

PLURALISMO JURÍDICO Y JURISDICCIÓN INDÍGENA EN AMÉRICA LATINA SISTEMAS DE COORDINACIÓN

*por Marina Cuneo**

I – Introducción.

En toda sociedad democrática, el pluralismo -entendido como sistema superador en donde se acepta la diversidad social e ideológica en materia económica y política, el derecho a la organización y a la libre participación política- constituye un ingrediente esencial. En sociedades multiculturales y multiétnicas como las latinoamericanas, la diversidad le otorga un carácter particular al pluralismo, toda vez que esos grupos étnicos han construido no sólo sistemas sociales y culturales propios sino también otros órdenes jurídicos diversos del instituido en forma general. En una sociedad concebida en esos términos (como un espacio dinámico en lo esencial), esos órdenes jurídicos que existen como expresión del pluralismo se articulan y comunican entre sí, de manera que no forman islas ni compartimientos estancos sino que ejercen y reciben en forma permanente influencia del orden jurídico mayor. Esa comunicación y tensión continua hace evolucionar el derecho, lo cual entraña el particular desafío de articular los distintos espacios jurídicos en un marco coherente a la hora de implementar preceptos programáticos y normativos superadores de la visión occidental tradicional del Estado, nacida durante el Renacimiento y cristalizada con posterioridad a la Revolución francesa[1].

Compartir

En Latinoamérica, esa convivencia de cosmovisiones y valores culturales y jurídicos diversos ha implicado todo tipo de conflictos, máxime si se tiene en cuenta la carga histórica que supone el modo en que se llevó adelante la conquista para los pueblos originarios, por vía de la acesión de las tierras habitadas por éstos por parte de los imperios europeos dominantes alrededor del año 1500 (España y Portugal), imponiendo un modo de organización social, política y jurídica contrapuesto al orden

que imperaba en cada uno de los pueblos indígenas de la América precolombina, y llevando a cabo un proceso de asimilación cultural que se tradujo en la adopción de un diseño social homogéneo, mediante el cual se impuso a los grupos minoritarios el abandono (en algunos casos violento) de su cultura tradicional, sus costumbres y su lengua y la adopción de los valores de la cultura dominante.

Las concepciones estatales americanas, que evolucionaron durante siglos bajo el signo del modelo jurídico continental, dando origen primero al derecho indiano (con una influencia destacada en el mismo de la costumbre de los pueblos originarios)[2] durante la época colonial y –posteriormente- informando al derecho nacional de cada país, se ven enfrentadas a exigencias plurinacionales que demandan el reconocimiento no sólo de su cultura e identidad, sino también de sus instituciones jurídicas propias. Más de cinco siglos después de la conquista de América, el respeto debido a los descendientes de los pobladores originarios conlleva para los estados plurinacionales la carga de rediseñar las democracias, incorporando y haciendo participar a las etnias originarias, reconociendo su impronta cultural, y –al mismo tiempo- respetando el plexo de derechos humanos reconocidos internacionalmente.

El pluralismo jurídico -en el contexto del cuestionamiento internacional a los quinientos años de la llegada de los imperios europeos al continente, los movimientos de reivindicación de derechos de los pueblos indígenas, los instrumentos internacionales de derechos humanos incorporados a las legislaciones americanas y las reformas constitucionales llevadas adelante en varios estados latinoamericanos- ha significado no sólo la adopción de un modelo de gestión novedoso, sino también la irrupción de un nuevo paradigma jurídico, que supone la afirmación de los pueblos indígenas como sujetos políticos y el quiebre de la idea de Estado-nación como una entidad homogénea, reconociéndose la diversidad cultural, lingüística y jurídica y las distintas consecuencias que derivan de este reconocimiento.

Los operadores jurídicos se ven así ante el reto de encontrar respuestas innovadoras que permitan la convivencia de esos órdenes jurídicos disímiles, con la dificultad adicional de que los instrumentos y pautas jurídicas disponibles provienen en forma mayoritaria de la esfera del derecho continental e internacional y de las normas constitucionales diseñadas bajo su influjo, lo que refuerza la necesidad –en orden de

evitar el predominio de criterios jurídicos eurocéntricos contradictorios con el pluralismo jurídico declarado- de encontrar respuestas creativas e inéditas, tanto en el ámbito legislativo cuanto en el judicial.

En lo que hace al ámbito legislativo, distintos países han incorporado en su legislación ordinaria –con no pocas dificultades- mecanismos pioneros de reconocimiento de los órdenes jurídicos de los pueblos originarios, siendo los países andinos quienes más avanzaron en este sentido, mientras que otras legislaciones –como la argentina- han evidenciado progresos pero sin la misma profundidad y alcance. El convenio 169 de la OIT –al que haremos referencia en el acápite siguiente- ha sido el punto de inflexión para la incorporación en la legislación positiva latinoamericana de principios, derechos y garantías dirigidos en particular a las minorías conformadas por los descendientes de los pobladores originarios de América. Asimismo, la ONU aprobó en 1994 el “Proyecto de Declaración de las Naciones Unidas sobre los Derechos de las Poblaciones Indígenas”, que establece que los pueblos indígenas:

Tienen derecho a promover, desarrollar y mantener sus estructuras institucionales y sus costumbres, tradiciones, procedimientos y prácticas jurídicos característicos, de conformidad con las normas de derechos humanos internacionalmente reconocidas (art. 33); tienen el derecho colectivo de determinar las responsabilidades de los individuos para con sus comunidades” (art. 34) y asimismo que Tienen derecho a procedimientos equitativos y mutuamente aceptables para el arreglo de controversias con los Estados, y una pronta decisión sobre esas controversias, así como a recursos eficaces para toda lesión de sus derechos individuales y colectivos. En esas decisiones se tomarán en cuenta las costumbres, las tradiciones, las normas y los sistemas jurídicos de los pueblos indígenas interesados (art. 39)[3].

El 13 de septiembre de 2007, la Asamblea General adoptó la Declaración sobre los derechos de los pueblos indígenas[4].

En cuanto al ámbito judicial, le ha tocado marcar el rumbo a los altos tribunales continentales, por medio de una jurisprudencia que interprete la legislación (y los eventuales conflictos que se deriven de ella) de manera coherente. Siguiendo ese derrotero, la Corte Interamericana de Derechos Humanos ha receptado y reconocido el pluralismo producto de la multiculturalidad, avanzando sobre el orden internacional de

derechos humanos individualista (y básicamente liberal) y recreándolo a la luz del orden colectivo que tienen la mayoría de los pueblos indígenas[5]. Esa articulación hay que comprenderla bajo el prisma de la jurisprudencia interamericana, que está buscando reorganizar esa complejidad de sociedades que no estaba representada ni prevista cuando se adoptaron las normas positivas sobre derechos humanos.

Importantes logros se han conseguido desde esa perspectiva. La CIDH fue –por ejemplo- el primer tribunal que ha receptado el derecho a la propiedad colectiva de la tierra como derecho humano. La norma internacional se refiere únicamente al derecho a la propiedad individual, pero dicho organismo ha efectuado una interpretación constructiva e innovadora en donde se incorporan como elementos indispensables la no discriminación, el derecho a la identidad, y el reconocimiento de que en el derecho indígena la propiedad colectiva de la tierra resulta ser un ingrediente esencial de una visión de la tierra y el territorio que no es meramente patrimonial sino que hace a la identidad de los pueblos. Mediante ese reconocimiento a la propiedad colectiva de la tierra como un derecho humano no se hace simplemente una mutación de lo individual a lo colectivo, sino que se recupera un sentido distinto de la propiedad en función de valores ancestrales, sustancialmente distintos de los valores tradicionales imperantes en Occidente, y que integran la identidad indígena, revelando toda una axiología jurídica propia y característica.

Este nuevo paradigma jurídico latinoamericano ha suscitado muchos interrogantes, relacionados con la autonomía de los pueblos indígenas. Cabe preguntarse -por ejemplo en lo que tiene que ver con el establecimiento de sanciones o castigos no previstos o no reconocidos por la legislación ordinaria- por los límites que encuentra esta autonomía, y con qué criterios y herramientas del mundo democrático se puede resolver esa tensión existente. En otras palabras, surge la necesidad de determinar la manera de encontrar un punto de equilibrio entre la autonomía jurídica absoluta de los pueblos indígenas y su normativa (a veces enfrentada con el sistema de derechos humanos elementales reconocido en las constituciones latinoamericanas), y la necesidad de un control permanente por parte del Estado (que devendría incompatible con los principios del pluralismo), teniendo presente que el derecho no es sólo el texto de la norma: es una pieza viva que se incorpora a la vida social y que en su evolución ha

establecido ciertas obligaciones a cargo del Estado, que debe responder a las expectativas, necesidades y presiones de la sociedad a partir de casos y situaciones concretas. Ello permite adoptar una perspectiva más completa e interesante, alejada de una visión conservadora y reaccionaria que no admite cambios y congela los derechos establecidos por el orden jurídico estatal, pero que al mismo tiempo debe tratar de evitar la paradoja de que en nombre del pluralismo jurídico se terminen aceptando soluciones jurídicas autoritarias y violatorias de derechos elementales.

Los constituyentes latinoamericanos, al reconocer la existencia de ordenamientos jurídicos diversos del previsto en la legislación genérica y admitir la existencia de una jurisdicción distinta a la emanada del Estado central, no sólo han adoptado una solución técnico-jurídica respetuosa del pluralismo jurídico y la diversidad cultural, sino también una decisión política trascendente, superadora del monopolio de la actividad legislativa (por un lado) y de la designación de autoridades (por el otro) por parte del Estado central. Precisamente, uno de los aspectos más problemáticos que surgieron como consecuencia del mencionado reconocimiento estatal de las instituciones de los pueblos originarios es el relacionado con el derecho a una jurisdicción propia, lo cual implica la potestad de recurrir a sus autoridades e instancias internas para dar solución a las controversias que se generen dentro de sus territorios, así como a la facultad de tomar decisiones, juzgar y ejecutar hechos de acuerdo con sus normas y tradiciones.

El objetivo de este trabajo monográfico es estudiar de qué manera se ha receptado en Latinoamérica -en el marco del pluralismo jurídico arriba mencionado- el derecho a la jurisdicción de los pueblos originarios, reseñando la forma en que se ha implementado en la práctica el reconocimiento de la jurisdicción indígena en las distintas legislaciones americanas, y cómo se ha intentado lograr la coordinación de esa jurisdicción especial con la jurisdicción ordinaria.

II – Un hito en el reconocimiento internacional del pluralismo jurídico: el convenio 169 de la OIT y su referencia a la jurisdicción indígena.

La Organización Internacional del Trabajo mostró desde sus inicios una preocupación por los derechos de los pueblos indígenas, reconociendo que se encontraban entre los sectores de trabajadores que más sufren la explotación laboral. Pronto se adoptaron una serie de instrumentos que demostraron una vocación protectoria de estas minorías, a favor de un diálogo intercultural que posibilitara la transición hacia un nuevo modelo de Estado plurinacional y pluricultural[6]. En 1989 la OIT adoptó el Convenio 169 sobre Pueblos Indígenas (sustituye el término “Poblaciones” utilizado en el convenio 107 por “Pueblos”) y Tribales en Países Independientes, que entró en vigor en 1991, y desde entonces es el acuerdo internacional de derecho indígena más conocido en el mundo, erigiéndose en un avance fundamental en el reconocimiento y protección de los derechos de los pueblos indígenas, de su carácter de pueblos, de su derecho a asumir el control de sus propias instituciones, de sus formas de vida y desarrollo y de los derechos sobre sus tierras y territorios. Es un tratado vinculante y en consecuencia obligatorio para todos los países que lo han firmado y ratificado: México (1990) Bolivia y Colombia (1991), Costa Rica y Paraguay (1993), Perú (1994), Honduras (1995), Guatemala (1996), Ecuador (1998), Argentina (2000), Brasil, Venezuela y República Dominicana (2002), Chile (2008) y Nicaragua (2010).

El convenio es de aplicación a los pueblos indígenas y tribales de países independientes, diferenciados por sus condiciones sociales, económicas y culturales y económicas, y regidos, total o parcialmente, por sus propias costumbres o tradiciones o por una legislación especial. Se destina a quienes descienden de poblaciones que habitaban en el país o en una región geográfica a la que pertenece el país en la época de la conquista o la colonización o del establecimiento de las actuales fronteras estatales. En lo que respecta al derecho a la jurisdicción indígena, se establece:

Artículo 8: 1. Al aplicar la legislación nacional a los pueblos interesados deberán tomarse debidamente en consideración sus costumbres o su derecho consuetudinario. 2. Dichos pueblos deberán tener 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 derechos humanos internacionalmente reconocidos. Siempre que sea necesario, deberán establecerse

procedimientos para solucionar los conflictos que puedan surgir en la aplicación de este principio. 3. La aplicación de los párrafos 1 y 2 de este artículo no deberá impedir a los miembros de dichos pueblos ejercer los derechos reconocidos a todos los ciudadanos del país y asumir las obligaciones correspondientes.

Artículo 9: 1. En la medida en que ello sea compatible con el sistema jurídico nacional y con los derechos humanos internacionalmente reconocidos, deberán respetarse los métodos a los que los pueblos interesados recurren tradicionalmente para la represión de los delitos cometidos por sus miembros. 2. Las autoridades y los tribunales llamados a pronunciarse sobre cuestiones penales deberán tener en cuenta las costumbres de dichos pueblos en la materia.

Artículo 10: 1. Cuando se impongan sanciones penales previstas por la legislación general a miembros de dichos pueblos deberán tenerse en cuenta sus características económicas, sociales y culturales. 2. Deberá darse la preferencia a tipos de sanción distintos del encarcelamiento". Artículo 12: "Los pueblos interesados deberán tener protección contra la violación de sus derechos, y poder iniciar procedimientos legales, sea personalmente o bien por conducto de sus organismos representativos, para asegurar el respeto efectivo de tales derechos. Deberán tomarse medidas para garantizar que los miembros de dichos pueblos puedan comprender y hacerse comprender en procedimientos legales, facilitándoles, si fuere necesario, intérpretes u otros medios eficaces.

III - Los pueblos originarios como sujetos de derechos.

Muchas denominaciones se han usado para referirse a los grupos descendientes de los habitantes originarios de Latinoamérica. Así, se ha hablado de naciones, comunidades, etnias, minorías, poblaciones o pueblos indígenas, aborígenes, originarios, nativos o autóctonos[7]. Se trata –como advierten Aguilar *et al* (2010:2), más que de un asunto semántico, de una cuestión con repercusiones jurídicas, puesto que el derecho internacional determina estatutos diferentes para cada una de esas categorías, reconociendo únicamente a los pueblos el derecho de libre determinación. Los organismos internacionales, así como los cuerpos legislativos y los organismos

públicos en cada Estado buscan definir para poder generar un marco referencial que permita establecer políticas, diseñar legislaciones y reglamentaciones, llevar estadísticas y delinear proyectos, a pesar de que es muy difícil generar consenso en torno a este tipo de conceptualizaciones[8].

El Relator Especial de Naciones Unidas, José Martínez Cobo, en su "Estudio del problema de la discriminación contra las poblaciones indígenas", sostiene que:

Las comunidades, pueblos y naciones indígenas son aquellos que, teniendo una continuidad histórica con las sociedades previas a la invasión y colonización que se desarrollaron en sus territorios, se consideran a sí mismos distintos de otros sectores de las sociedades que prevalecen actualmente en esos territorios, o en partes de los mismos. En la actualidad constituyen sectores no dominantes de la sociedad y están determinados a preservar, desarrollar y traspasar a futuras generaciones sus territorios ancestrales y su identidad étnica, como base de su continua existencia como pueblos, de acuerdo con sus propias pautas culturales, instituciones sociales y sistemas legales[9].

Bolivia, en su Constitución de 2009, señala en su art. 30.I que: Es nación y pueblo indígena originario campesino toda la colectividad humana que comparta identidad cultural, idioma, tradición histórica, instituciones, territorialidad y cosmovisión, cuya existencia es anterior a la colonia española". Asimismo que: Dada la existencia precolonial de las naciones y pueblos indígenas originarios campesinos y su dominio ancestral sobre sus territorios, se garantiza su libre determinación en el marco de la unidad del Estado, que consiste en su derecho a la autonomía, al autogobierno, a su cultura, al reconocimiento de sus instituciones y a la consolidación de sus entidades territoriales, conforme a esta Constitución y a la Ley. (art. 2°).

El art. 5° de la Constitución de Nicaragua efectúa un reconocimiento expreso de la existencia de los pueblos indígenas y de sus derechos, en especial del derecho a mantener y desarrollar su identidad y cultura, y consagra un régimen de autonomía para las comunidades de la Costa Atlántica. La Constitución mexicana hace la respectiva referencia en su art. 2°: "la Nación tiene una composición pluricultural sustentada originalmente en sus pueblos indígenas". El art. 62 de la Constitución de Paraguay "reconoce la existencia de los pueblos indígenas, definidos como grupos de culturas anteriores a la formación y organización del Estado paraguayo." La Constitución de

Venezuela señala en su art. 119 que: El Estado reconocerá la existencia de los pueblos y comunidades indígenas, su organización social, política y económica, sus culturas, usos y costumbres, idiomas y religiones, así como su hábitat y derechos originarios sobre las tierras que ancestral y tradicionalmente ocupan y que son necesarias para desarrollar y garantizar sus formas de vida.

También se refieren a los pueblos indígenas otras tres constituciones latinoamericanas: Argentina (art. 75 N° 17: corresponde al Congreso reconocer la preexistencia étnica y cultural de los pueblos indígenas), Colombia (arts. 96.2.c, sobre los miembros de los pueblos indígenas en cuanto colombianos por adopción, y 246, referido a las atribuciones jurisdiccionales de las autoridades de los pueblos indígenas), y Ecuador (arts. 1° y 2°, que definen al Estado como intercultural, plurinacional y plurilingüe). No se encuentran otras referencias a la utilización del término en otras constituciones latinoamericanas.

IV - La jurisdicción indígena en América Latina. Sistemas de coordinación

El último cuarto del siglo XX marcó un cambio notorio respecto de la consideración de los derechos de los pueblos indígenas en las constituciones latinoamericanas, reconociéndose inicialmente algunos derechos diferenciados, como el derecho al idioma. Posteriormente el activismo de los constituyentes latinoamericanos – siguiendo el sendero marcado por el convenio 169 de la OIT- ha ido incorporando en las respectivas constituciones otros derechos (a la propiedad de sus tierras, bienes, recursos vitales, territorios y recursos, a su cultura e identidad, al empleo, la salud, la educación y a determinar libremente su condición política, su desarrollo económico y su organización institucional y jurídica). Entre los derechos reconocidos se encuentra el derecho a la jurisdicción. Sagüés[10] apunta en ese sentido que algunas constituciones van a enunciar dos derechos en particular, de tipo colectivo: el derecho a contar y ejercer su propio derecho (habitualmente consuetudinario) y el derecho a poseer sus propios órganos judiciales (derecho a la propia jurisdicción).

Apunta el autor citado que en el constitucionalismo latinoamericano existen tres actitudes sobre el tema:

- a) La omisión de la admisión expresa del derecho al propio derecho y a la jurisdicción en el texto constitucional (es el caso de Argentina).
- b) Reconocer la existencia de un derecho indígena propio, normalmente consuetudinario, sometido o paralelo al derecho estatal formal, pudiéndose admitir una pluralidad de órdenes normativos de disímil vigencia dentro de un mismo Estado (es el caso de México y Perú, por ejemplo).
- c) Además de aceptar la existencia de un derecho propio, algunas constituciones reconocen la existencia de una jurisdicción indígena especial, distinta de la jurisdicción ordinaria, remarcando Sagüés la posibilidad de la existencia de un derecho indígena reconocido de manera oficial por el Estado, pero aplicado por tribunales ordinarios, situación que parece ser del caso en Paraguay, determinando en su art. 63 in fine: “En los conflictos jurisdiccionales, se tendrá en cuenta el derecho consuetudinario indígena”. Colombia^[11], por su parte, reconoce expresamente la jurisdicción indígena por medio de su constitución, en su artículo 246, aclarando que la autoridad judicial indígena operaría “de conformidad con sus propias normas y procedimientos”, y el mismo camino sigue la de Venezuela, ya que acepta “instancias de justicia con base en sus tradiciones ancestrales”. La constitución de Bolivia reconoce tres jurisdicciones, la ordinaria, la agroambiental y la indígena, además del tribunal constitucional. La jurisdicción ordinaria y la indígena originaria campesina tienen, según el art. 179, similar jerarquía.

El desafío actual para los estados plurinacionales consiste en coordinar las distintas jurisdicciones (jurisdicción indígena y sistema judicial nacional) en un marco de respeto por el pluralismo jurídico y las particularidades de los pueblos indígenas, pero teniendo en cuenta también que no se vean afectados los derechos elementales reconocidos en los instrumentos internacionales de derechos humanos.

En las legislaciones latinoamericanas se han explorado distintas vías para lograr la coexistencia de jurisdicciones disímiles, como son la justicia ordinaria estatal y la justicia especial indígena. Las constituciones han dado algunas respuestas en este sentido. Siguiendo nuevamente a Sagüés, puede constatarse la existencia de reglas de preferencia, reglas de delimitación y reglas de articulación.

a) En cuanto a las reglas de preferencia, implican asignar prioridad a principios, normas o grupos de normas sobre otras, a las cuáles éstas deben subordinarse. Tenemos así las siguientes:

I. La regla que asigna preferencia a la Constitución sobre el derecho indígena, en sus distintas variantes, incluyendo a la Constitución y además a la ley y al orden público (art. 260 Constitución de Venezuela), o a la Constitución y leyes de la República (art. 246 Constitución de Colombia).

II. La que asigna preferencia a los derechos fundamentales de las personas. Es el caso del art. 149 de la Constitución del Perú.

III. La que asigna prioridad a “los derechos constitucionales” (caso de la Constitución de Ecuador, art. 57, y la de Paraguay, art. 63).

IV. La que asigna superioridad a un bloque de normas. La Constitución de México establece así el siguiente orden de prioridad: la Constitución, las garantías individuales, los derechos humanos y la dignidad e integridad de las mujeres (art.2.A.II).

V. La Constitución de Ecuador asigna prioridad a la Constitución y a los derechos humanos (art. 171).

VI. La Constitución de Bolivia enumera en su art. 190-II los principios que debe respetar la jurisdicción indígena: el derecho a la vida, el derecho a la defensa y demás derechos y garantías establecidos en la Constitución.

b) Las reglas de delimitación, por su parte, establecen topes o límites a las competencias de la jurisdicción indígena:

I. Personales: limita el ejercicio de la autoridad sólo a los integrantes de los pueblos indígenas (art. 260 de la Constitución de Venezuela y art 19I de la Constitución de Bolivia).

II. Geográficos: dentro del territorio de la comunidad indígena. La Constitución de Colombia lo establece en su art.246, Ecuador en el 57 inc. 10 y Bolivia en el 191.

III. En función de la materia: para la aplicación del derecho indígena (Bolivia, art. 191; México, art. 2.A.II).

Finalmente, existen en las constituciones latinoamericanas reglas de articulación entre la jurisdicción indígena, la ordinaria y la constitucional:

I. Regla de reconocimiento del valor de los fallos de la justicia indígena. En Bolivia se establece que las autoridades públicas deben acatar sus disposiciones (Art. 192-I). En Ecuador las autoridades públicas deben respetarlas (Art. 171).

II. Reglas de subordinación de la jurisdicción indígena a la constitución. En Ecuador las resoluciones están sujetas al control de constitucionalidad, además de los dispositivos de coordinación y cooperación entre la jurisdicción indígena y la ordinaria, creándose -afirma Sagüés- un proceso constitucional específico: la acción extraordinaria de protección contra decisiones de la justicia indígena, regulada por la Ley orgánica de garantías constitucionales y control constitucional”[12]. En Bolivia existe la “consulta de autoridades indígenas originarias campesinas sobre la aplicación de sus normas jurídicas a un caso concreto (Art. 202-8 de la Constitución y Código Procesal Constitucional).

Por otra parte, la jurisprudencia constitucional emanada de los tribunales de los países que han reconocido la jurisdicción indígena puede iluminar algunos aspectos poco claros de la articulación entre jurisdicciones. En este sentido, la Corte Constitucional colombiana (conocida por su amplitud de criterios y su actividad precursora en la coordinación y aplicación del derecho indígena) ha sido el tribunal nacional que más ha profundizado en la adopción de parámetros jurisprudenciales que permitan superar las contradicciones existentes. Por ejemplo, en la sentencia T -254/94, en un caso en que se impuso como sanción a un indígena y su familia la expulsión de la comunidad por la supuesta comisión del delito de hurto, se concedió la tutela constitucional por la violación del derecho fundamental al debido proceso del solicitante y del derecho a la integridad física de sus hijos. Consecuentemente, la Corte ordenó a los miembros del cabildo indígena, acoger nuevamente a la comunidad -bajo su responsabilidad- al actor y a su familia, mientras se procedía nuevamente a tomar la decisión a que hubiere lugar por los hechos que se le imputaron al actor. La corte advirtió que la decisión a tomar no podía involucrar a la familia del accionante y que debía darse en un juicio en que se respetaran las normas y procedimientos de la comunidad, con estricta sujeción a la Constitución. Dijo la Corte que: La atribución constitucional de ejercer funciones jurisdiccionales dentro de su ámbito territorial, reconocida a las autoridades indígenas, de conformidad con sus propias normas y

procedimientos, está supeditada a la condición de que estos y aquellas no sean contrarios a la ley. Las diferencias conceptuales y los conflictos valorativos que puedan presentarse en la aplicación práctica de ordenes jurídicos diversos, deben ser superados respetando mínimamente las siguientes reglas de interpretación: 1. A mayor conservación de sus usos y costumbres, mayor autonomía. 2. Los derechos fundamentales constitucionales constituyen el mínimo obligatorio de convivencia para los particulares. 3. las normas legales imperativas (de orden público) de la Republica priman sobre los usos y costumbres de las comunidades indígenas, siempre y cuando protejan directamente un valor constitucional superior al principio de diversidad étnica y cultural. 4. Los usos y costumbres de una comunidad indígena priman sobre las normas legales dispositivas[13]/[14].

En la Sentencia T-001/12 ha establecido ciertas limitaciones a la jurisdicción indígena y ciertos criterios para la determinación del fuero indígena: Las comunidades indígenas tienen el derecho a que la jurisdicción indígena sea respetada de manera que, una vez asumido un caso para su conocimiento, la decisión adoptada tiene la misma jerarquía de una sentencia ordinaria. La jurisprudencia de esta Corporación ha determinado que, cuando en el caso sometido a su conocimiento todas las partes son integrantes de la misma comunidad, la facultad de las autoridades de los pueblos indígenas para resolverlo, está sometida al respeto de los derechos a la vida, a la prohibición de la tortura, los tratos crueles, degradantes e inhumanos y al debido proceso, que son principios de mayor monta que la diversidad étnica y cultural y sobre los cuales existe un verdadero consenso intercultural. En esta medida, corresponde al operador judicial consultar la especificidad de la organización social, política y jurídica de la comunidad en cuestión para resolver el caso, pues cada comunidad es diferente y en principio, a mayor conservación de sus usos y costumbres, mayor autonomía. En todo caso, cuando se presenta una tensión entre los derechos individuales fundamentales y el reconocimiento de la diversidad étnica y cultural, el juez debe atender las circunstancias particulares del caso concreto y tener en cuenta que las características de los elementos que integran la jurisdicción especial indígena varían en función de la cultura específica. La jurisdicción especial indígena se define como derecho autónomico y colectivo de las comunidades indígenas de carácter fundamental que se refiere a que

los delitos y conflictos que se presenten en el territorio de la comunidad (criterio territorial) o por un miembro de ésta (criterio personal) deben resolverse conforme a sus normas, procedimientos y autoridades. La decisión tomada en dicha jurisdicción tiene el mismo valor de una sentencia ordinaria. Teniendo en cuenta esta diferenciación la jurisprudencia constitucional ha establecido una serie de criterios para determinar el fuero y la jurisdicción indígena. En conclusión sobre este punto, para determinar el fuero indígena y la jurisdicción especial indígena, la Corte ha establecido cuatro criterios. El criterio objetivo, que se refiere a que en principio cualquier controversia que se presente en un territorio indígena debe ser resuelto en su comunidad; en segundo lugar el criterio territorial, que se refiere que la comunidad puede juzgar cualquier conducta cometida en su ámbito geográfico o espacial; en tercer término el factor personal, que se refiere a que si se trata de un miembro de la comunidad debe ser juzgado por ésta, teniendo en consideración el grado de pertenencia y de integración del sujeto a su comunidad, es decir, que comparta su propia cosmovisión, criterio que también recibe el nombre de criterio subjetivo. Por último se debe tener en cuenta también el factor institucional, es decir que existan una serie de normas, procedimientos y costumbres que tengan cierto grado de predictibilidad de carácter genérico. Estos elementos determinantes para establecer el fuero y la aplicación de la jurisdicción indígena pueden tener algunas excepciones que se deben resolver por parte del juez, ponderando en algunos casos entre los diferentes criterios de aplicación del fuero indígena y escogiendo si se debe aplicar la normatividad nacional o la normatividad de determinada comunidad indígena[15].

V – Conclusión

En mi opinión, sería contraproducente seguir alimentando una inflación legislativa sobre la jurisdicción indígena en las legislaciones que la han reconocido, toda vez que una enorme cantidad de reglas producto de una casuística excesiva, conduciría tal vez a mayores desencuentros. El camino de la interpretación jurisprudencial parece ser el adecuado, y la experiencia de la Corte Constitucional de Colombia es suficientemente descriptiva en este sentido. No existen –sin embargo- modelos de

solución aceptados en forma general, ya sea a través de normas legales positivas o por medio de la jurisprudencia. Lo importante es que exista un permanente proceso creativo de debate y discusión pública por medio del cual las autoridades estatales vayan definiendo los criterios a utilizar como consecuencia de la interacción y dinámica entre las fuerzas sociales que representen distintos órdenes jurídicos, de manera de adoptar lineamientos básicos en la materia.

Parece existir una coincidencia general entre los operadores jurídicos respecto de que la admisión -en el contexto del pluralismo jurídico- de los derechos reconocidos a los diferentes órdenes jurídicos, debe tener como límite la no afectación de ciertos derechos que deben respetarse por todos. Ello se traduce en un ejercicio práctico constante por parte de las autoridades de los Estados y los grupos sociales, a fin de que fomenten la interacción de los distintos órdenes jurídicos, con reglamentos que establezcan bases y principios, pero evitando normas estrictas y casuísticas. Lo importante es la existencia de dos ingredientes fundamentales en toda sociedad democrática cuales son el pluralismo y el dialogo que permitan consensuar los distintos órdenes, con la finalidad de conseguir la convivencia armónica entre las distintas jurisdicciones, teniendo en cuenta las diferencias culturales, pero con el límite infranqueable de no permitir -bajo ninguna circunstancia- la violación de los derechos humanos fundamentales.

* Secretaria del Juzgado de Paz de Paso de la Patria.

Notas

[1] Dicha visión paradigmática entrañaba la idea de un derecho formal y nacional único, emanado de un Estado nacional central que ejerce soberanía jurídico-política en forma monopólica.

[2] Levene expresa al respecto que "...Instituciones y costumbres que no están consignadas en la recopilación de 1680 -que solo inserta las que estaban en vigor- fueron autorizadas por leyes anteriores, derogadas después; pero las instituciones y costumbres subsistieron vigorosamente, a veces, no obstante las disposiciones en contrario de las nuevas leyes." Cfr. Levene, Ricardo, Introducción a la Historia del Derecho Indiano, Valerio Abeledo, Editor, Librería Jurídica, Buenos Aires, 1924, p.42.

[3] Cfr. <http://www.cidh.org/indigenas/indigenas.sp.01/articulo.XVI.htm>

[4] Cfr. http://www.un.org/esa/socdev/unpfii/documents/DRIPS_es.pdf

[5] Cfr. <http://indigenas.bioetica.org/fallos/jurisddhh.htm>

[6] Ellos son los siguientes: Convenio 29 sobre trabajo forzoso (1930), Recomendación 35 sobre imposición indirecta del trabajo (1930), Recomendación 36 sobre reglamentación del trabajo forzoso (1930), Convenio 50 sobre reclutamiento de trabajadores indígenas (1936), Recomendación 46 sobre supresión del reclutamiento (1936), Convenio 64 sobre contratos de trabajo de trabajadores indígenas (1939), Convenio 65 sobre sanciones penales a trabajadores indígenas (1939), Recomendación 58 sobre contratos de trabajo de los trabajadores indígenas (1939), Recomendación 59 sobre inspección del trabajo en el caso de los trabajadores indígenas (1939). Posteriormente, en 1957, se aprobaron el Convenio 107 y la Recomendación 104, que contemplaban los derechos de las poblaciones indígenas y tribales.

[7] En cualquier caso, se evita el uso del vocablo “indios”. Fernández Chiti apunta que cuando se produjo la conquista de América, Colón creyó haber llegado a la India, naciendo la denominación “indio” con que se designó desde entonces, en Europa, a los habitantes de América. La voz “indígena”, en cambio, proviene del latín “inde”: de allí mismo; y del sufijo “génos”: nacido, generado, siendo su uso legítimo para aludir a los habitantes racial y lingüísticamente nativos de nuestra América. El autor critica asimismo el término pueblos originarios y el uso de “aborigen”. Cfr Fernández Chiti, Jorge, “¿Pueblos originarios, indígenas, aborígenes?”, en <http://www.condorhuasi.org.ar/informe.htm>

[8] Puede ampliarse respecto de la utilización de las distintas expresiones empleadas para denominar a los indígenas latinoamericanos en el blog del bibliotecólogo Edgardo Civallero, en el siguiente enlace: <http://bibliotecasypueblosoriginarios.blogspot.com.ar/2007/09/07.html>

[9] Martínez Cobo, J., 1983, "Estudio sobre el problema de la discriminación contra las poblaciones indígenas". Informe final presentado por el relator especial, Sr. José Martínez Cobo, en pág. 50, Doc. UN.

E/CN.4/Sub2/1983/21/Add.8. Citado en Carrasco, Morita. 2002. "Capítulo XI: Una perspectiva sobre los pueblos indígenas en Argentina". En Derechos Humanos en Argentina. CELS/ Informe 2002.

[10] Sagües, Néstor Pedro, “Derechos de los pueblos originarios: ¿El derecho al propio derecho y a la propia jurisdicción?”, Anuario de Derecho Constitucional latinoamericano Año XIX, Bogotá, Fundación Konrad Adenauer. Oficina Colombia, 2013, p. 384 y ss.

[11] Colombia fue el primer estado latinoamericano que reconoció la jurisdicción indígena, en su Constitución de 1991. La misma consagra en su art. 7: "El Estado reconoce y protege la diversidad étnica y cultural de la Nación colombiana".

[12] Sagües, Néstor Pedro, Ob cit, p. 387.

[13] http://restituciondetierras.gov.co/media/descargas/pdf_tomo2/etnic/T-254-94.pdf

[14] Pueden consultarse otros fallos novedosos de la Corte Constitucional colombiana en el siguiente enlace: <http://indigenas.bioetica.org/fallos/jurisprudencia.htm#Colombia>

[15] Cfr en <http://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/2012/t-001-12.htm>