

Néstor Pedro Sagüés (Argentina)\*

## Derechos de los pueblos originarios: ¿El derecho al propio derecho y a la propia jurisdicción?\*

### RESUMEN

Los pueblos originarios fueron tratados de algún modo por el constitucionalismo norteamericano (1787) e hispano inicial (1812). Actualmente, los textos constitucionales aluden a sus nuevos derechos, como el de contar con sus propios órdenes normativos y con autoridades jurisdiccionales indígenas. Concurren para justificar estos dispositivos razones históricas, políticas, axiológicas y directrices provenientes del derecho internacional. El tema ha obligado a diseñar reglas constitucionales de preferencia entre tales órdenes, reglas de delimitación entre la jurisdicción indígena y la ordinaria, y reglas de articulación entre ambas, nutriendo así de nuevos capítulos al derecho procesal constitucional.

**Palabras clave:** derecho indígena, derecho constitucional, jurisdicción indígena, derecho comparado, pueblos indígenas.

### ZUSAMMENFASSUNG

Die Ureinwohner wurden bereits zu Beginn der nordamerikanischen (1787) und der hispanoamerikanischen Verfassungsbewegung (1812) in gewisser Weise berücksichtigt. Heute verweisen die Verfassungstexte auf ihre neuen Rechte, darunter das Recht auf eine eigene Rechtsordnung und indigene Rechtsprechungsorgane. Zur Rechtfertigung dieser Bestimmungen werden historische, politische und axiologische Gründe und Maximen herangezogen, die aus dem Völkerrecht stammen. Dadurch wurde es notwendig, Verfas-

---

\* Profesor emérito, Universidad de Buenos Aires. Profesor investigador, Universidad Católica Argentina. Presidente del Instituto Iberoamericano de Derecho Procesal Constitucional, presidente honorario de la Asociación Argentina de Derecho Constitucional, presidente del Centro Argentino de Derecho Procesal Constitucional. <npsagues@gmail.com>.

\*\* El presente trabajo se inserta en el programa de investigaciones de la Facultad de Derecho y Ciencias Sociales del Rosario de la Universidad Católica Argentina.

sungsvorschriften über das Rangverhältnis zwischen den Rechtsordnungen, Vorschriften über die Kompetenzabgrenzung zwischen der indigenen und der ordentlichen Gerichtsbarkeit, und Abstimmungsregeln zwischen diesen zu entwickeln, was dem Verfassungsprozessrecht weitere Kapitel hinzugefügt hat.

**Schlagwörter:** Indigenes Recht, Verfassungsrecht, indigene Gerichtsbarkeit, Rechtsvergleichung, indigene Völker.

## ABSTRACT

The early United States (1787) and Hispanic American (1812) constitutional texts already mentioned the original peoples. Currently, constitutions deal with their new rights, such as having their own systems of rules and indigenous judicial authorities. These mechanisms are justified on historical, political and axiological grounds, as well as by the guidelines provided by international law. This topic has led to the creation of constitutional regulations to establish an order of preference between these sets of rules, to define the boundaries between indigenous and common jurisdictions and develop devices for their harmonization, thus adding new chapters to procedural constitutional law.

**Keywords:** Indigenous law, Constitutional law, Indigenous jurisdiction, Comparative law, Indigenous peoples.

## 1. Introducción. Los pueblos originarios en el primer movimiento constitucionalista. Estados Unidos y España

Si una Constitución debe ocuparse de temas muy relevantes, el elemento indígena tendría que ser un capítulo obligado de muchas de ellas, en tanto y en cuanto tuviere presencia en su caudal poblacional. Y así ha ocurrido, efectivamente, aunque con distinta intensidad. Seleccionamos, al respecto, dos documentos testigo.

La Constitución norteamericana de 1787, tal vez la primera del mundo en sentido estricto (como texto orgánico, escrito y con supremacía), se ocupó del tema en su artículo I, sección ocho, párrafo tercero, en la llamada “cláusula comercial”. En concreto, estableció que el Capitolio tenía poder *para reglar el comercio con las naciones extranjeras y entre los diversos Estados, y con las tribus indias*.

La interpretación jurisprudencial de este precepto ha sido de sumo interés. La Corte Suprema determinó, por ejemplo, que las palabras “tratado” y “nación” se aplicaban a las tribus indias, incluso considerando a tales tribus como comunidades políticas di-

ferenciadas, aptas para celebrar tratados.<sup>1</sup> Sin embargo, aclaró que ellas no contaban con la plena soberanía política como para ser reputadas como un pueblo separado, con poder para reglamentar sus relaciones internas y sociales. En definitiva, puntualizó el Tribunal, tenían habilitación constitucional para realizar negociaciones propias de un tratado, pero “sujetas al poder y a la autoridad de las leyes de los Estados Unidos, cada vez que al Congreso se le ocurriera ejercer su poder legislativo”.<sup>2</sup> Tal interpretación, de tipo restrictivo, podría quizá calificarse como una exégesis mutativa por sustracción, en el sentido que recortó otras posibles versiones de la norma constitucional, en su caso más propicias para la autonomía organizativa de aquellas tribus y el ejercicio de un “derecho propio” en y por ellas.

Sin embargo, la jurisprudencia de la Corte Suprema de los Estados Unidos sobre las tribus indias ha sido mutante. En ciertos casos adoptó un perfil paternalista, aludiendo al poder del Congreso Federal para regularlas, “para su protección, así como para la seguridad de los habitantes entre los cuales ella reside”,<sup>3</sup> definiendo a ese poder federal como “tutor” de aquellas tribus.<sup>4</sup> En otros, ha amparado el derecho de una tribu a “gobernarse con independencia de la ley estadual” (de Montana), cuando se trataba de una adopción en donde todas las partes eran indios y residentes en una reserva.<sup>5</sup>

Veinticinco años después de la Constitución de Filadelfia, la “Pepa”, como coloquialmente se llama a la Constitución de Cádiz (promulgada el día de san José, el 19 de marzo de 1812), volvía específicamente sobre el tema indígena, de gran relevancia para América. Lo hizo en uno de sus artículos más olvidados, el 335, inciso 10, ubicado dentro del título VI: “Del gobierno interior de las provincia y de los pueblos”, en particular en su capítulo II: “Del gobierno político de las provincias y de las diputaciones provinciales”; y en concreto, respecto de las de *ultramar*, vale decir, las situadas en América y Asia.

La cláusula en cuestión encomendaba a tales diputaciones velar *sobre la economía, orden y progresos de las misiones para la conversión de los indios infieles, cuyos encargados les darán razón de sus operaciones en este ramo, para que se eviten los abusos...* El artículo 336, a su turno, puntualizaba que si alguna diputación “abusare de sus facultades”, el rey podía suspender a sus vocales, dando parte a las Cortes.

<sup>1</sup> Ver los casos de la Corte Suprema de los Estados Unidos *Worcester vs. Georgia* (1832), *Talton vs. Mayes* (1896) y *Holden vs. Joy* (1872), en *La Constitución de los Estados Unidos de América* (t. I), traducida por Segundo V. Linares Quintana y Mario Amadeo, Buenos Aires: Kraft, 1949, p. 643.

<sup>2</sup> Cfr. asimismo los casos *United States vs. Kagama*, (1886), *Cherokee Nation vs. Southern Kansas Co.* (1895), y *Stephens vs. Cherokee Nation* (1899), en *La Constitución de los Estados Unidos de América*, ibíd.

<sup>3</sup> Ibíd., caso *United States vs. Kagama*.

<sup>4</sup> Caso *Morton vs. Mancari* (1974). Ver Edward S. Corwin: *La Constitución de los Estados Unidos y su significado actual*, revisada por Harold W. Chase y Craig R. Ducat, traducción de Aníbal Leal, Buenos Aires, Fraternal, 1987, p. 119, texto al que derivamos al lector sobre la evolución jurisprudencial de la cláusula comercial con relación a las tribus indígenas.

<sup>5</sup> Caso *Fisher vs. Dist. Court of 16<sup>th</sup> Dist.* (1976), citado por Edward S. Corwin: op. cit., p. 120.

Esta disposición constitucional, de neto corte paternalista, se vinculaba directamente con una razón histórica basal de la autoridad española sobre América, conferida desde la bula *Inter Ceterae* (“entre los cielos”), emitida en 1493 por el papa, también español, Alejandro VI Borgia: el deber de proteger y evangelizar a los indios.

El mensaje gaditano no fue efímero. Por ejemplo, el artículo 67 inciso 15 de la Constitución argentina de 1853/60, dispuso que al Poder Legislativo le correspondía “... conservar el trato pacífico con los indios, y promover la conversión de ellos al catolicismo”. La norma estuvo vigente hasta 1994.

## 2. La situación en el constitucionalismo latinoamericano actual: el derecho al propio derecho y a la propia jurisdicción

En el último cuarto del siglo xx, la posición del constitucionalismo latinoamericano respecto de los denominados *pueblos originarios*, cambia notoriamente. En primer término, se les reconocen derechos diferenciados a los indígenas (respeto de sus tradiciones, del hábitat, del lenguaje, etc.). Algunas Constituciones, dando un paso en adelante, van a enunciar dos en particular, de tipo colectivo, conferidos a las tribus o naciones: (a) el derecho a contar y ejercer su propio derecho (habitualmente, consuetudinario); (b) el derecho a operar con órganos judiciales propios (la “justicia indígena”). En otras palabras, el derecho al propio derecho y a la propia jurisdicción.

Sobre el tema caben tres actitudes, conforme surgen de los ejemplos que, a título meramente enunciativo y sin pretender agotar el listado de las constituciones del área, citamos a continuación:

- a) Una es la de omitir, en el texto constitucional, la admisión expresa del derecho indígena y de la jurisdicción indígena. Así ocurre, por ejemplo, en el artículo 75, inciso 17 de la Constitución argentina, texto según la reforma constitucional de 1994:

17. Reconocer la preexistencia étnica y cultural de los pueblos indígenas argentinos.

Garantizar el respeto a su identidad y el derecho a una educación bilingüe e intercultural; reconocer la personería jurídica de sus comunidades, y la posesión y propiedad comunitarias de las tierras que tradicionalmente ocupan; y regular la entrega de otras aptas y suficientes para el desarrollo humano; ninguna de ellas será enajenable, transmisible, ni susceptible de gravámenes o embargos. Asegurar su participación en la gestión referida a sus recursos naturales y a los demás intereses que los afectan. Las provincias pueden ejercer concurrentemente estas atribuciones.

La cláusula constitucional no menciona, por ende, al derecho indígena, ni a las autoridades indígenas con funciones gubernativas o judiciales. Tal silencio

puede entenderse, en una primera aproximación, como negación de ambos. Una lectura más permisiva podría recepcionar, sin embargo, al derecho indígena con el mismo valor genérico de cualquier costumbre (derecho consuetudinario), en la medida en que ella sea operativa en la rama jurídica del caso. Incluso, podría tener mayor gravitación, por ejemplo en aras de cimentar la identidad de esos pueblos, objetivo éste que sí está reconocido de manera explícita en el texto constitucional, como, igualmente, para afirmar los otros derechos especialmente tutelados en la cláusula a que aludimos. El debate queda abierto.

- b) Otra postura es la de reconocer la existencia de un derecho indígena propio, normalmente consuetudinario según apuntamos, inferior o paralelo, según los casos, al derecho estatal formal. Ello puede significar admitir una pluralidad de órdenes normativos, dentro de un mismo Estado, bien que con distintos ámbitos de vigencia. La Constitución de México, por ejemplo, acepta la aplicación de sus propios sistemas normativos, en la regulación y solución de los conflictos internos de los pueblos indígenas (Art. 2.A.II). El derecho consuetudinario indígena también está aludido, verbigracia, por la Constitución del Paraguay (Art. 63, aunque especifica que ello está subordinado a la “voluntaria sujeción” a tales normas, por tales pueblos), o por el artículo 149 de la Constitución del Perú (Art. 149), para las comunidades nativas y campesinas. Desde luego, el derecho indígena es francamente admitido por la Constitución del Ecuador (que define al país como un “Estado de *derechos*” en su artículo 1º, y que en su artículo 57 enuncia el derecho de los pueblos indígenas a “crear, desarrollar, aplicar y practicar su derecho propio o consuetudinario”), y en la de Bolivia, que confiere a las mismas comunidades la competencia para ejercer sus sistemas jurídicos, conforme su cosmovisión (Art. 30-II-14).

- c) Otra alternativa, a más de consentir un derecho indígena propio, avanza en aras de aceptar, también, una *jurisdicción* indígena especial y distinta de la ordinaria.

En efecto, puede haber derecho indígena reconocido de manera oficial por el Estado, pero no necesariamente aplicado por las autoridades nativas, sino por los tribunales ordinarios. El texto de la Constitución del Paraguay parece inclinarse en tal sentido, ya que determina en su artículo 63 *in fine* que “En los conflictos jurisdiccionales, se tendrá en cuenta el derecho consuetudinario indígena”.

Son varias las Constituciones que en nuestros días reconocen la existencia de una jurisdicción indígena, para la aplicación de su derecho nativo. El asunto fue expresamente admitido por el artículo 246 de la Constitución colombiana de 1991, que aclaró que tal autoridad operaría “de conformidad con sus propias normas y procedimientos”. Años después, en 1999, la Constitución de Venezuela seguiría igual camino, admitiendo “instancias de justicia con base en sus tradiciones ancestrales”. Hoy en día, el texto más definitorio es probablemente el de Bolivia, que diseña tres jurisdicciones: la ordinaria, la agroambiental y la indígena, aparte del tribunal constitucional. La Constitución de-

clara a la jurisdicción ordinaria y a la indígena originario campesina, como de la misma jerarquía (Art. 179).

De vez en cuando la Constitución se ocupa incluso de temas concernientes a la integración de la justicia indígena. La de Ecuador garantiza, al respecto, la “participación y decisión de las mujeres” (Art. 171).

### 3. Conflictos y armonías

Cuando la Constitución admite un derecho indígena propio, y más todavía, cuando acepta una jurisdicción indígena propia, surgen situaciones de eventual incompatibilidad que exigen remedios constitucionales apropiados. Ellos consisten en *reglas de preferencia*, *reglas de delimitación* y *reglas de articulación*.

- a) *Reglas de preferencia entre el derecho estatal y el derecho indígena*. Su enunciado implica la prioridad que da la Constitución a uno o más insumos jurídicos sobre otros, comenzando, generalmente, por ella misma. Veamos algunas de esas soluciones.
  - i. La primera, bastante típica, es asignar superioridad a la Constitución sobre el derecho indígena, como se verá a continuación. Tiene distintas alternativas.
  - ii. La Constitución de Venezuela ensancha los límites de la superioridad del derecho formal, al incluir a la Constitución, “a la ley y al orden público” (Art. 260). La de Colombia, a la “Constitución y leyes de la República” (Art. 246).
  - iii. Otra regla de preferencia son los “derechos fundamentales de la persona”, superiores a la normatividad de las comunidades nativas: artículo 149, Constitución del Perú.
  - iv. Una cuarta fórmula de excepción son los “derechos constitucionales” (así, artículo 57-10 de la Constitución de Ecuador, que agrega: “en particular de los niños, niñas y adolescentes”). La de Paraguay alude a los “derechos fundamentales establecidos en esta Constitución” (Art. 63).
  - v. La Constitución de México diseña el siguiente bloque de superioridad normativa, sobre el derecho indígena: la Constitución, las garantías individuales, los derechos humanos, y, de manera relevante, “la dignidad e integridad de las mujeres” (Art. 2.A.II), adhiriéndose así, en esta temática, a una perspectiva de género.
  - vi. La Constitución de Ecuador alude a la aplicación de las normas y procedimientos de la justicia indígena, “que no sean contrarios a la constitución y a los derechos humanos reconocidos en instrumentos internacionales” (Art. 171).
  - vii. También con ciertos énfasis, la Constitución de Bolivia aclara que la jurisdicción indígena “respeto el derecho a la vida, el derecho a la defensa y demás derechos y garantías establecidos en la presente constitución” (Art. 190-II).

b) *Reglas de delimitación*. Es llamativo que diversas Constituciones han establecido encuadres o topes a las competencias de la jurisdicción indígena.

- i. Algunos son *personales*: ejerce autoridad respecto de los integrantes de los pueblos indígenas (Art. 260, Constitución de Venezuela, Art. 191, de Bolivia. Se ha apuntado, por ello, que una persona “no indígena” no debe aquí estar sometida a los tribunales nativos).<sup>6</sup>
- ii. En otros casos, resultan *geográficos*: dentro del territorio de la comunidad indígena (Art. 246, Constitución de Colombia, artículo 57, inciso 10 de la de Ecuador. La de Bolivia, con mayor precisión, determina en su artículo 191 que la jurisdicción indígena es sobre “relaciones y hechos jurídicos que se realizan o cuyos efectos de producen dentro de la jurisdicción de un pueblo indígena originario campesino”).
- iii. Otra limitación es en función de la *materia*: para la aplicación del derecho indígena (Constitución de Bolivia, artículo 191, que alude a la atención de “los asuntos indígena originario campesino de conformidad con lo establecido en una Ley de Deslinde jurisdiccional”. La de México, en su artículo 2.A.II, reserva la autonomía jurisdiccional indígena para “aplicar sus propios sistemas normativos en la regulación y solución de sus conflictos internos”).

c) *Reglas de articulación entre la jurisdicción indígena, la ordinaria y la constitucional*

- i. De vez en cuando la Constitución crea una *regla de reconocimiento* del valor de los fallos de la justicia indígena, al establecer, verbigracia, que las autoridades públicas deberán acatar sus disposiciones (Bolivia, Art. 192-I), o respetarlas (Constitución de Ecuador, Art. 171).
- ii. Pero también la Constitución contempla mecanismos de subordinación de la jurisdicción indígena a la Constitución. La de Ecuador anticipa que sus resoluciones están sujetas al control de constitucionalidad, a más de los dispositivos de coordinación y cooperación entre aquella y la jurisdicción ordinaria (Art. 171). Ello ha provocado el diseño de un proceso constitucional específico: la “acción extraordinaria de protección contra decisiones de la justicia indígena”, regulada por la “Ley orgánica de garantías jurisdiccionales y control constitucional”.

Se trata del instrumento normativo tal vez más perfeccionado en esta materia. Da legitimación activa a la persona inconforme con la decisión de las decisiones de la función jurisdiccional indígena, “por violar los derechos constitucionalmente garantizados o discriminar a la mujer por el hecho de

---

<sup>6</sup> Cfr. José Julio Fernández Rodríguez y Jacqueline Argüello Lemus: “Aspectos constitucionales del multiculturalismo en América Latina: el caso de los pueblos indígenas”, en *Pensamiento constitucional*, Lima: Universidad Católica del Perú, 2012, n.º 16, pp. 129 y 130.

ser mujer” (Art. 65). Se diligencia ante la Corte Constitucional, que deberá respetar la comprensión intercultural de los hechos y la interpretación intercultural de las normas aplicables, a fin de evitar una interpretación etnocéntrica y monocultural (Art. 66-1), partiendo del supuesto de la coexistencia y desarrollo de los sistemas normativos, usos y costumbres de las nacionalidades, pueblos indígenas y comunidades, de conformidad con el carácter plurinacional, pluriétnico y pluricultural del Estado (Art. 66-2). Hay pues un punto liminar importante: la existencia de un derecho indígena propio, cuyo “entendimiento intercultural” integra el principio constitucional del debido proceso (Art. 66-4).

El trámite de esta acción es fundamentalmente oral, y se legisla a partir del inciso 5° del artículo 66 de la norma de referencia. Puede ser presentada (también por escrito) por cualquier persona o grupo de personas (si el promotor actúa a nombre de la comunidad indígena, deberá demostrar la calidad por la que comparece). El plazo para hacerlo es de veinte días desde que la resolución de la autoridad jurisdiccional indígena “haya sido conocida”. En la interposición, tendrán que manifestarse las razones por las que se acude a la Corte Constitucional y las violaciones a los derechos que acusa. De aceptarse el trámite, el juez ponente de la Corte convoca a una audiencia donde se grabará su desarrollo, a fin de escuchar a las autoridades indígenas que pronunciaron el fallo objetado. El juez podrá solicitar la opinión técnica de una persona experta en temas relacionados con la justicia indígena, y recibir opiniones de organizaciones especializadas en ese tema.

Después, el mismo magistrado elabora un proyecto de sentencia, sometido a la Corte Constitucional. Dicha sentencia “puede ser modulada para armonizar los derechos constitucionalmente garantizados y los derechos propios de la comunidad, pueblo o nacionalidad” (Art. 66-12). Esta directriz, comprensible y audaz al mismo tiempo, da a entender que la misma Constitución puede tener distintas lecturas según se la proyecte en el ámbito de la jurisdicción ordinaria o de la indígena, a fin de compatibilizar la coexistencia de órdenes jurídicos distintos con la ley suprema.

La sentencia versa, fundamentalmente, sobre la “constitucionalidad de las decisiones indígenas”, tiene que estar motivada y se notifica oralmente a los promotores de la acción y a las autoridades nativas. Se expresará también por escrito, en castellano y en la lengua propia de la comunidad del caso.<sup>7</sup>

---

<sup>7</sup> Ver también, sobre el tema, Osvaldo Chiriboga: “La justicia indígena en el Ecuador: pautas para una compatibilización con el derecho estatal”, en C. Gamboa et ál., *Aportes andinos sobre derechos humanos. Investigaciones monográficas*, Quito: Universidad Andina Simón Bolívar, Unión Europea, Cosude, Abya Yala, 2005. El trabajo es anterior a la Constitución en vigor que mencionamos en el texto.



iii. Bolivia ha programado otro dispositivo procesal constitucional: la “consulta de autoridades indígena originaria campesina sobre la aplicación de sus normas jurídicas a un caso concreto”, disciplinada en la Constitución (Art. 202-8), pero fundamentalmente desplegada por el Código Procesal Constitucional de 2012. El instituto tiene por meta garantizar que las normas indígenas guarden conformidad con los principios, valores y fines de la Constitución (Art. 128, Código Procesal Constitucional), y la articula cualquier autoridad indígena que conozca de un caso concreto, ante el Tribunal Constitucional Plurinacional, planteando sus dudas sobre la constitucionalidad y aplicación del precepto del caso (Art. 131). La resolución del Tribunal Constitucional tiene vigor solamente para la nación o pueblo indígena consultante (Art. 132). Para parte de la doctrina, esa consulta, junto con la competencia del Tribunal Constitucional Plurinacional para resolver los conflictos de competencia entre la jurisdicción ordinaria y la indígena (Art. 202-11 de la Constitución), son fórmulas de sometimiento al control constitucional de esta última.<sup>8</sup> Volvemos sobre el tema más adelante.

Bueno es constatar, desde luego, que la *acción extraordinaria* del derecho ecuatoriano, y la *consulta* de Bolivia, son sustancialmente diferentes. La primera es un medio de impugnación de resoluciones de la justicia indígena. La segunda, un dispositivo que instrumenta la propia justicia indígena para requerir un dictamen aclaratorio por parte del Tribunal Constitucional. Los dos flamantes mecanismos, eso sí, forman parte, cada uno en su país, del derecho procesal constitucional, que como hemos dicho reiteradamente, atiende a la magistratura constitucional y a los procesos constitucionales.

#### 4. Evaluación. Nuevos capítulos para el derecho procesal constitucional

La decisión del constituyente de reconocer la existencia de ordenamientos jurídicos indígenas, e incluso de admitir una jurisdicción indígena singular, importa una decisión política muy significativa. Significa renunciar a la idea de un Estado soberano central que monopoliza la actividad nomogenética. También implica reconocer autoridades que no han sido generadas ni designadas por ese Estado central, y que cuentan con títulos propios para gobernar. En términos histórico-figurados, ello tal vez produzca el retorno a una suerte de *neofeudalización* del organigrama de poder, o a algo próximo a cierto federalismo sui generis.

El reconocimiento de un derecho indígena propio, en síntesis, puede ser el resultado de una exigencia política, derivada de fuertes demandas sociales en tal sentido, inclu-

---

<sup>8</sup> Ver Idón Moisés Chivi Vargas: “El órgano judicial”, en Álvaro García Linera et ál., *Miradas. Nuevo texto constitucional*, La Paz: Universidad Mayor de San Andrés, Vicepresidencia del Estado, Idea, 2010, p. 419.

so irreprimibles o inexorables, o también resultar de un acto de reparación histórica y de cambios de paradigmas axiológicos en cuanto el concepto mismo de justicia, si se entiende que la idea de un solo derecho formal y nacional, propia del Estado nacional, central y soberano nacido durante el Renacimiento, y refinado después de la Revolución Francesa (al que algunos llaman “Estado jacobino”), no es la correcta, y que ciertos grupos humanos tienen, con toda legitimidad, el derecho de autogestionarse, e incluso de que no se les aplique *in totum* el derecho creado por un ocupante histórico (y por sus sucesores), al que algunas veces califican como usurpador.<sup>9</sup>

Digamos igualmente que el derecho internacional de los derechos humanos aporta en los últimos lustros fluidas razones que coadyuvan para la autonomía del derecho indígena, como el Convenio 169 de la Organización Internacional del Trabajo o la “Declaración de Naciones Unidas sobre los pueblos indígenas” (2007). Esta última, por ejemplo, destaca en su artículo 3º que los pueblos indígenas tienen derecho a la libre determinación. El artículo 4º añade que en ejercicio de esta libre determinación, tienen derecho a la autonomía o al autogobierno en las cuestiones relacionadas con sus asuntos internos o locales. Y el artículo 34 suma que los pueblos indígenas tienen derecho a promover, desarrollar y mantener sus estructuras institucionales y sus propias costumbres, espiritualidad, tradiciones, procedimientos y prácticas y, cuando existieran, costumbres o sistemas jurídicos, de conformidad con las normas internacionales de los derechos humanos. Es visible que aquí están las bases al derecho al propio derecho y a la propia jurisdicción.

Ocasionalmente, el rescate de un derecho indígena propio puede venir de la mano de ciertos tribunales regionales, como la Corte Interamericana de Derechos Humanos. A título de ejemplo: en el caso *Comunidad Mayagna (Sumo) Awas Tingni vs. Nicaragua*, fallado en 2001, la Corte reconoció la existencia de un derecho indígena propio. Afirmó, en efecto, que “el derecho consuetudinario de los pueblos indígenas debe ser tenido especialmente en cuenta, para los efectos de que se trata” (Párr. 151). Aquí la Corte aludía a la propiedad comunitaria y de la posesión de la tierra.<sup>10</sup>

En todo caso, surgen problemas jurídicos de compatibilización entre los órdenes jurídicos comunitarios y el derecho estatal, y entre la jurisdicción ordinaria y la indígena.

En términos generales, los países que han definido constitucionalmente el problema han partido de *directrices de preferencia* (a favor de la Constitución y de tratados internacionales de derechos humanos), aunque matizadas, de vez en cuando, por una doble lectura de la Constitución (en Ecuador, particularmente, con los objetivos de *modulación* de la ley suprema, según regule o no relaciones aludidas por el derecho indígena). Ello puede provocar, como advertimos, interpretaciones diferentes de la Constitución, en tanto se la efective en las relaciones ordinarias, o en las captadas por la justicia indígena-

---

<sup>9</sup> Basta leer al respecto el preámbulo de la Constitución boliviana de 2009, que es un himno a favor de los pueblos originarios y de la “sublevación indígena anticolonial”.

<sup>10</sup> Ver también Bartolomé Clavero: “El derecho indígena entre el derecho constitucional y el derecho interamericano, Venezuela y Awas Tingni”, en *Revista del Instituto Interamericano de Derechos Humanos*, San José de Costa Rica, n.º 39, 2004, p. 257.

na. De hecho, ello puede significar también un cierto quiebre del principio de igualdad, aunque esta postura diferenciatoria quizá registre antecedentes (tal vez remotos), en la doctrina de la doble lectura de la Constitución, según se trate de épocas de normalidad o de momentos de emergencia, o en las raíces del federalismo, donde no siempre los derechos son vividos del mismo modo en todas las provincias, estados o regiones de la federación.<sup>11</sup>

En un orden paralelo de ideas, si se acepta la tesis de una jurisdicción indígena igualmente propia, surge la necesidad de dirimir los conflictos de competencia entre ella y la justicia ordinaria, así como la de dibujar mecanismos que en definitiva aseguren la supremacía de la Constitución y del derecho internacional de los derechos humanos (aunque las pretensiones de universalidad de este último sean contradichas hoy por el multiculturalismo). Se enuncian, al respecto, como vimos, *reglas de delimitación y de articulación*.<sup>12</sup>

En el caso de Ecuador, el derecho procesal constitucional ha generado una acción puntual y específica, aunque de tipo extraordinario, para revisar por la Corte Constitucional los fallos últimos de la justicia comunitaria. Bolivia intenta otra vía, con las consultas de compatibilidad constitucional que puede formular esta última al Tribunal Constitucional Plurinacional. Ahora bien: si no hubiera, constitucional o legalmente, mecanismos recursivos contra las resoluciones de esta jurisdicción indígena, ¿sus veredictos quedarían firmes en tal sede, o correspondería habilitar, doctrinaria o pretorianamente, las escaleras de revisión para afianzar, por ejemplo, la supremacía constitucional? En el caso boliviano, parte de la doctrina entiende que ese camino recursivo tendría de todos modos que abrirse, a fin de afianzar, de modos claro, la superioridad constitucional.<sup>13</sup> La tesis es convincente: no es bueno que queden pronunciamientos exentos de dicho control de constitucionalidad.

En conclusión, el derecho al propio derecho y el derecho a la propia jurisdicción indígena, han impactado en el derecho procesal constitucional, abriendo nuevas instancias de desarrollo de esta disciplina. En efecto, ya hay trámites específicos y novedosos, ante las cortes o tribunales constitucionales, destinados a fiscalizar tanto el derecho indígena

---

<sup>11</sup> Nos hemos referido al tema de la doble lectura constitucional para momentos de normalidad y de emergencia, en Néstor Pedro Sagüés: *El tercer poder. Notas sobre el perfil político del Poder Judicial*, Buenos Aires: LexisNexis, 2005, p. 139.

<sup>12</sup> Ver Néstor Pedro Sagüés: “Derechos humanos: universalismo y relativismo. Conflictos y eventuales vías de solución”, en *Memorias. Neoconstitucionalismo, derechos humanos y pluralismo*, Chuquisaca: Colegio de Abogados, 2012, pp. 15 y ss.

<sup>13</sup> El distinguido constitucionalista boliviano J. Antonio Rivera, en dictamen remitido al autor, apunta que el artículo 12.II de la Ley de Deslinde Jurisdiccional de Bolivia declaró irrecurribles las decisiones de la justicia indígena ante la jurisdicción ordinaria, la agroambiental y las otras creadas por ley. A su entender, sin embargo, para asegurar la supremacía de la Constitución sobre dichos pronunciamientos (establecida, como vimos, por el artículo 190 de la misma), tiene que habilitarse de todos modos la vía de la acción de amparo, ante los tribunales pertinentes, de mediar infracción a la Constitución en las sentencias indígenas, con posterior capacidad revisora por el Tribunal Constitucional Plurinacional (Art. 202-6 de la Constitución).

como las resoluciones de la judicatura indígena. Los especialistas tienen entonces un nuevo campo de estudio, en torno al radio de cobertura, el funcionamiento y el resultado de estos mecanismos procesal-constitucionales, como respecto de los silencios o lagunas que pueda tener el derecho vigente en esos temas.

## Bibliografía

- CLAVERO, Bartolomé: “El derecho indígena entre el derecho constitucional y el derecho interamericano, Venezuela y Awás Tingni”, en *Revista del Instituto Interamericano de Derechos Humanos*, n.º 39, 2004.
- CONSTITUCIÓN DE LOS ESTADOS UNIDOS DE AMÉRICA: Traducida por Segundo V. Linares Quintana y Mario Amadeo, Buenos Aires: Kraft, 1949.
- CORWIN, Edward S.: *La Constitución de los Estados Unidos y su significado actual*, revisada por Harold W. Chase y Craig R. Ducat, traducción de Aníbal Leal, Buenos Aires: Fraterna, 1987.
- CHIRIBOGA, Osvaldo: “La justicia indígena en el Ecuador: pautas para una compatibilización con el derecho estatal”, en C. Gamboa et ál., *Aportes andinos sobre derechos humanos. Investigaciones monográficas*. Quito: Universidad Andina Simón Bolívar, Unión Europea, Cosude, Abya Yala, 2005.
- CHIVI VARGAS, Idón Moisés: “El órgano judicial”, en Álvaro García Linera et ál., *Miradas. Nuevo texto constitucional*, La Paz: Universidad Mayor de San Andrés, Vicepresidencia del Estado, Idea, 2010.
- FERNÁNDEZ RODRÍGUEZ, José Julio y Jacqueline ARGÜELLO LEMUS: “Aspectos constitucionales del multiculturalismo en América Latina: el caso de los pueblos indígenas”, en *Pensamiento Constitucional*, Lima, Universidad Católica del Perú, n.º 16, 2012.
- SAGÜÉS, Néstor Pedro: *El tercer poder. Notas sobre el perfil político del Poder Judicial*, Buenos Aires: LexisNexis, 2005.
- \_\_\_\_\_ “Derechos humanos: universalismo y relativismo. Conflictos y eventuales vías de solución” en *Memorias. Neoconstitucionalismo, derechos humanos y pluralismo*, Chuquisaca, Bolivia: Colegio de Abogados, 2012.