi, (Coord.). *Caminos hacia reconocimiento: pueblos indígenas, derechos y pluralismo*, Girona, Universidad de Girona, 2005, p. 15.

²⁹ Vicente Cabedo Mallol, *op. cit.*, pp. 77, 79, 282 y 283.

³⁰ *Ibid.*, p. 284.

³¹ Jane Felipe Beltrão y Assis da Costa Oliveira, “Constitucionalismo cultural e povos indígenas: outra cidadania é possível?”, en *Anais do XVIII Congresso do Conpedi*, São Paulo, 2009, p. 10977.

³² Fernando Flores Giménez, *op. cit.*, pp. 206-208.

Constituciones, no haciendo referencia a la multiculturalidad ni al pluralismo jurídico; entre ellos destacan Brasil, Panamá, Chile, Costa Rica y Argentina. Otros países aceptan el derecho consuetudinario indígena ante los tribunales estatales, pero no permiten que los líderes indígenas ejerzan funciones jurisdiccionales, no reconociendo su capacidad de jurisdicción, como Paraguay y Guatemala. Algunos Estados incorporan en sus Constituciones el pluralismo jurídico con más plenitud, reconociendo el derecho y la jurisdicción indígena, es el caso de México, Colombia, Bolivia, Ecuador y Venezuela.³³

VI. El reconocimiento constitucional del derecho indígena y la jurisdicción en Ecuador y Bolivia

En Ecuador la Constitución de 2008 reconoció el “Estado plurinacional, la incorporación de la interculturalidad como un espacio de encuentro entre las culturas indígenas y mestizas en pie de igualdad, en la inclusión de los derechos colectivos en el rol de derechos constitucionales”. Entre estos derechos colectivos “reconocidos formalmente, hay el de ‘mantener, crear, desarrollar y llevar a cabo su propio derecho consuetudinario’, y de ejercer funciones jurisdiccionales con base en sus tradiciones ancestrales y su derecho propio”.³⁴

El Código Orgánico de la Función Judicial en el artículo 344, contiene los siguientes principios:

- a) Diversidad —Hay que tener en cuenta el derecho propio, costumbres y prácticas ancestrales de las personas y de los pueblos indígenas [...]
- b) La igualdad— [...] poseerá [...] la intervención procesal de traductores, expertos antropológicos y expertos en derecho indígena.
- c) Non bis in idem. - El detenido por las autoridades de la justicia indígena no podrá ser juzgado ni revisado por jueces y magistrados de la Función Judicial ni por ninguna autoridad judicial [...].
- d) En beneficio de la jurisdicción indígena —En caso de duda [...].
- e) Interpretación intercultural.³⁵

La Constitución permite la justicia indígena y admite que “las autoridades indígenas en el uso de su autoridad jurisdiccional administren la justicia de acuerdo con los procedimientos consuetudinarios sin afectar los principios internacionales en la Constitución”.³⁶

³³ Marina Corrêa de Almeida, *O novo constitucionalismo na América Latina: o descobrimento o Outro pela via do pluralismo jurídico comunitário-participativo*. Dissertação (Mestrado em Direito), Universidade Federal de Santa Catarina-Centro de Ciências Jurídicas, Florianópolis, 2013, pp. 69 y 70.

³⁴ Luis Fernando Ávila Linzán, “Los caminos de la justicia intercultural”, en Carlos Espinosa Gallegos-Anda y Danilo Caicedo Taipa (Eds), *op. cit.*, pp. 177 y 178.

³⁵ Rosa Cecilia Baltazar Yucailla, *op. cit.*, pp. 469 y 470.

³⁶ *Ibid.*, pp. 470 y 471



ukhamawa.blogspot.com

En Bolivia, en la Constitución de 2009, el pluralismo jurídico está del lado de la interculturalidad.

La Constitución, en su artículo 171, reconoce y acepta el pluralismo jurídico, que es elemento esencial para el mantenimiento de la cultura indígena, pero hace algunas advertencias, ya que “la resolución de sus conflictos internos, y que no sean contrarios a la Constitución y los derechos humanos reconocido en los instrumentos internacionales”.

Las leyes secundarias que abordan el tema de la coordinación entre los jueces ordinarios e indígenas, la Ley Orgánica de Garantías Jurisdiccionales y Control Constitucional y el Código Orgánico de la Función Judicial, a pesar de que estén basadas en los principios de la interculturalidad y la autonomía, en su concreción existe constante interferencia de la justicia ordinaria relativa a la competencia de las autoridades indígenas.³⁷

En Bolivia, en la Constitución de 2009, el pluralismo jurídico está del lado de la interculturalidad, el artículo 178.I. Según él, “el poder de transmitir la justicia emana del pueblo boliviano y se sostiene en los principios de [...] pluralismo jurídico, interculturalidad”.

En el artículo siguiente, hay disposiciones sobre los tipos de jurisdicciones existentes en el ordenamiento jurídico plural boliviano, así como la garantía de igualdad jerárquica entre la jurisdicción indígena y la jurisdicción ordinaria:

179.I. La función judicial es única. La jurisdicción ordinaria se ejerce por el Tribunal Supremo de Justicia, los tribunales departamentales de justicia,

³⁷ Boaventura de Sousa Santos (Coord.), *Justicia indígena, plurinacionalidad e interculturalidad en Ecuador*, Quito, Abya-Yala, 2012, p. 67.

los tribunales de sentencia y los jueces; la jurisdicción agroambiental por el Tribunal y jueces agroambientales; la jurisdicción indígena originaria campesina se ejerce por sus propias autoridades; existirán jurisdicciones especializadas reguladas por la ley.

II. La jurisdicción ordinaria y la jurisdicción indígena originario campesina gozarán de igual jerarquía.

Uno de los capítulos de la Carta se dedica por entero a la jurisdicción indígena. En él están las garantías inherentes a la capacidad indígena de jurisdicción y los asuntos relacionados con ella. El artículo 190 consolida la existencia de la justicia indígena, así como elementos relacionados con ella:

190.I. 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.

II. 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.

El artículo 191, a su vez, delimita los ámbitos de validez de la jurisdicción indígena, bien como la relación existente entre aquellos que están a ella sujetos:

191.I. I. La jurisdicción indígena originario campesina se fundamenta en un vínculo particular de las personas que son miembros de la respectiva nación o pueblo indígena originario campesino.

II. La jurisdicción indígena originario campesina se ejerce en los siguientes ámbitos de vigencia personal, material y territorial:

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, denunciado o imputado, recurrente o recurrido.

Esta jurisdicción conoce los asuntos indígena originario campesinos de conformidad a lo establecido en una Ley de Deslinde Jurisdiccional.

Esta jurisdicción se aplica a las relaciones y hechos jurídicos que se realizan o cuyos efectos se producen dentro de la jurisdicción de un pueblo indígena originario campesino.

El artículo 192 afirma que las decisiones de la justicia indígena deberán ser aceptadas por las autoridades públicas, teniendo la misma confianza que se atribuye a la jurisdicción ordinaria. Aún en el citado artículo, el legislador intentó construir los lazos de una cooperación entre las diversas jurisdicciones, hecho que debería ser efectuado en legislación infraconstitucional. Dice el artículo:

192. I. Toda autoridad pública o persona acatará las decisiones de la jurisdicción indígena originaria campesina.

II. Para el cumplimiento de las decisiones de la jurisdicción indígena originario campesina, sus autoridades podrán solicitar el apoyo de los órganos competentes del Estado.

III. El Estado promoverá y fortalecerá la justicia indígena originaria campesina. La Ley de Deslinde Jurisdiccional, determinará los mecanismos de coordinación y cooperación entre la jurisdicción indígena originaria campesina con la jurisdicción ordinaria y la jurisdicción agroambiental y todas las jurisdicciones constitucionalmente reconocidas.

La Ley boliviana N°. 073, de “Deslinde Jurisdiccional” del 29 de diciembre de 2012, presenta como disposiciones generales en su artículo primero, bajo el marco del pluralismo jurídico, al regular la existencia, “entre la jurisdicción indígena campesina original y otras jurisdicciones reconocidas constitucionalmente; y determinar los mecanismos de coordinación y cooperación entre estas jurisdicciones”.

Sin embargo, esta ley ha sido criticada desde su nomenclatura,³⁸ su preparación que fue realizada por un consejo de abogados sin la participación y consulta de los representantes indígenas, infringiendo en contra del proyecto de un Estado plurinacional. También se afirma que “no es realmente una ley de coordinación, más si de destrucción de la justicia indígena”, por ser demasiado estrecha, por haber sido promulgada sin el aval de la consulta previa, debería ser declarada inconstitucional.³⁹

VII. Conclusiones

Como conclusión de este artículo, basado en la legislación indigenista internacional y las nuevas constituciones latinoamericanas de Ecuador y Bolivia cuando se refiere al reconocimiento constitucional del derecho y la jurisdicción como una afirmación de la libre determinación y el análisis de los nuevos derechos de los indígenas, averiguamos cómo el reconocimiento del derecho y de la jurisdicción indígena podrá ser incorporado en las constituciones latino-americanas que aún no los han unido.

Dada la diversidad, la positivización del derecho indígena es totalmente impracticable; tenemos que garantizar el reconocimiento de esta pluralidad jurídica legalmente ante las constituciones a través de reformas, y con la creación de legislaciones

³⁸ ¿Lo que quiere decir deslinde? Demarcación, acción de demarcar, que significa determinar, diferenciar los términos de un lugar, aclarar una cosa para que no haya confusión ni equívoco en relación con ella. Es interesante comparar esta palabra con otra: deshacer, quiere decir el lío, desatar el nudo, separar la borra del vino. También podemos relacionarla con la palabra desligar, que quiere decir desvendar, soltar las ligaduras, desvendar y desenredar algo inmaterial. Boaventura de Sousa Santos (Coord.), *Justicia indígena, plurinacionalidad e interculturalidad en Bolivia*, Quito, Abya-Yala, 2012, p. 432.

³⁹ *Ibid.*, p. 36.

complementarias, elaboradas por equipos integrados por antropólogos, juristas y la mayoría de los representantes de los diversos pueblos indígenas que integran los estados, que reglamenten su operatividad, reconociendo los derechos y la jurisdicción indígena en igualdad jerárquica con la justicia ordinaria, rescatando los principios del derecho consuetudinario indígena, que deberá ser cumplido y respetado por los diversos órganos del Estado y la sociedad civil.

Se debe evitar en muchos países la falta de preparación de los miembros de la judicatura por el prejuicio y la ignorancia del derecho consuetudinario indígena. La propia legislación deberá prever la inclusión obligatoria en la formación de los juristas de disciplinas relacionadas con los derechos indígenas, y la reeducación del aparato burocrático del Estado sobre esta temática.

Teniendo en cuenta lo anterior, en la regulación de estos derechos, sugerimos que se consideren los siguientes aspectos:

- Reconocer el pluralismo jurídico, junto con la interculturalidad, como elemento esencial para la preservación de la cultura indígena.
- Reconocer la autodeterminación como garantía del derecho a la autonomía al autogobierno, a la cultura, a sus propias instituciones, al lenguaje original, a la consolidación de sus territorios, tornando posible la manutención y el fortalecimiento de su identidad ancestral y sus formas de organizaciones sociales; de participación en el uso, el disfrute, administración y conservación de los recursos naturales renovables de sus tierras; de la consulta previa, libre e informada. El goce de la autonomía política, administrativa y financiera, bajo los principios de solidaridad, equidad territorial, integración y participación ciudadana.
- Garantizar la igualdad jerárquica entre la jurisdicción indígena y la jurisdicción ordinaria, tornando posible que la jurisdicción indígena sea ejercida por sus propias autoridades, aplicando sus principios, valores, normas y procedimientos propios.
- Delimitar el ámbito de validez de la jurisdicción indígena, así como la relación entre los que están sujetos a la misma, los miembros de los pueblos indígenas, sea actuando como autores o demandados, demandantes o denunciados, presuntos o imputados, recurrentes o acusados.
- Determinar la jurisdicción material indígena, que no podrá estar bajo la tutela de la jurisdicción ordinaria, o de cualquier otra jurisdicción legalmente reconocida. Determinar el ámbito de la validez territorial que debe ser del pueblo indígena dentro de su jurisdicción.
- Desarrollar una legislación infraconstitucional que deberá determinar los mecanismos de coordinación, cooperación y complementariedad entre estas jurisdicciones, elaborada por una comisión integrada por antropólogos, juristas y la mayoría por representantes de los pueblos indígenas, proporcionando el diálogo intercultural.

- Acatar las decisiones de las autoridades indígenas por todas las personas y autoridades públicas.
- Prohibir la revisión de las decisiones de la jurisdicción indígena por las jurisdicciones ordinarias u otras legalmente reconocidas.
- Permitir al indígena la elección de la jurisdicción a cual quiera someterse, si la ordinaria o la indígena.
- Prohibir el doble juzgamiento por una misma infracción, de la jurisdicción indígena y de la jurisdicción ordinaria.
- Asegúrese el aislamiento comunidades de aislados o semiaislados para que no tengan contacto con la sociedad nacional, respetando su voluntad, sin interferir en su forma de organización social y en su derecho consuetudinario.
- Promover el debate intercultural sobre la cuestión de la sumisión de la justicia indígena a la legislación nacional, a la Constitución y al derecho internacional, sobre los derechos fundamentales y la universalidad de los derechos humanos.

Fuentes de consulta

Bibliográficas

- Ávila Linzán, Luis Fernando. “Los caminos de la justicia intercultural”. En Carlos Espinosa Gallegos-Anda y Danilo Caicedo Taipa (Eds.). *Derechos ancestrales: justicia en contextos plurinacionales*. Quito, Ministerio de Justicia y Derechos Humanos, 2009 (Serie Justicia y Derechos Humanos, Neoconstitucionalismo y Sociedad).
- Baltazar Yucailla, Rosa Cecilia. “La justicia indígena en el Ecuador”. En Carlos Espinosa Gallegos-Anda y Danilo Caicedo Taipa (Eds.). *Derechos ancestrales: justicia en contextos plurinacionales*. Quito, V&M Gráficas, 2009.
- Beltrão, Jane Felipe y Assis da Costa Oliveira. “Constitucionalismo cultural e povos indígenas: outra cidadania é possível?”. En *Anais do XVIII Congresso do Conpedi*. São Paulo, 2009.
- Borges, Marina Soares Vital. “Universalização ou relativização: direitos humanos na perspectiva da antropologia jurídica”. En Thais Luzia Colaço, *Elementos de antropologia jurídica*. 2ª. ed. São Paulo [Brasil], Conceito, 2011.
- Cabedo Mallol, Vicente. *Constitucionalismo y derecho indígena en América Latina*. Valencia, Universidad del País Vasco, 2004.
- Clavero, Bartolomé. *Bolivia entre constitucionalismo colonial y constitucionalismo emancipatorio*. Texto inédito, mayo 2009.
- . *Geografía jurídica de América Latina: pueblos indígenas entre constituciones mestizas*. México, Siglo XXI, 2008.
- . “Novedades constitucionales y continuidades constituyentes: Ecuador, Venezuela, México, Bolivia (1988-2004)”. En Marco Aparicio Wilhelmi (Coord.).

- Caminos hacia reconocimiento: pueblos indígenas, derechos y pluralismo*. Girona, Universidad de Girona, 2005.
- Colaço, Thais Luzia. “Incapacidade” indígena: tutela religiosa e violação do direito guarani nas missões jesuíticas. Curitiba [Brasil], Juruá, 2000.
- Cóndor Chuquiruna, Eddie (Coord.). *Estado de la relación entre justicia indígena y justicia estatal en los países andinos: estudio de casos en Colombia, Perú, Ecuador y Bolivia*. Lima [Perú], Comisión Andina de Juristas, 2009.
- Corrêa de Almeida, Marina. *O novo constitucionalismo na América Latina: o descobrimento o Outro pela via do pluralismo jurídico comunitário-participativo*. Dissertação (Mestrado em Direito). Florianópolis: Programa de Pós-Graduação em Direito. Universidade Federal de Santa Catarina-Centro de Ciências Jurídicas, Florianópolis, 2013.
- Durand Alcántara, Carlos H. “La costumbre jurídica como sistema de derecho”. En Carlos H. Durand Alcántara, Miguel Rentería Sámano y Gerardo Gómez Gonzalez (Coords.). *Hacia una fundamentación teórica de la costumbre jurídica india*. México, Universidad Autónoma de Chapingo, 2000.
- Espinosa Gallegos-Anda, Carlos y Danilo Caicedo Taipa (Eds.). *Derechos ancestrales: justicia en contextos plurinacionales*. Quito, Ministerio de Justicia y Derechos Humanos, 2009 (Serie Justicia y Derechos Humanos, Neoconstitucionalismo y Sociedad).
- Flores Giménez, Fernando. “Acerca de la constitucionalización y funcionamiento de la justicia indígena”. En Laura Giraudó (Ed.). *Derechos, costumbres y jurisdicciones indígenas en la América Latina contemporánea*. Madrid, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2008.
- Giraudó, Laura (Ed.). *Derechos, costumbres y jurisdicciones indígenas en la América Latina contemporánea*. Madrid, CEPC, 2008.
- _____ y Flavia Carbonell Bellolio. “Repensando el derecho indígena: acerca de su conceptualización, protección y juridificación”. En Laura Giraudó. (Ed.). *Derechos, costumbres y jurisdicciones indígenas en la América Latina contemporánea*. Madrid, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2008.
- López Bárcenas, Francisco. *Autonomía y derechos indígenas en México*. México, Conaculta, 2002.
- Masapanta Gallegos, Christian. “El derecho indígena en el contexto constitucional ecuatoriano: entre la exigibilidad de derechos y el reconocimiento del pluralismo jurídico”, en Carlos Espinosa Gallegos-Anda y Danilo Caicedo Taipa (Eds.). Carlos Espinosa Gallegos-Anda y Danilo Caicedo Taipa (Eds.). *Derechos ancestrales: justicia en contextos plurinacionales*. Quito, Ministerio de Justicia y Derechos Humanos, 2009 (Serie Justicia y Derechos Humanos, Neoconstitucionalismo y Sociedad).
- Molina Rivero, Ramiro. “La justicia comunitaria en Bolivia: cambios y comunidades”. En Laura Giraudó (Ed.), *Derechos, costumbres y jurisdicciones indígenas en la América Latina contemporánea*. Madrid CEPC, 2008.
- Sánchez Botero, Esther. “La jurisdicción especial indígena. Nueva estrategia de la máquina de captura”. En Laura Giraudó. (Ed.). *Derechos, costumbres y jurisdicciones*

Sección Doctrina

indígenas en la América Latina contemporánea. Madrid, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2008.

Santos, Boaventura de Sousa (Coord.). *Justicia indígena, plurinacionalidad e interculturalidad en Bolivia*. Quito, Abya-Yala, 2012.

_____. (Coord.). *Justicia indígena, plurinacionalidad e interculturalidad en Ecuador*. Quito, Abya-Yala, 2012.

_____. *Refundación del Estado en América: perspectivas desde una epistemología del Sur*. Quito, Abya-Yala, 2010.

Yrigoyen Fajardo, Raquel. “Aos 20 anos do Convênio 169 da OIT: balanço e desafio da implementação dos direitos dos povos indígenas na América Latina”. En Ricardo Verdem (Coord.). *Povos indígenas. Constituições e reformas políticas na América Latina*. Brasília [Brasil], Instituto de Estudos Socioeconômicos, 2009.

Zambrano Álvarez, Diego. Justicias ancestrais: analogías y disanalogías entre sistemas jurídicos concurrentes. Carlos Espinosa Gallegos-Anda y Danilo Caicedo Taipa (Eds.). *Derechos ancestrales: justicia en contextos plurinacionales*. Quito, Ministerio de Justicia y Derechos Humanos, 2009 (Serie Justicia y Derechos Humanos, Neoconstitucionalismo y Sociedad).

Documentales

OIT. Convênio N. 169 sobre Povos Indígenas e Tribais em Países Independentes, 1989.

ONU. Declaração das Nações Unidas sobre os Direitos dos Povos Indígenas, 2007.

Legislativas

Constitución Política del Estado Plurinacional de Bolivia. (Constituição Política da Bolívia [07 fevereiro 2009], consultada por la autora).

Constitución de la República del Ecuador. (Constituição do Equador [24 julho 2008], consultada por la autora).