

# PLURALISMO JURÍDICO MANUAL PARA LA PRÁCTICA DE LA JUSTICIA INTERCULTURAL



# PLURALISMO JURÍDICO MANUAL PARA LA PRÁCTICA DE LA JUSTICIA INTERCULTURAL



Konrad Adenauer Stiftung, Programa Estado  
de Derecho para Latinoamérica  
Prujula - Grupo por el Pluralismo Jurídico  
en América Latina  
Segunda edición

ISBN: 978-958-52504-5-1

© 2020 KONRAD-ADENAUER-STIFTUNG e. V.  
KONRAD-ADENAUER-STIFTUNG e. V.  
Klingelhöferstr. 23  
D-10785 Berlín  
República Federal de Alemania  
Tel.: (+49-30) 269 96 453  
Fax: (+49-30) 269 96 555 [www.kas.de](http://www.kas.de)

Fundación Konrad Adenauer  
Programa Estado de Derecho para Latinoamérica  
Calle 93b # 18-12 Piso 7, Bogotá, Colombia  
Tel.: +571 7430947  
[www.kas.de/web/rspla](http://www.kas.de/web/rspla)  
Twitter: @KASiusLA  
Facebook: KAS | Programa Estado de Derecho  
para Latinoamérica

#### **Revisión de textos**

María José Díaz Granados  
Emma Ariza

#### **Maqueta y cubierta**

Martha Gómez

#### **Diagramación**

Marta Rojas

#### **Impresión**

Unión Gráfica SAS

#### **Editora**

Marie-Christine Fuchs

#### **Coordinación académica**

Guillermo Padilla  
Christian Steiner  
Ginna Rivera

#### **Autores**

Juan Carlos Martínez  
Aresio Valiente  
Ginna Rivera  
Guillermo Padilla  
Christian Steiner  
Rosember Ariza  
José Antonio Regalado

#### **Coordinación editorial**

Daniel Alejandro Pinilla

#### **Asesores y revisores**

*Segunda edición*  
Ricardo Verdum  
Silvina Ramírez  
Nancy Núñez  
Marie-Christine Fuchs  
Lorena Ávila Jaimes

---

Esta publicación se distribuye sin fines de lucro, en el marco de la cooperación internacional de la Fundación Konrad Adenauer. Los textos que se publican son de la exclusiva responsabilidad de sus autores y no expresan necesariamente el punto de vista de los editores. Se autoriza la reproducción total o parcial del contenido con la referencia bibliográfica respectiva.

# CONTENIDO

---

<b>Prefacio a la segunda edición</b>	<b>7</b>
<b>Semblanza curricular de los coordinadores, autores y revisores de la segunda edición</b>	<b>10</b>
<b>Siglas</b>	<b>13</b>
<b>Introducción</b>	<b>14</b>
<b>PRIMERA SECCIÓN ELEMENTOS Y TÉCNICAS PARA EL PLURALISMO JURÍDICO</b>	
<b>Casos prácticos</b>	<b>21</b>
Disputa entre cosmovisiones	21
¿Justo castigo?	21
Entre armas y amapola	23
Brujería	23
Del linchamiento al trabajo comunitario	24
<b>SEGUNDA SECCIÓN BASES PARA LA RESOLUCIÓN DE LOS CASOS</b>	
<b>I. Cuestiones metodológicas</b>	<b>28</b>
<b>Preliminares para la metodología de resolución de casos</b>	<b>29</b>
<i>Christian Steiner</i>	
Tipología de los problemas jurídicos	29
Primer análisis de los casos	32
<b>II. Elementos formales. Fundamentos de la jurisdicción indígena</b>	<b>36</b>
<b>Argumentos sociopolíticos por el pluralismo jurídico</b>	<b>37</b>
<i>Juan Carlos Martínez y Guillermo Padilla</i>	
<b>Argumentos jurídicos por el pluralismo jurídico</b>	<b>45</b>
<i>Juan Carlos Martínez y Christian Steiner</i>	

---

<b>La política y la práctica judicial ante la ausencia de reglas competenciales claras sobre el pluralismo jurídico</b>	<b>50</b>
<i>Juan Carlos Martínez</i>	
<b>Normas sobre los elementos formales</b>	<b>54</b>
<i>Christian Steiner y Ginna Rivera</i>	
<b>Esquema de los elementos formales</b>	<b>83</b>
<i>Christian Steiner</i>	
<b>III. Elementos materiales y debido proceso. Normas aplicables e interpretación intercultural</b>	<b>88</b>
<b>Mandatos de la interculturalidad en la aplicación del derecho</b>	<b>89</b>
<i>Rosembert Ariza</i>	
<b>Elementos materiales y debido proceso según la legislación nacional</b>	<b>92</b>
<i>Rosembert Ariza, Christian Steiner y Guillermo Padilla</i>	
<b>Elementos materiales según el derecho internacional público</b>	<b>106</b>
<i>Rosembert Ariza</i>	
<b>Del bloque de constitucionalidad al bloque intercultural jurídico</b>	<b>108</b>
<i>Rosembert Ariza y Christian Steiner</i>	
<b>El bloque intercultural jurídico. Protección de los estándares universales mediante un diálogo respetuoso</b>	<b>110</b>
<i>Juan Carlos Martínez</i>	
<b>Elementos de ponderación e interpretación intercultural</b>	<b>115</b>
<i>Rosembert Ariza y Guillermo Padilla</i>	
<b>Peritaje antropológico</b>	<b>120</b>
<i>Guillermo Padilla y Ginna Rivera</i>	
<b>De las sanciones y las penas en la justicia indígena</b>	<b>124</b>
<i>Guillermo Padilla y José Antonio Regalado</i>	
La facultad sancionatoria de las autoridades indígenas	124
<b>El debido proceso en perspectiva intercultural</b>	<b>134</b>
<i>Guillermo Padilla, Aresio Valiente y Ginna Rivera</i>	

---

<b>Las mujeres indígenas en la justicia formal estatal</b>	<b>146</b>
<i>Guillermo Padilla, Aresio Valiente y Ginna Rivera</i>	
<b>IV. Esquema de los elementos materiales y del debido proceso</b>	<b>148</b>
<i>Christian Steiner</i>	
<b>V. Aplicación a los casos</b>	<b>154</b>
<b>Disputa entre cosmovisiones</b>	<b>155</b>
<b>¿Justo castigo?</b>	<b>173</b>
<b>Entre armas y amapola</b>	<b>194</b>
<b>Brujería</b>	<b>202</b>
<b>Del linchamiento al trabajo comunitario</b>	<b>211</b>
<b>Referencias bibliográficas y normativas</b>	<b>223</b>
<b>Índice temático</b>	<b>233</b>

## Prefacio a la segunda edición

Después de haber culminado exitosamente un proceso de varios años de arduo trabajo en grupo, presentamos con orgullo y alegría la segunda entrega de un producto que continúa aportando al propósito con el que fue concebido por primera vez en 2012: reunir los aspectos principales del pluralismo jurídico y de los derechos de los pueblos indígenas que todo operador jurídico debe conocer. Al hacerlo, esta obra recopila reflexiones que provienen de un entorno interdisciplinario, es decir, además del análisis jurídico, este texto hace una apuesta por incluir perspectivas sociológicas, antropológicas, políticas y filosóficas, para dar cuenta de las múltiples facetas de la justicia en Latinoamérica.

Es innegable que persisten las tensiones en esta materia entre los pueblos originarios y los Estados. Los operadores jurídicos dentro de la justicia ordinaria todavía se enfrentan a confusiones relativas a las dinámicas multiétnicas, plurales y multiculturales que se presentan en el interior del pluralismo de los derechos. Y ellos no son los únicos que afrontan esa realidad. Para muchos jueces de la región el pluralismo jurídico sigue siendo un fenómeno sobre el cual tienen un conocimiento limitado y que suele ser visto por algunos como algo “ajeno” a su realidad cotidiana. El contexto de colonización que precede a esta relación sigue dificultando los mecanismos de comunicación necesarios para armonizar prácticas, costumbres y cosmovisiones.

Sin embargo, tal armonización puede y debe ser considerada como una tarea en desarrollo, que en ocasiones puede coincidir, y en otras debe estar acompañada de reglas claras y acuerdos integrales para evitar colisiones culturales que puedan poner en riesgo la satisfacción del derecho igualitario de acceso a la justicia. A largo plazo, se trata de una apuesta por transformar nuestra Latinoamérica en sociedades más justas e inclusivas y, al mismo tiempo, conscientes y orgullosas de las diferencias que enriquecen el continente. El derecho debe ser un espejo de este proceso deseable.

En este sentido, este Manual busca ofrecer pautas prácticas que brinden orientación a los operadores judiciales en contextos multiculturales para el ejercicio de la justicia. Igual que en la primera edición, contiene reflexiones sobre las principales teorías sociojurídicas y sobre las fuentes normativas, consuetudinarias y jurisprudenciales, tanto a nivel nacional como internacional

y regional del pluralismo jurídico y de sus aplicaciones, contextos y complejidades en la práctica. De este modo, el texto cuenta con aportes y reflexiones teóricamente sólidos que acompañan los fundamentos prácticos en él consignados.

Más allá de esto, la segunda edición de esta obra busca brindar una mirada mucho más práctica que la propuesta en la primera edición, planteando varios casos hipotéticos específicos, producto de experiencias que pueden considerarse comunes entre diversos países de la región. Al respecto, se han generado escenarios simulados que apuntan a motivar una mirada de resolución de conflictos en cada uno de ellos, más allá de la toma de posturas o de la justificación de algunas prácticas.

Proponemos soluciones para cada uno de los casos hipotéticos que conllevan desafíos de aplicación de la justicia indígena y de deslinde de la normativa “estatal”. Además, sugerimos un esquema genérico que puede servir de base y de orientación para la solución adecuada y balanceada de todo tipo de casos que involucren el derecho de los pueblos indígenas, tanto en relación con los aspectos formales como frente al análisis material de los problemas jurídicos planteados. Esto, con el fin de acompañar a jueces, autoridades indígenas, fiscales, abogados, entre otros, en sus tareas del ejercicio de la justicia, brindándoles herramientas concretas para fundamentar su proceso de argumentación jurídica. Sin duda, este texto también está orientado a la ciudadanía en general, que en los casos podrá reconocer los retos y las posibilidades del diálogo plural, así como la belleza y la riqueza de vivir en un entorno multicultural y multiétnico.

Es preciso señalar que el texto enfatiza elementos y técnicas del pluralismo jurídico teniendo en mente formas de atribución de justicia en pueblos indígenas y su relación con la justicia ordinaria. Aún es necesario tender puentes y habilitar debates frente a otras formas de justicia comunitaria existentes en varios países de América Latina. En este orden de ideas, debates sobre jurisdicciones agrarias en diálogo con comunidades campesinas, o sobre jurisdicciones afrodescendientes para comunidades negras en el continente, siguen siendo planteados e imaginados de acuerdo con perspectivas de identidad que enmarcan las políticas del reconocimiento en cada uno de los países de la región. Por ello, el Programa Estado de Derecho para Latinoamérica de la Fundación Konrad Adenauer desea continuar trabajando en mecanismos de traducción de prácticas interculturales en la administración de justicia.

Agradecemos a las autoras y los autores de esta obra por su arduo e incansable trabajo y por su firme compromiso por sacar adelante este Manual. Ellas y ellos han aportado un renovado esfuerzo para darle continuidad a este



proyecto. Sus enfoques siempre resultan en una labor conjunta rigurosa, que da lugar a un producto fortalecido y afianzado en las lecciones aprendidas de la primera edición. Todos ellos son parte del Grupo por el Pluralismo Jurídico en América Latina (Prujula), formado hace más de 10 años y que sigue siendo de especial importancia para el Programa Estado de Derecho para Latinoamérica de la Fundación Konrad Adenauer, del cual recibe todo nuestro apoyo. Especialmente, queremos reiterar nuestro agradecimiento a Guillermo Padilla, Ginna Rivera y Christian Steiner, coordinadores académicos de esta edición del Manual y quienes han estado movilizandlo los esfuerzos colectivos para llegar a este producto que hoy les presentamos.

Esperamos que esta segunda edición sea una herramienta inmediata para la resolución pacífica y racional de disputas respecto al pluralismo jurídico. También, que sea un insumo para la democratización de los mecanismos de acceso a la justicia existentes en múltiples formas y facetas; y que, a largo plazo, pueda hacer una humilde contribución a la transformación de nuestras sociedades.

**Dra. Marie-Christine Fuchs**

Directora del Programa Estado de Derecho para Latinoamérica  
de la Fundación Konrad Adenauer

## Semblanza curricular de los coordinadores, autores y revisores de la segunda edición

---

**GUILLERMO  
PADILLA**  
(Colombia)

**Doctor** en Estudios Latinoamericanos con énfasis en Antropología Jurídica de la Universidad de California en Berkeley y abogado de la Universidad Nacional de Colombia. Investigador en las áreas de antropología jurídica y derechos humanos y en la línea de legislación internacional y pueblos indígenas. Miembro de la Red Latinoamericana de Antropología Jurídica (Relaju) y del Grupo por el Pluralismo Jurídico en América Latina (Prujula). Además de catedrático en varias universidades de América Latina y Estados Unidos, ha sido asesor de organizaciones y pueblos indígenas en varios países del continente.

---

**CHRISTIAN  
STEINER**  
(Alemania)

**Abogado** (Berlín y Sevilla) y doctor en Derecho de la Universidad J. W. Goethe de Frankfurt, egresado de las universidades de Göttingen, Granada y Friburgo. De 2009 hasta 2016 dirigió el Programa Estado de Derecho para Latinoamérica de la Fundación Konrad Adenauer. Actualmente se desempeña como abogado de derecho corporativo para Mideast | Law en la región Medio Oriente y Norte de África, como consultor para diferentes organismos y como profesor asociado del Departamento de Derecho Privado de la Universidad Pablo de Olavide de Sevilla.

---

**GINNA  
RIVERA**  
(Colombia)

**Doctora** en Antropología de la Universidad de los Andes, magíster en Derecho, magíster en Estudios Políticos, y trabajadora social de la Universidad Nacional de Colombia. Fue becaria de Colciencias. Es investigadora del Programa de Estudios Críticos de las Transiciones e integrante del Grupo por el Pluralismo Jurídico en América Latina (Prujula). Ha participado en diferentes procesos investigativos y etnográficos con pueblos indígenas y comunidades rurales en materia de derechos colectivos y justicia.

---

**MARIE-  
CHRISTINE  
FUCHS**  
(Alemania)

**Abogada** (Rechtsanwältin, Berlin) y doctora en Derecho de la Universität des Saarlandes, Saarbrücken, Alemania; magíster en Derecho Internacional Público, Derecho de la Unión Europea y Derechos Humanos del Europainstitut de la misma universidad; cursó estudios de licenciatura en derecho alemán y derecho francés. Ha sido investigadora asociada del Instituto Max Planck de Derecho Privado Extranjero y Derecho Internacional Privado en Hamburgo. De 2011 a 2015 se desempeñó como abogada en un despacho jurídico internacional.

---

**JUAN CARLOS  
MARTÍNEZ**  
(México)

Académico y activista de derechos humanos. Licenciado en Derecho y doctor en Antropología Social, es profesor investigador del Centro de Investigación y Estudios Superiores en Antropología Social (Ciesas Pacífico Sur). Ha sido consultor de organizaciones de la sociedad civil, entidades gubernamentales y organismos internacionales en diversos países de América Latina sobre temas relacionados con los derechos humanos de los pueblos indígenas. Miembro de la Red Latinoamericana de Antropología Jurídica (Relaju), del Grupo por el Pluralismo Jurídico en América Latina (Prujula) y del Sistema Nacional de Investigadores en México. Actualmente, es servidor público en el Instituto Nacional de Pueblos Indígenas.

---

**ARESIO  
VALIENTE**  
(Panamá)

Abogado guna, egresado de la Facultad de Derecho y Ciencias Políticas de la Universidad de Panamá y profesor de esa institución universitaria. Ha participado en la redacción de leyes indígenas, ambientales y de propiedad intelectual. Abogado del Congreso General Guna, gobierno autónomo del pueblo guna, y miembro del Tribunal de Justicia de la Comarca Gunayala; director ejecutivo del Centro de Asistencia Legal Popular; miembro fundador de la Alianza Ciudadana Pro Justicia y del Grupo por el Pluralismo Jurídico en América Latina (Prujula); miembro del Colegio Nacional de Abogados; ha sido presidente de la Unión Nacional de Abogadas y Abogados Indígenas de Panamá.

---

**ROSEMBERT  
ARIZA  
SANTAMARÍA**  
(Colombia)

Abogado y doctor en Sociología Jurídica. Profesor e investigador en temas de administración de justicia, jurisdicción indígena, justicia de paz y mecanismos alternativos de solución de conflictos. Miembro de la Red Latinoamericana de Antropología Jurídica. Defensor de derechos humanos y de los derechos de los pueblos indígenas. Actualmente es profesor de la Universidad Nacional de Colombia.

---

**JOSÉ ANTONIO  
REGALADO  
GUTIÉRREZ**  
(Perú)

Abogado y magíster en Derecho Constitucional y Derechos Humanos de la Universidad Nacional Mayor de San Marcos, y egresado de la maestría en Desarrollo Sostenible de la Universidad Complutense de Madrid. Ha sido coordinador del Programa de Acceso a la Justicia; consultor de las agencias de Cooperación Suiza, Cooperación Alemana, Fundación Hanns Seidel, Fundación Contra el Hambre y otras; asesor en el Despacho Ministerial de Salud y analista de la Contraloría General de la República.

---

**RICARDO  
VERDUM**  
(Brasil)

Doctor en Antropología Social de la Universidad de Brasilia. Investigador especialista en políticas públicas para pueblos indígenas en América Latina. Ha sido consultor de organizaciones de la sociedad civil, entidades gubernamentales y organismos internacionales en Brasil y otros países de América Latina. Integra la Comissão de Assuntos Indígenas de la Associação Brasileira de Antropologia (CAI/ABA) desde 2006. Actualmente, es investigador del Museo Nacional de la Universidad Federal de Río de Janeiro (UFRJ).

---

**SILVINA  
RAMÍREZ**  
(Argentina)

Abogada y doctora en Derecho de la Universidad de Buenos Aires (UBA). Profesora de posgrado en la Facultad de Derecho de la UBA, en la Facultad de Derecho de la Universidad de Palermo y en otras universidades argentinas y latinoamericanas. Miembro fundadora de la Asociación de Abogados/as de Derecho Indígena (AADI). Asesora jurídica del Grupo de Acceso Jurídico a la Tierra (Gajat) del Centro de Políticas Públicas para el Socialismo (Ceppas).

---

**NANCY YÁÑEZ  
FUENZALIDA**  
(Chile)

Abogada, doctora en Derecho de la Universidad de Chile y máster en Derecho Internacional, mención Derechos Humanos, University of Notre Dame, South Bend, Estados Unidos. Sus líneas de investigación son los derechos indígenas, el agua, los derechos ambientales y los derechos humanos. Es autora de una serie de artículos, libros y capítulos de libro. Actualmente, es directora del Centro de Derechos Humanos de la Facultad de Derecho de la Universidad de Chile.

---

**LORENA  
ÁVILA JAIMES**  
(Colombia)

Politóloga con maestría en Políticas Públicas de la Universidad Nacional de Colombia; LLM en Derecho Internacional y Derechos Humanos, y máster en Victimología y Justicia Penal de Tilburg University. Se desempeñó como coordinadora de proyectos e investigadora del Programa Estado de Derecho para Latinoamérica de la Fundación Konrad Adenauer. Actualmente, es estudiante doctoral en Rutgers University.

## Siglas

ASIES	Asociación de Investigación y Estudios Sociales
BID	Banco Interamericano de Desarrollo
BIJ	Bloque Intercultural Jurídico
CADH	Convención Americana sobre Derechos Humanos
CDESC	Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales
CEACR	Comisión de Expertos en Aplicación de Convenios y Recomendaciones de la OIT
CEDAW	Convención Internacional para la Eliminación de todas las Formas de Discriminación contra la Mujer
CEDH	Convenio Europeo de Derechos Humanos
CEDR	Comité para la Eliminación de la Discriminación Racial
CAJ	Comisión Andina de Juristas
CEPAL	Comisión Económica para América Latina y el Caribe
CIDH	Comisión Interamericana de Derechos Humanos
CIPST	Convención Interamericana para Prevenir y Sancionar la Tortura
CDN	Convención Internacional de los Derechos del Niño
Corte IDH	Corte Interamericana de Derechos Humanos
DADH	Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre
DADIN	Declaración Americana sobre Derechos de los Pueblos Indígenas
DNUDPI	Declaración de las Naciones Unidas sobre los Derechos de los Pueblos Indígenas
DPLF	Fundación para el Debido Proceso
DUDH	Declaración Universal de Derechos Humanos
ER	Estatuto de Roma
IDL	Instituto de Defensa Legal
IIDH	Instituto Interamericano de Derechos Humanos
INPEC	Instituto Nacional Penitenciario de Colombia
OIT	Organización Internacional del Trabajo
OEA	Organización de los Estados Americanos
ONU	Organización de las Naciones Unidas
PIDCP	Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos
PIDESC	Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales
PNUD	Programa de las Naciones Unidas para el Desarrollo
PRUJULA	Grupo por el Pluralismo Jurídico en Latinoamérica
SCJN	Suprema Corte de Justicia de la Nación de México
UNCAT	Convención de las Naciones Unidas contra la Tortura y otros Tratos o Penas Crueles, Inhumanas o Degradantes
WJP	World Justice Project

## Introducción

El presente Manual, en su segunda edición,<sup>1</sup> sigue ofreciendo a operadores de justicia, defensores públicos y autoridades indígenas, claves de interpretación jurídica que faciliten el funcionamiento de las instituciones de justicia de manera compatible con la noción del Estado de derecho en su sentido más integral, en sociedades multiétnicas, pluriculturales y multilingües. Durante las últimas dos décadas, los países de América Latina han producido reformas constitucionales y han ratificado tratados y convenios internacionales que conllevan una revisión profunda de sus sistemas jurídicos nacionales. Estos cambios implican, también, la revisión y actualización de su historia y la aceptación del inocultable hecho de que son heterogéneos y plurales. En ellos coexisten culturas anteriores a la conformación de los Estados mismos, que se fundan en valores y principios que nos enriquecen como sociedades y nos retan a construir instituciones afines a esa diversidad.

Asumiendo esta perspectiva sociocultural y una posición crítica frente a la configuración y el funcionamiento de las instituciones jurídicas existentes, el Grupo por el Pluralismo Jurídico en América Latina (Prujula), auspiciado por el Programa Estado de Derecho para Latinoamérica de la Fundación Konrad Adenauer, ha dedicado los últimos años a promover una mayor reflexión sobre la aplicación del pluralismo jurídico entre los tribunales de América Latina, convencido de que el poder judicial tiene un importantísimo papel en las transformaciones de la cultura jurídica esperadas a partir de tres décadas de reconocimiento de derechos a los pueblos indígenas.

Este grupo está conformado por especialistas de diferentes disciplinas: derecho, antropología, sociología y filosofía, con amplia experiencia de trabajo en investigación, litigio y promoción de derechos indígenas del continente y con aproximaciones al pluralismo jurídico que reflejan la diversidad que caracteriza a la región.

Desde su conformación, Prujula ha desarrollado interpretaciones y metodologías de análisis jurídico que permiten pasar de los buenos deseos a la

---

<sup>1</sup> La primera edición del Manual se realizó en el año 2012 y contó con la coordinación de Juan Carlos Martínez, Patricia Uribe y Christian Steiner.

implementación de derechos reconocidos ante los tribunales, algunos de los cuales son presentados en este Manual. Los cursos y talleres que se han impartido a jueces y magistrados de diversos países de América Latina han sido un privilegio y una oportunidad de reflexión para el grupo de trabajo. Sus dudas, debates y contraargumentos son parte de nuestro aprendizaje y de los aportes de esta herramienta.

Aunque las presentes reflexiones pueden ser aplicadas en cualquier contexto judicial latinoamericano, los enfoques legales y las realidades planteadas parten del contexto de países con una fuerte presencia indígena: México, Guatemala, Ecuador, Perú y Bolivia, así como países en donde la presencia indígena ha tenido un notable impacto jurídico y político: Panamá, Colombia y Brasil.

Los miembros de Prujula entendemos por Estado de derecho aquel en el cual las instituciones, los órganos y las autoridades que lo constituyen reconocen, aceptan y respetan los marcos legales que lo regulan, pero también aquel donde los marcos legales están aterrizados y son viables en contextos nacionales y subnacionales<sup>2</sup> específicos. Para que el derecho tenga la capacidad de regir la vida de una sociedad, además de vigente, debe ser eficaz, y no puede haber derecho eficaz si no está enraizado en las culturas y formas de vida de la gente que se somete a su imperio. En este modelo, toda acción, tanto de parte de la administración estatal como del conjunto de la sociedad, está encuadrada en el marco definido por normas.<sup>3</sup>

La experiencia de 30 años de reconocimiento legal de la justicia indígena en América Latina, particularmente a partir de la aprobación en 1989 del Convenio 169 de la Organización Internacional del Trabajo (OIT), ha permitido que se conozca más sobre la práctica del derecho indígena, se valoren sus aciertos y se detecten sus deficiencias. Lo propio ha ocurrido respecto de la justicia formal, en la que, a partir de la apertura de los Estados al aceptar un quiebre en el monopolio

---

**2** Entendemos que en distintos países de América Latina los conceptos etnia, pueblo, Estado, nación, nacionalidad, multiculturalismo, interculturalidad, iusdiversidad, idioma, lengua y dialecto son usados de manera distinta y cada uno tiene cargas semánticas e históricas que varían. En todos los casos, los conceptos aquí usados no tienen ninguna carga peyorativa ni discriminatoria, pero quizá en algunos casos tampoco llevan la fuerza reivindicativa que les han dado algunos movimientos indígenas nacionales.

**3** Ello implica, también, el imperio del derecho propio de los pueblos indígenas como base fundamental de su libre determinación. En este escenario, una sociedad plurinacional admite que el Estado de derecho está constituido por una pluralidad de sistemas legales que convergen en la comunidad política, la que determina los mecanismos de coordinación adecuados para garantizar la gobernabilidad en condiciones de igualdad y sin discriminación.

de la justicia, se ha producido un incremento de la participación ciudadana y comunitaria; se ha logrado que su práctica se desprofesionalice, buscando hacerla cercana a la gente y, con ello, más pública y transparente. Estos nuevos modelos de justicia deben ser objeto de mayor escrutinio para así detectar sus oportunidades, deficiencias y omisiones.

El momento actual es de mayor circulación de información en todas las direcciones, tanto desde el Estado que puede percibir mejor las virtudes de la institucionalidad indígena, como de los pueblos que pueden valorar más adecuadamente el papel de los derechos humanos como parámetros de convivencia intercultural en el mundo contemporáneo. En algunas legislaciones se visualiza este sistema como una forma alternativa de justicia, mientras que en otros se reconoce como una expresión de la función pública y su carácter de corresponsabilidad con la justicia estatal. De la misma forma que expone sus debilidades, especialmente aquellas relacionadas con elementos que conocemos como debido proceso, y algunas formas de castigo que pueden entrar en conflicto con los derechos humanos.

Esta situación es ventajosa tanto para el fortalecimiento y la consolidación del Estado de derecho como para la justicia indígena en sí misma, pues facilita a las autoridades y los pueblos indígenas la protección del derecho internacional de los derechos humanos y el acceso a estándares del derecho internacional y a las garantías que el derecho moderno ha generado y que pueden aportar al mejoramiento de su propia práctica.

Tal y como está consagrada, con algunos matices, en la mayoría de las constituciones políticas de las Américas y la Europa de la posguerra, el Estado de derecho combina elementos formales y materiales, ambos conducentes a un modelo de justicia que busca propiciar un marco jurídico y procedimientos legítimos. De esta manera, equilibra la previsibilidad de las normas con su contenido sustantivo, de modo que se adapte a la realidad de las sociedades donde se aplica.

Tal modelo jurídico-político pretende contener las fuerzas tendientes a socavar el Estado de derecho y adecuar a sus intereses particulares las reglas vigentes, un control que se ejerce mediante sistemas de pesos y contrapesos, procedimientos, garantías y derechos. El Estado de derecho, anclado en un constitucionalismo efectivo, pone en el centro de su atención a la persona y los pueblos y pretende crear las condiciones propicias para el desarrollo del individuo como sujeto responsable, como parte de colectivos, como miembro de la sociedad y ciudadano emancipado.

Con estos principios se establece la doble función de proteger los derechos, en forma individual o colectiva, tanto por parte del Estado que se ha obligado



a hacerlo como por parte del ciudadano y las comunidades a exigirlo y demandarlo, utilizando para ello las reglas del mismo Estado. Esta dinámica define precisamente al Estado de derecho y es esencial para consolidar y mantener su legitimidad.

Lo descrito respecto al individuo frente al Estado, en un contexto más pequeño, el de las comunidades y los tribunales indígenas, da lugar a una práctica de relaciones más horizontales. La justicia comunitaria ha demostrado ser más accesible porque sus instituciones, al ser pequeñas y manejables, son cercanas a las personas y es más fácil el consenso sobre los procedimientos y los resultados esperados. Pero sobre todo porque al hablar el juez el mismo idioma y compartir valores y cultura, el acceso a la justicia suele estar mejor garantizado.

Algo que corroboran prácticamente todos los estudios<sup>4</sup> sobre las prácticas propias de la justicia indígena es que esta se da en contextos lingüísticos y culturales que permiten procesos más abiertos, donde toda la comunidad tiene la opción de participar si lo desea. El hecho de que estas formas de justicia tengan menos formalismos y hagan innecesaria la existencia de abogados genera una mayor horizontalidad que facilita el equilibrio en la relación entre el tribunal y los sujetos indígenas.

Pero esto no siempre es así y, de hecho, en la justicia indígena también se presentan omisiones, abusos y excesos que reclaman el establecimiento de mecanismos de coordinación con el Estado. Esta coordinación implica la subsistencia de sistemas legales indígenas dentro de un marco de respeto a la dignidad y los derechos humanos, de manera que confluyan voces y miradas de esa diversidad que ahora es reconocida constitucionalmente.

En nuestro continente han existido básicamente dos posiciones respecto al desarrollo de mecanismos de coordinación entre sistemas de justicia: una que opta por el avance legislativo, como la ley de deslinde que aprobó el Congreso de Bolivia en diciembre de 2010 y que generó una intensa polémica por la excesiva limitación a la justicia indígena, y otra por medio de resoluciones judiciales, como ha sido típicamente el caso colombiano.

Esta última ha mostrado las amplias posibilidades de esta vía, la justicia del caso concreto, donde las resoluciones y sentencias que se han producido, a menudo con el auxilio de *amicus* y peritajes culturales o antropológicos, han ido generando jurisprudencia y doctrina que constituyen un marco de coordinación adecuado a las complejidades de la realidad.

---

<sup>4</sup> Ver, por ejemplo, Chenaut y Sierra (1995), Cardoso (2007), De Souza Lima (2012), Sinhoretto (2010), Krotz (2004) y Martínez (2011).

Colombia cuenta con una modalidad de pluralismo jurídico perfectible, pero que a la fecha ha posibilitado la existencia y coordinación de los diferentes sistemas de justicia y que ha marcado un nuevo paradigma de pluralismo jurídico, con efectos trascendentes no solo para la región, sino a un nivel más global. Así lo demuestran las citas frecuentes en sentencias de tribunales constitucionales y altas cortes de varios países de América Latina, por ejemplo, de sentencias de la Corte Constitucional de Colombia relacionadas con el pluralismo y a principios rectores sobre el tratamiento que se debe dar en aplicación a derechos específicos de los pueblos indígenas. Tal es el caso del paradigma referido al principio de minimización de las restricciones y maximización de la autonomía<sup>5</sup> (Corte Constitucional de Colombia 1996b).

Una adecuada coordinación de la justicia indígena con la formal estatal previene graves problemas de acceso a la justicia, como la impunidad, la sobrecarga de los despachos judiciales, los presos sin condena y un sistema penitenciario que genera más problemas que los que resuelve. Los Estados deben aprovechar los sistemas jurídicos de los pueblos indígenas para conformar una gobernanza democrática que tanto se echa de menos en nuestros países.

Este Manual pretende contribuir al fortalecimiento del diálogo entre los diferentes sistemas de justicia. Estamos convencidos de que es en la práctica de la coordinación donde mejor se interiorizan las bondades de los marcos que norman los modelos de Estado multiétnico, pluricultural, plurinacional y multilingüe. No es tanto la aprobación de leyes lo que cambia a la sociedad y al Estado, sino la apropiación y el empoderamiento de los derechos que generan la emergencia de nuevos tipos de subjetividades.

El material y el enfoque que el lector encontrará a continuación ha sido elaborado a partir de una metodología de enseñanza basada en el análisis de casos y problemas específicos, y de ocurrencia frecuente en comunidades, cuya finalidad primordial consiste en proporcionar a los lectores, desde operadoras

---

<sup>5</sup> Como se señala en la *Guía de actuación para juzgadores en materia electoral indígena de México*, “Dentro de la evolución de la jurisprudencia en América Latina, el respeto al pluralismo jurídico se ha reflejado en dos principios adoptados originalmente por la Corte Constitucional de Colombia: el que plantea que a mayor conservación de los sistemas normativos indígenas, mayor autonomía, y el de maximización de autonomía y minimización de restricciones” (Tribunal Electoral del Poder Judicial de la Federación 2014). En igual sentido, en el “Protocolo Iberoamericano de actuación judicial para mejorar el acceso a la justicia de personas con discapacidad, migrantes, niñas, niños, adolescentes, comunidades y pueblos indígenas”, se referencia la jurisprudencia colombiana en la materia, como sigue: “El principio que se sugiere privilegiar es el de la maximización de la autonomía de los pueblos, por ejemplo, en el ámbito de sus autoridades, instituciones, sistemas jurídicos y opciones de desarrollo” (Suprema Corte de Justicia de la Nación 2014 b, 105).

y operadores jurídicos, autoridades indígenas o cualquier persona interesada, una orientación clara y didáctica para la aplicación práctica de las herramientas hermenéuticas y conceptuales que caracterizan la transición que vivimos en América Latina, de pasar del monismo al pluralismo jurídico como regla derivada del bloque de constitucionalidad.<sup>6</sup>

El Manual plantea varios casos paradigmáticos de conflictos que involucran a pueblos y personas indígenas, a partir de los cuales se proponen soluciones que toman en cuenta, no solamente el planteamiento monista tradicional, sino también las reglas y los principios que emanan de los órdenes jurídicos propios de los pueblos, cuya validez y vigencia es protegida por la normativa nacional e internacional.

Se pretende dar efectividad a esta normativa con vocación pluralista, dialogando y ponderándola en coordinación con el resto de la normativa vigente, nacional e internacional, asumiendo la compatibilidad entre los distintos órdenes jurídicos. Con estos casos intentamos hacer un análisis sistemático de las posibilidades de interpretación que un juez, autoridad indígena, fiscal o funcionario público puede tener frente a los mismos. En atención a la diversidad de normas y sistemas jurídicos, estatales e indígenas, que convergen en los distintos países latinoamericanos, en todo caso, las consideraciones son generales y en el mismo texto se ofrecen algunas variantes que pueden enriquecer el ejercicio de interpretación.

---

<sup>6</sup> Ver en este mismo texto el título “Del bloque de constitucionalidad al bloque intercultural jurídico”.

PRIMERA SECCIÓN  
**ELEMENTOS Y TÉCNICAS  
PARA EL PLURALISMO JURÍDICO**

[IR A LA TABLA DE CONTENIDO](#)

### DISPUTA ENTRE COSMOVISIONES

En una comunidad indígena se suscita un conflicto porque algunos de sus miembros están desarrollando proselitismo religioso evangélico dentro del territorio. En un principio, la autoridad tradicional prohíbe el ejercicio de la religión; sin embargo, el grupo evangélico (conformado exclusivamente por indígenas de la comunidad) desconoce la decisión, continúa con su práctica y procede a la construcción de un templo. Ante este hecho, las autoridades comunitarias deciden expulsar al grupo religioso. El sector afectado por la oposición de las autoridades demanda ante un juez que se garantice el ejercicio de la libertad de culto. Por su parte, las autoridades tradicionales alegan que los actos realizados por el sector evangélico amenazan la conservación de su diversidad cultural.

### Preguntas

- \* En razón de los actores, ¿qué tipo de juez es competente para resolver el conflicto?
- \* ¿Cómo podría determinarse el riesgo alegado por las autoridades tradicionales en el sentido de la amenaza que involucra para la preservación cultural el que se construya un templo, se haga proselitismo religioso y se practique abiertamente el culto evangélico dentro del territorio indígena?
- \* De concluirse que existe un riesgo para la preservación cultural de la comunidad, determine si existe una tensión en torno a la vigencia de los derechos.
- \* En su caso, ¿cómo resolvería la contradicción entre el principio de la protección a la diversidad étnico-cultural y la autonomía indígena y el derecho a la libertad de culto?

### ¿JUSTO CASTIGO?

Pedro, miembro de una comunidad indígena, en compañía del mestizo Álvaro que residía en ella, fuerzan su entrada en la vivienda de los indígenas Juan y María con la intención de robar, pero al encontrar a María sola proceden a violarla.

Pedro y Álvaro son apresados por guardias comunitarios, quienes los ponen a disposición de las autoridades tradicionales. Estas convocan a una asamblea donde participan las familias de los implicados y de las víctimas, así como otros integrantes de la comunidad. En el curso de esta, los detenidos dan su versión de los hechos y se escuchan las voces de todos los concurrentes y de María, la víctima principal. Asimismo, los sindicados confiesan su participación y aceptan los cargos que formula María. Las autoridades tradicionales se reúnen y luego de una noche de deliberación, cumpliendo con la ritualidad propia de su derecho tradicional, resuelven sancionar a los confesos. La sanción impuesta consiste en una pena corporal (los bañan con pasta de ají y los dejan desnudos bajo el sol por un día entero). Más tarde les imponen una compensación de bienes equivalentes a mil dólares estadounidenses (\$1000,00). Además, les imponen trabajo comunitario por 30 días (reparación de la casa comunal y limpieza de espacios públicos de la población).

María, inconforme con la decisión de las autoridades tradicionales, acude ante el Ministerio Público y denuncia los delitos de violación de domicilio, acceso carnal violento y robo. El Ministerio Público decide formular cargos en contra de Pedro y Álvaro ante el juez penal.

Por otro lado, el mestizo Álvaro presenta un recurso de amparo ante el juez constitucional alegando que la pena corporal que le fue impuesta (baño con pasta de ají) viola sus derechos constitucionales.

## Preguntas

- \* El juez penal que conoce la acusación en contra de Pedro y Álvaro ¿debería declararse competente o incompetente para conocer el caso?
- \* En caso de que el juez penal se declare competente, ¿cómo debería resolver el fondo de la cuestión? ¿Qué criterios debería seguir para verificar si la pena impuesta a los acusados, con la que María está inconforme, es la adecuada o no? ¿Cuál debería ser el procedimiento formal que el juez tendría que seguir para resolver la cuestión (a quiénes debería llamar a declarar, qué diligencias debería llevar a cabo, etc.)?
- \* En caso de que el juez penal se declare incompetente y decida remitir la cuestión al tribunal superior, ¿cómo debería resolver la cuestión este tribunal?
- \* ¿El juez constitucional ante quien se interpuso el amparo a favor de Álvaro debería declararse competente para conocer el asunto?
- \* En caso de que el juez constitucional se declare competente para conocer el amparo, ¿cómo debería proceder? ¿Qué criterios debería utilizar para valorar si la pena impuesta (baño de ají) es o no conforme con el ordenamiento nacional?

## ENTRE ARMAS Y AMAPOLA

La indígena Carmen Flores Ferra, autoridad de un pueblo indígena y quien entiende castellano, pero no lo habla de manera fluida, fue detenida por la policía nacional, fuera del territorio indígena, en posesión de un kilo de bulbos de amapola, que son usados para la extracción de morfina, y un arma de corto alcance sin que tuviera el permiso formal estatal para portarla. La policía la pone a disposición del fiscal y este la remite a la autoridad judicial competente.

Las autoridades del pueblo indígena al que pertenece Carmen solicitan juzgarla conforme a su derecho propio por considerar que, al ser autoridad, su conducta podría haber agraviado al mismo pueblo. Por entrañar un conflicto de competencia, el tribunal determina que el caso debe ser conocido por el juez penal del Estado y no es competencia de la autoridad indígena.

Variación: La inculpada acepta que la convencieron de transportar los bulbos de amapola. Argumenta también que estaba haciendo diligencias de su comunidad en la ciudad y, por el cargo que ostenta, esta le exigió portar el arma. Finalmente, señala que las autoridades de su comunidad siempre portan armas.

### Preguntas

- \* ¿Comparte la decisión emitida por el tribunal?
- \* Si Carmen entiende castellano, pero decidió hablar en su propio idioma, ¿el juez se encuentra obligado a proveer un intérprete o traductor? En tal caso, ¿qué características o requisitos deberá tener ese intérprete o traductor?
- \* ¿Cómo resolvería usted si fuera el juez penal del Estado al que fue remitido?
- \* ¿En qué sentido la variación al caso cambiaría su valoración jurídica?

## BRUJERÍA

En la localidad de Puerto Colón, del Estado de Oaxaca (México), el indígena mixe Saulo Aquino dio muerte con arma de fuego a Eleuterio Aguilar, de su mismo pueblo. Estas personas residían en la vereda El Ají de Puerto Colón. En su indagatoria, el procesado expresó que el día de los hechos se encontraba en esta localidad a donde había acudido para hacerse examinar de un médico tradicional indígena, puesto que se encontraba enfermo de gravedad. Agregó que el médico tradicional le había manifestado que el origen de su enfermedad estaba en un mal que le había hecho otro indígena para matarlo, lo que

ya había ocurrido con una hija de Saulo Aquino, menor de edad. Que al salir, preocupado, indignado y enfermo, se encontró con la persona que le habría hecho las brujerías, a quien le preguntó la razón por la cual le hacía males sin ninguna necesidad. Se produjo entonces un altercado y Aquino le increpó a Eleuterio Aguilar que, si lo quería matar, él también tenía cómo defenderse, y como tales personas siempre solían ir armadas, sacó un revólver y le disparó, con las consecuencias conocidas.

Manifiesta la apoderada del accionante que el Juzgado Penal del Circuito “al no declarar la nulidad de lo actuado por falta de competencia y no ordenar remitir a las autoridades del pueblo indígena las diligencias para que se adelantara el juzgamiento, acorde con la competencia jurisdiccional que les corresponde en aplicación del derecho de los pueblos indígenas a su propio derecho, incurrió en manifiesta violación del derecho fundamental al debido proceso”.

Expresa que la conducta del procesado se desarrolló en un contexto cultural indígena dentro del cual resulta explicable la creencia de que la brujería de la cual había sido objeto podría producirle la muerte, motivo que lo habría llevado a defenderse en los hechos que fueron objeto del proceso penal.

## Preguntas

- \* ¿A qué jurisdicción, la estatal o la indígena, corresponde procesar al inculcado?
- \* ¿Las alegaciones de legítima defensa tienen fundamento jurídico?

## DEL LINCHAMIENTO AL TRABAJO COMUNITARIO

En Cantón de Yax fueron capturados tres indígenas sospechosos de intentar robar en una casa. La primera reacción de la comunidad fue lincharlos, por lo que fueron vapuleados y obligados a caminar en paños menores. Cuando algunas personas traían gasolina para quemarlos, la intervención del alcalde indígena (autoridad tradicional) y de mujeres lideresas logró convencerlos de no quemarlos vivos y entregarlos a la policía.

Al día siguiente entregaron el memorial al juez de instancia penal en el que exigían se castigara ejemplarmente a los sospechosos, negando el derecho a la defensa, toda vez que se demandaba que los acusados fueran condenados y advertían, bajo amenazas, que no fueran a ser dejados libres sin castigo. Esto generó una crisis entre los funcionarios de las instituciones de justicia, quienes se mostraban temerosos e inseguros sobre qué camino tomar.



Con el propósito de mejorar los mecanismos de coordinación entre el derecho indígena y el derecho formal, en el marco de lo establecido por el Convenio 169 de la Organización Internacional del Trabajo (OIT) en cuanto al debido proceso, la presunción de inocencia y el respeto a la vigencia del derecho de los indígenas a juzgar y aplicar su justicia propia, el juez decidió permitir que fueran juzgados por las autoridades tradicionales.

En una ceremonia especial, las autoridades tradicionales juzgaron a los tres indígenas en coordinación con las autoridades judiciales respectivas. En el curso de la ceremonia los procesados reconocieron su falta y pidieron perdón a la comunidad, a sus hijos y parientes. Seguidamente, pidieron a los familiares de los procesados que subieran al estrado donde se llevaba a cabo el juicio y que, de rodillas, cada uno de los acusados les pidiera perdón por su conducta, y que se comprometieran a corregir sus vidas, a trabajar honestamente y a ser buen ejemplo para sus familias y la comunidad.

Durante el proceso, varias veces se invocaron valores éticos y principios morales de orden cultural tales como el valor sagrado de la palabra, la dignidad, la armonía, el buen ejemplo y el carácter del trabajo como la más noble forma de comunicación entre los seres humanos y la naturaleza. En algunos momentos de la ceremonia se hizo uso de un libro de origen prehispánico del que se citaron apartados como los siguientes: “Todos recibimos los dones de la vida, la salud y la dignidad”. “El podrido de los frutos no se tira, sino que cumple una función” y “el castigo no limpia la mente, el trabajo en cambio sí”.

## Preguntas

- \* Si alguno de los sindicatos no estuviera de acuerdo con el proceso y la sanción, ¿a quién recurriría?
- \* Si uno de los procesados no hubiera sido indígena, o si el afectado no lo fuera y demandara que los sindicatos fueran juzgados por la justicia formal, ¿cómo resolvería usted esta situación?
- \* ¿Qué ocurriría si alguien levantara una voz de protesta por el involucramiento en el proceso de parientes y familiares de los procesados?
- \* Algunas de las garantías del debido proceso reclaman la preexistencia de jueces y procedimientos. En el caso descrito esto no se da, hay una improvisación que es resultado de la lectura del texto prehispánico y lo novedoso del mecanismo que opera frente a los hechos. ¿Cómo evalúa usted esta situación? ¿Cree que podría dar lugar a la anulación de lo actuado?

- \* ¿Considera usted que la omisión de la defensa por medio de un abogado letrado podría dar lugar a un vicio en el proceso?
- \* De acuerdo a la forma como se llevó a cabo el proceso, los tres sindicados se confesaron culpables y, siguiendo instrucciones de quienes controlaban el procedimiento, fueron puestos de rodillas frente a sus familiares para pedir perdón a estos, las autoridades y la comunidad. ¿Considera usted que esto podría reñir con las garantías del debido proceso?

SEGUNDA SECCIÓN  
**BASES PARA LA RESOLUCIÓN DE LOS CASOS**

[IR A LA TABLA DE CONTENIDO](#)



I.  
**Cuestiones metodológicas**

# Preliminares para la metodología de resolución de casos

Christian Steiner

Los casos hipotéticos expuestos más arriba se basan en hechos reales que se han presentado ante la justicia indígena o formal estatal. Partiendo del objetivo primordial de este Manual: proveer al usuario de elementos y técnicas para dar una solución jurídicamente defendible sobre la base del derecho vigente internacional y nacional, proponemos un esquema para la resolución de casos.

Esta es una estructura que reúne los aspectos por tratar en un orden lógico que se deriva del marco normativo. Cabe mencionar que no en todos los casos es necesario tratar a fondo cada uno de los aspectos enumerados en el esquema, pero suele ser de ayuda repararlo para no saltarse ningún elemento relevante que pueda requerir reflexión, discusión y decisión.

Para poder dar una solución adecuada a cada caso es importante realizar una primera lectura –o varias– para discernir los aspectos problemáticos sobre los que pueda darse o en verdad existe un conflicto. De esta forma, podremos ubicar cada aspecto controvertido y esbozar una primera estructura a nuestra solución al caso haciendo uso del esquema.

## TIPOLOGÍA DE LOS PROBLEMAS JURÍDICOS

¿Cuáles son entonces los aspectos problemáticos en cada caso, los que van a requerir atención por parte de la autoridad invocada, una discusión de posibles puntos de vista diferentes y una argumentación jurídica para una adecuada resolución del caso?

Recomendación: antes de proceder a la lectura del análisis preliminar que sigue, invitamos al lector a tomar una hoja de papel y apuntar sus ideas respecto de cada caso expuesto. La tipificación de problemas jurídicos que sigue puede ayudar a estructurar este primer análisis. Tal estructura es de suma importancia para la solución de cualquier caso práctico. El operador jurídico debe entrenar su capacidad de discernir, separar y fraccionar los problemas complejos que se presentan en cada caso para resolverlos en un orden lógico y concluir con una solución integral y práctica.

El trabajo jurídico no es un fin en sí mismo. El jurista, especialmente en su función de juez, fiscal, abogado, funcionario público, debe dar respuesta a un problema, resolver un conflicto, sentenciar un delito, mediar un acuerdo u

otorgar un acto administrativo sobre la base del derecho. Este derecho es un conjunto de normas que pretende regular la realidad social de forma abstracta y habitualmente incompleta. En lo que se refiere al pluralismo jurídico, esta tarea es especialmente retardadora, por las grandes lagunas en la concreción de postulados generales recogidos en derechos y principios constitucionales o convencionales. El operador jurídico confrontado con un problema en este campo dinámico no puede evadir su responsabilidad. La falta de concreción a través de normas reglamentarias no es excusa para denegar una respuesta ni tampoco para esconderse detrás de un formalismo jurídico.

Ante una práctica tradicionalmente legalista, en muchos de los Estados latinoamericanos es, además, preciso recordar que la obligación de aplicar el derecho no se limita a la normativa infraconstitucional, sino que incluye los textos constitucionales y convencionales. Los derechos y principios recogidos en las constituciones políticas y los tratados internacionales sobre derechos humanos no son menos vinculantes que las leyes dictadas por los parlamentos. De hecho, dichas leyes tienen que aplicarse e interpretarse de acuerdo con las normas superiores y, en el caso de que esto no resulte posible por una contradicción literal clara, todas las constituciones prevén mecanismos de control concreto o abstracto constitucional, sea de índole concentrada o difusa.

Los derechos fundamentales son normas eficaces, que el ciudadano puede invocar directamente. El operador jurídico que aplica una norma inconstitucional, o aplica o interpreta de manera inconstitucional un precepto legal actúa de forma ilegal por violar la Constitución. Lo mismo ocurre en el caso de una norma convencional al tratarse, en la mayoría de los casos, de normas internas por orden de incorporación constitucional (por ejemplo, de un tratado en materia de derechos humanos) o por un acto legal parlamentario con el mismo efecto.

Es tarea loable y de gran responsabilidad resolver conflictos de índole intercultural en sociedades plurales como las latinoamericanas. El cumplimiento de esta responsabilidad representa una valiosa contribución a la convivencia pacífica y a la supervivencia de la diversidad cultural.

En los casos expuestos podemos observar varios tipos de problemas. Así, en todos surgen cuestiones de índole competencial como, por ejemplo, ¿tiene cabida una jurisdicción indígena conforme a los criterios legales nacionales o internacionales, es decir, existe el concepto de pueblo indígena según la definición aplicable, y tiene usos y costumbres propios reconocidos por la normativa? ¿A qué jurisdicción le compete resolver el litigio? ¿A quién corresponde una resolución o dirimir el conflicto entre dos partes cuando

proviengan de diferentes ámbitos? ¿Influye el lugar donde se desarrollan los hechos? ¿El juez estatal invocado para pronunciarse respecto a una resolución de la justicia indígena, puede reabrir el caso, o actuar como segunda instancia? ¿La resolución del juez estatal es ilegal o incluso nula por haber actuado *ultra vires*, es decir, sin tener jurisdicción en el caso concreto porque competía a la autoridad indígena? La respuesta a estas preguntas dependerá de la existencia y el reconocimiento de la justicia indígena en el derecho internacional y nacional, sus alcances y posibles límites y de mecanismos de coordinación.

Otras dudas surgen alrededor del derecho material aplicable a la causa, una vez establecida o acordada, en caso de mecanismos de coordinación, la jurisdicción, la coexistencia no solamente de diferentes cosmovisiones en el territorio nacional, sino también de diferentes ordenamientos jurídicos: la Constitución, las leyes y otras normas del Estado, por un lado, y, por el otro, los usos y las costumbres de los diferentes pueblos indígenas. Estas son cuestiones parecidas a las que se discuten en el derecho internacional privado a la hora de resolver qué ordenamiento nacional aplica a un supuesto (p. ej., una herencia) o un litigio (p. ej., sobre un divorcio) cuando los implicados tienen diferentes nacionalidades o residencias.

A estos efectos, ¿el marco normativo (internacional o nacional) o la jurisprudencia que regulan el pluralismo jurídico prevén reglas o principios que puedan dirimir el conflicto entre normas potencialmente diferentes o contrarias sobre un mismo supuesto de hecho?

Una vez se determine que, en principio, el derecho estatal o los usos y las costumbres de un pueblo indígena aplican, pueden surgir otras dudas sobre el alcance de su aplicabilidad: ¿se trata de una aplicabilidad absoluta o relativa? Es decir, ¿existen limitaciones o restricciones a la aplicación del derecho estatal o a los usos y las costumbres, respectivamente? Por ejemplo, puede surgir la duda acerca de si los usos y las costumbres tienen que ceñirse o someterse a la constitución política, especialmente los derechos fundamentales, o a los derechos humanos reconocidos en tratados internacionales. Estas condicionalidades se han discutido, sobre todo, en el ámbito de las sanciones donde se observan importantes diferencias conceptuales y prácticas entre la justicia indígena y la estatal, ambas con sus respectivas ventajas e imperfecciones.

También cabe la pregunta de si se aplican reglas de interpretación especiales a casos de pluralismo jurídico para dar cabida a distintas perspectivas epistemológicas a partir de las diferencias culturales de las personas afectadas, es decir, diferencias de comprensión sobre conceptos legales o el significado cultural de determinados hechos que podrían requerir una interpretación intercultural seguida de un diálogo interlegal y un peritaje antropológico, por

ejemplo, en el caso de una persona indígena que puntualmente sale de su contexto local y se encuentra sujeta a la jurisdicción formal estatal.

Esto nos lleva a aspectos de procedimiento: ¿rigen los mismos principios del debido proceso en ambas jurisdicciones? ¿Surgen necesidades especiales debido al posible carácter indígena del procedimiento? Las partes de un ámbito cultural y jurisdiccional diverso tal vez requieren medidas de apoyo y protección particulares cuando se sometan a la otra jurisdicción. Además, se plantean retos respecto de los derechos derivados del debido proceso donde habrá que decidir si existe un margen de adaptación de estos principios a un contexto cultural y jurídico diferente.

## PRIMER ANÁLISIS DE LOS CASOS

### Disputa entre cosmovisiones

El caso del conflicto entre cosmovisiones nos lleva al ámbito del derecho público, lo que implica cuestiones de residencia, libertad profesional, derecho urbanístico, libertad de culto, identidad cultural, autonomía cultural y territorial. Ambas partes alegan el ejercicio o la protección de su religión o cosmovisión. En el fondo se trata, por tanto, de un conflicto entre derechos que tendrá que ser abordado dentro del procedimiento que pueda dar origen al litigio, sea un pleito demandando la concesión de una licencia de construcción, solicitando la orden de omisión de determinadas acciones, o una acción de tutela o de amparo en la que se solicita una orden al juez para proteger el ejercicio de derechos fundamentales. Si el asunto se llevara ante las autoridades indígenas, probablemente sería menos necesario enmarcarlo en procedimientos exactos predefinidos, siendo aplicables los usos y las costumbres para la resolución de conflictos internos, ambos en relación con la jurisdicción y el derecho aplicable.

### ¿Justo castigo?

En esta situación nos encontramos con un asunto de índole penal. La problemática principal del caso, como nos indican las actuaciones y alegaciones, gira en torno a la cuestión de cuál pena es la adecuada para sancionar los delitos cometidos. El caso se complica porque están involucradas personas indígenas y no indígenas. Por ello, tanto la determinación de la jurisdicción competente como del derecho aplicable presentan un problema jurídico. Al encontrarse jurisdicciones y normas se plantean cuestiones de tipo antropológico, sociológico, lingüístico y filosófico. El castigo es un fenómeno común a todas las sociedades, pero sus fines, fundamentos y legitimación pueden diferir considerablemente.



Aparte de ello, se presentan complicaciones por la intención de la víctima de no aceptar la sentencia de sus propias autoridades acudiendo ante el ministerio público del Estado. De ahí la duda acerca de si el individuo tiene derecho a elegir la jurisdicción que más le convenga. Igualmente, habrá que resolver la pregunta de si existe cosa juzgada por la resolución de la autoridad indígena, lo que impediría un proceso penal nuevo y una sentencia para no violar el principio de *ne bis in idem* (prohibición de ser procesado y condenado dos veces por los mismos hechos).

También se plantean dudas sobre los límites materiales de la jurisdicción indígena, por un lado, porque se alega que la pena resultó ser demasiado leve (perspectiva de la víctima), por el otro, porque el victimario alega que la pena infringe sus derechos fundamentales. ¿Existen exigencias mínimas a la gravedad de una pena de acuerdo con el hecho cometido? ¿Las penas aplicadas por autoridades indígenas se tienen que conformar a estándares legales, constitucionales o convencionales? En tal caso, ¿la constitución y los tratados internacionales en materia de derechos humanos permiten una interpretación intercultural de dichos estándares para tomar en consideración variaciones culturales sobre la comprensión de los derechos?

### Entre armas y amapola

El caso entraña un conflicto jurisdiccional porque existen elementos que podrían dar lugar a la competencia de ambas jurisdicciones. Por un lado, Flores Ferra es indígena. Por el otro, se encontraba y actuaba fuera de su territorio. También se trata de presuntos delitos (porte de armas sin autorización y posesión de sustancias fiscalizadas) que podrían estar regulados o sancionados de forma diferente según los usos y las costumbres de la comunidad de Flores Ferra frente al ámbito estatal. En la pregunta dos del caso, además, se plantea un tema relacionado con los derechos de la acusada en el procedimiento ante la justicia estatal.

### Brujería

El caso nos plantea otras facetas del problema jurisdiccional que aluden a la perspectiva subjetiva del acusado, quien invoca una violación del debido proceso por haberlo sustraído de la jurisdicción indígena. En este caso, ambos implicados en el hecho delictivo pertenecen al mismo pueblo étnico y el delito se cometió en ese territorio. Según la legislación aplicable, el caso podría estar excluido de la jurisdicción indígena debido al tipo de delito o su gravedad. En tal caso, podría discutirse si tal restricción cumple con los estándares de la constitución nacional o de tratados internacionales. Y si no fuera el caso, ¿cuál

sería el mecanismo para reconducir el hecho a la jurisdicción indígena? Será necesario, además, responder a la duda que surge a partir de las alegaciones de brujería, su relevancia para la valoración jurídica del caso, la posibilidad de tomar en cuenta estas creencias en un procedimiento ante autoridades estatales, pero también, si es viable y lícito recurrir al argumento de la brujería dentro de un proceso sancionatorio en la misma comunidad.

### Del linchamiento al trabajo comunitario

De manera especial, este caso nos acerca a la realidad intercultural en materia de justicia procesal. Demuestra cómo los actores responsables de ambos sistemas jurisdiccionales buscan construir una respuesta viable a un problema que es el resultado de un conjunto de factores históricos y sociales. El reto que se plantea es trazar el margen de actuación que tienen las autoridades indígenas y estatales dentro del derecho competencial, material y procedimental para responder a los delitos cometidos.

El ejercicio consiste en aplicar los principios consagrados en los tratados internacionales al problema en cuestión, teniendo en cuenta la función más básica de la justicia que es restablecer y garantizar la paz social. Las preguntas desarrolladas plantean cuestiones de jurisdicción, la posibilidad de revisión de una resolución de las autoridades indígenas, la obligatoriedad de la justicia indígena incluso cuando las partes la rechazan, y la compatibilidad del procedimiento con los principios interculturalmente universales del debido proceso ante algunos elementos del procedimiento llevado a cabo, que podrían considerarse desconocidos en la justicia estatal, poco convencionales o incluso contrarios a la configuración estricta del debido proceso estipulado en constituciones políticas y tratados internacionales.



**II.**  
**Elementos formales.**  
**Fundamentos de la jurisdicción indígena**

## Argumentos sociopolíticos por el pluralismo jurídico

Juan Carlos Martínez y Guillermo Padilla

Diversos autores de la sociología jurídica y la antropología<sup>1</sup> muestran que las comunidades indígenas del continente tienen sistemas jurídicos propios que son reconocidos y vitales en sus contextos y que detentan la capacidad de promover, favorecer, obligar e inhibir conductas de sus individuos. Con frecuencia, estos sistemas asociados a una cultura indígena contienen sanciones o vinculaciones religiosas que se diferencian de o contrastan con el derecho moderno, por lo que se han generado diversos juicios y, sobre todo, prejuicios en su contra. Estas perspectivas los señalan como “abusivos” y “bárbaros”, pero lo cierto es que muy pocos juristas y jueces los conocen y comprenden en su justa dimensión y racionalidad.

El reto es fomentar el conocimiento sobre estos sistemas y el diálogo entre la justicia indígena y la formal para que la sociedad y el Estado puedan reconocer la contribución que estos sistemas de justicia originaria hacen al sistema integral de justicia, así como aprender mutuamente de las bondades y las necesidades de reforma que en los diferentes sistemas pueden observarse. Es un lugar común afirmar que la justicia formal del Estado en Latinoamérica padece graves defectos en cuanto a su eficacia (incluyendo las altas tasas de impunidad en algunas latitudes), su eficiencia, el acceso que el ciudadano tiene a ella y su compatibilidad con los derechos humanos, por ejemplo, respecto de la ocupación de cárceles por personas en detención preventiva o las condiciones de hacinamiento en los centros penitenciarios.<sup>2</sup>

---

**1** Véanse, entre otros, Pospisil (1971), Nader (1997), Castro (2014), Comaroff y Comaroff (2006), Albó (1998), Sierra (2004), Baitenmann, Chenaut y Varley (2007), Sánchez (2010), Sieder (2002), Yrigoyen (2004), García y Chávez (2004), Assies, Van der Haar y Hoekema (2000), Padilla (2016).

**2** A estos efectos, véanse, por ejemplo, las resoluciones e informes de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos (CIDH), de entes estatales como las comisiones de derechos humanos, ministerios del interior o de organizaciones no gubernamentales, como el Centro de Estudios de Derecho, Justicia y Sociedad (DeJusticia) de Colombia (<https://www.dejusticia.org/>), el Instituto de Defensa Legal (IDL) del Perú (<https://idl.org.pe/>), la Comisión Andina de Juristas (<https://www.cajpe.org.pe/>), la Asociación de Investigación

La selectividad en la reproducción de la violencia, los feminicidios, la impunidad, un excesivamente bajo nivel de eficacia en la investigación y sanción de conductas punibles, la corrupción de funcionarios que supuestamente deberían hacer respetar y ejecutar lo que proclama el discurso jurídico-penal, la concentración del poder, la verticalidad social y la discriminación, el exorbitante alto número de presos sin condena, el hacinamiento carcelario<sup>3</sup> y, en fin, un sistema penitenciario que, lejos de rehabilitar, genera redes delincuenciales y extiende el crimen, son realidades inocultables y lamentablemente forman parte de las problemáticas sociales de la mayoría de los países de la región.<sup>4</sup>

Las deficiencias, las omisiones y los excesos en la práctica de la justicia no son exclusivos de ningún sistema de justicia. También el ejercicio de la fuerza legítima conlleva el peligro de abuso, como cualquier ejercicio de poder. Decíamos que por el tamaño y la complejidad tal vez se presente con más frecuencia a nivel de los Estados y que en las comunidades indígenas, aunque por dimensión y familiaridad del idioma y la cultura lo son menos, también ocurren, algo sobre lo cual probablemente los medios reportan con más frecuencia que respecto a lo que sucede a nivel de la justicia formal. Así pues, puede que la percepción sobre los abusos y excesos de la justicia en uno u otro sistema resulte distorsionada.

Frente a esta dramática realidad, dice Eugenio Zaffaroni (1998), “no son características coyunturales, sino estructurales del ejercicio de poder de todos los sistemas penales”, esto ocurre no porque estemos en crisis, pues este concepto implica temporalidad y es de lo que esta problemática parece carecer, el reto es entonces abrir el espectro y aprender de la diversidad que en buena hora nuestras constituciones actuales han incorporado. La aproximación a otras formas de justicia debería ser, en consecuencia, un ejercicio de búsqueda que deje atrás cualquier atisbo de superioridad etnocéntrica para constituir una indagación sincera de quienes precisamos nuevos parámetros de justicia que sirvan a la transformación de nuestras sociedades.

En América Latina es inocultable la disparidad entre el discurso jurídico-penal y su práctica. En la medida que lo que proclama este discurso es inconsistente con lo que sucede en la realidad, es necesario admitir que el mismo es, las más de las veces, aparente y quimérico. Luego de un recorrido por los

---

y Estudios Sociales (Asies) (<http://www.asies.org.gt/>), o bien los índices del World Justice Project (<https://worldjusticeproject.org/>).

<sup>3</sup> Sobre cifras y análisis de hacinamiento carcelario en América Latina, véase Dammert y Zúñiga (2007), Kliksberg (2007) y Noel (2015).

<sup>4</sup> Véase Programa de las Naciones Unidas para el Desarrollo (2018) y Cepal (2018).

críticos más importantes de los sistemas penales hegemónicos, el mismo Zaffaroni (1998) sentencia: “El discurso jurídico-penal falso no es producto de mala fe ni de simple conveniencia, como tampoco es resultado de la elaboración calculada, de ningún genio maligno, sino que en buena parte se sostiene por la incapacidad de reemplazarlo por otro”.

El tribunal constitucional colombiano ha manifestado que es filosóficamente incompatible con el reconocimiento de la diversidad étnica y cultural obligar a los indígenas a adoptar procedimientos, sanciones y castigos foráneos a su manera de vivir, entender y ejercer su justicia (Corte Constitucional de Colombia 1997b).

El desarrollo de diferentes formas de jurisdicciones indígenas, con grandes diferencias de país a país, refleja una exploración y cierta apertura para incorporar instituciones que han probado eficiencia y equidad en algunos contextos comunitarios. Algo que resulta común a diversos sistemas indígenas de justicia es la búsqueda de reparación del daño, por medio del diálogo y la participación comunitaria, la exploración de acuerdos, el perdón y la sanción como mecanismo de restauración del perjuicio individual y social.

De la misma manera, algunas incursiones y reformas en los sistemas judiciales de nuestros países en las últimas dos décadas, tales como la llamada justicia de paz, mecanismos alternativos de resolución de conflictos, mediación, conciliación, justicia transicional<sup>5</sup> y, dentro del derecho penal, el llamado sistema acusatorio y la justicia restaurativa,<sup>6</sup> entre otros, son prueba de la curiosidad social en busca de otros modelos de justicia penal. Algo en común a todas estas nuevas aproximaciones es el incremento de la oralidad, la participación de la víctima, el diálogo y la negociación para la resolución de conflictos, todo lo cual forma parte del tipo de justicia que generalmente practican los pueblos indígenas.

Con todo ello, tampoco conviene afirmar que todos los sistemas de justicia indígena están libres de falencias o que sus propuestas puedan ser la solución a todos los males de la justicia formal. Así como las instituciones del

---

<sup>5</sup> Conjunto de mecanismos judiciales y no judiciales para sociedades desgarradas por guerras, dictaduras o conflictos internos que pretenden hacer el tránsito hacia la paz y la democracia (Teitel 2003, Paige 2009, Buckley-Zistel *et al.* 2013, Bell 2009).

<sup>6</sup> Esta justicia toma diferentes formas, con una variedad de interpretaciones y prácticas, pero que comparten principios comunes. Una definición generalmente aceptada de este tipo de justicia es que es “un proceso a través del cual las partes o personas que se han visto involucradas y/o que poseen un interés en un delito en particular, resuelven de manera colectiva la manera de lidiar con las consecuencias inmediatas de este y sus repercusiones para el futuro” (Marshall 1999).

Estado están sujetas a un constante escrutinio y crítica por parte de la academia y la sociedad civil con el fin de mejorar su funcionamiento, los sistemas de organización interna de los pueblos indígenas pueden beneficiarse de críticas constructivas.

Es importante, sin embargo, emprender este proceso de crítica, autocrítica y mejora respecto de la diferencia cultural, una diferencia reconocida e intencionada por las constituciones del continente que asumen la pluralidad de América Latina. Las culturas, impregnadas de convicciones ancestrales, cosmovisiones y tradiciones, no son estáticas, pero su desarrollo y transformación siempre es un proceso delicado y lento que no se consigue con el plumazo de una ley ni de una orden judicial. Las sociedades modernas, libres y abiertas conocen bien las complejidades políticas, los conflictos sociales o los enfrentamientos arduos sobre cuestiones morales que entrañaron los avances en materia de no discriminación de diferentes grupos sociales. Estas experiencias nos deben enseñar humildad a la hora de opinar o, incluso, juzgar sobre las prácticas, los usos y las costumbres, tradiciones y convicciones del “otro”.

Para los pueblos indígenas, el acceso a la justicia tiene dos vertientes. La primera consiste en acceder a su propia justicia tradicional o jurisdicción indígena; la otra, en el acceso a la justicia formal del Estado en condiciones de interculturalidad.

En el contexto de la demanda por nuevos modelos de justicia, algo implícito en diferentes estudios y diagnósticos que se han hecho –y que inspira mucha de la legislación internacional de los últimos 20 años–, nos lleva a concluir que respecto a la vigencia del derecho al debido proceso, una obligación básica de los Estados, en sociedades constituidas por una diversidad étnica y cultural, es garantizar la aplicación de la justicia indígena, es decir, reconocer y apoyar el derecho de los pueblos indígenas a juzgar a los suyos en su idioma, por sus autoridades, en sus territorios, en el marco de la aplicación de valores, principios, procedimientos y sanciones que expresan su cultura e identidad.

Aquí tenemos una primera aproximación a lo que debemos entender por debido proceso en sociedades diversas cultural y lingüísticamente. Los modos de resolver los conflictos sociales en el mundo indígena se diferencian de la justicia ordinaria. En la justicia indígena no se basan en formalismos, sino en la búsqueda de la solución real, efectiva y duradera, y de restablecer la unidad de la comunidad, la cual ha sido resquebrajada por el conflicto social, basada en los principios de la equidad y de la colectividad, cuya base es la cosmovisión indígena. Mientras que en la justicia ordinaria o estatal se percibe muchas veces un formalismo exagerado, la moral judicial y la solución de la controversia se acomodan a interpretaciones rígidas del derecho (Valiente 2011).

En amplias regiones del continente, particularmente en territorios inaccesibles –desérticos, selváticos o de alta montaña–, los pueblos indígenas han desarrollado estrategias de adaptación y con ellas controlan la convivencia, proveen servicios y sancionan conductas con una participación marginal de los Estados y sus autoridades. Sin las instituciones de estos pueblos, esas tierras probablemente serían desiertas también de vida humana. Lo que ha garantizado la coexistencia y reproducción social en estas regiones no son los Estados, sino los propios pueblos. En la práctica, la resolución de la mayoría de los conflictos, a veces pequeños a veces grandes, que surgen en estos territorios, se resuelven por las autoridades propias y no por los juzgados del Estado.

La justicia indígena se presenta a sus usuarios no necesariamente como una justicia impecable ni sofisticada (o complicada), como aquella del Estado, pero sí como una justicia cercana, accesible, rápida y eficaz. Y, ante la lejanía física o cultural de la estatal, muchas veces como la única justicia viable. Es por ello que muchos Estados han reconocido que “las instituciones de justicia de los pueblos indígenas pueden contribuir de manera positiva a dar acceso a la justicia y a resolver las controversias y fomentan las relaciones armoniosas en el seno de las comunidades de los pueblos indígenas y en la sociedad”, al mismo tiempo que se comprometen a coordinar y mantener un diálogo con esas instituciones (Asamblea General de las Naciones Unidas 2014).

Diversos trabajos de antropología jurídica (Krotz 2004, Chenaut y Sierra 1995, Cardoso 2007, De Souza Lima 2012, Sinhoretto 2010) muestran que en los pueblos y comunidades indígenas existen principios como la reparación, la conciliación, el restablecimiento del orden, la participación solidaria en las conductas de los individuos, entre otros, que bien pueden ser entendidos como formas razonables de hacer justicia desde un contexto cultural específico. También es cierto que en muchos casos se siguen usando penas corporales, como trabajo comunitario, uso de cepos, azotes, ortiga, baños de agua fría, entre otros, que generan situaciones que deben ser primero comprendidas para saber cuál o cuáles son los valores jurídicos protegidos por esas instituciones y, después, valoradas desde una perspectiva intercultural de los derechos humanos tal como lo ha hecho, de manera particular, el tribunal constitucional colombiano (Corte Constitucional de Colombia 1997b).

No obstante los “excesos” que pueden percibirse desde una posición cultural, es común encontrar que, en las comunidades indígenas, sus propios sistemas normativos tienen gran aceptación entre sus miembros. Día a día decenas de personas acuden a los espacios comunitarios de justicia a plantear sus problemas y buscar soluciones. Con frecuencia, estos procesos concluyen en conciliación, construcción de acuerdos y salidas negociadas; sin negar que



en los mismos se utilicen algunas medidas coercitivas que, por lo general, son conocidas y aprobadas, estas no suelen ser la sanción final, sino parte del proceso para modificar las perspectivas de los involucrados, a fin de mover a los sujetos de una perspectiva unidimensional sobre los hechos que están quebrantando el orden comunitario.

De hecho, lo que se observa en la práctica es que la justicia indígena y la estatal se complementan mutuamente. De esta manera, se puede dar respuesta a las limitaciones existentes para el acceso a la justicia de parte de los pueblos indígenas. La justicia estatal enfrenta dificultades por los factores económicos, la poca celeridad en el proceso, la corrupción, el ritualismo procesal, la discriminación, la inaccesibilidad geográfica y el descrédito, entre otros.

En los contextos locales, la justicia indígena suele ser más eficiente y accesible para sus miembros, es menor el formalismo jurídico y disminuye el costo económico de su implementación. Además, la justicia indígena resuelve los conflictos sociales en forma inmediata. Por otro lado, en la justicia indígena, generalmente, existe participación efectiva y real de los miembros de la comunidad en la solución del problema y se practican modos de resolución de conflictos como la mediación y la conciliación, que hoy en día forman parte de la justicia alternativa y restaurativa, y de las reformas judiciales, las cuales minimizan los conflictos sociales, disminuyen la mora judicial y la carga procesal de los operadores de justicia estatal.

Con frecuencia, quienes ocupan el papel de juzgadores en los pueblos son personas que han sido líderes y autoridades, que tienen un amplio conocimiento sobre la comunidad, sus problemas y sus tradiciones y que, además, gozan de un prestigio moral; en algunos casos son, incluso, personas vinculadas a los principios sagrados y la espiritualidad que dan cohesión al pueblo. En esta perspectiva, los juicios comunitarios por lo regular cuentan con los requisitos de independencia del juez, una segunda instancia que suele ser la reunión de todas las autoridades o de la asamblea comunitaria, publicidad de las audiencias y las resoluciones, lo que hace posible una rendición de cuentas puntual ante el pueblo.

Ahora bien, es frecuente que, como en todo juicio, alguna de las partes quede inconforme y es entonces cuando, ante la existencia de una justicia alternativa, se acude a la autoridad estatal. Esto es una postura comprensible. Pero es ante estos intentos de un llamado *forum shopping* conocido en el derecho internacional privado, es decir, la búsqueda por una parte interesada del foro de conveniencia para su pretensión concreta, que puede surgir un conflicto de jurisdicciones complejo (Reinoso 2009). Este conflicto atañe no solamente a las partes del caso, sino que puede significar una afectación notable para ambas jurisdicciones. Por un lado, la justicia indígena puede verse socavada si los

integrantes del pueblo inconformes con una resolución la cuestionan ante la justicia estatal. Al ser la justicia un elemento clave de la organización social, la corrosión de la legitimidad del sector justicia podría terminar por disminuir aquella de las autoridades de la comunidad en general. En el peor de los casos, esto podría llevar a romper el equilibrio organizacional y cultural de un pueblo, poniendo en peligro su existencia.

A su vez, la justicia del Estado está llamada a garantizar la igualdad ante la ley y asegurar la vigencia de los derechos humanos a todo ciudadano, incluyendo a los miembros de pueblos indígenas. Denegar la esencia de los compromisos constitucionales a estos últimos igualmente pondría en cuestión la autoridad constitucional del Estado en su territorio y, además, no sería compatible con sus obligaciones internacionales.

Mientras en la gran mayoría de los casos resueltos por las autoridades indígenas las decisiones generalmente son aceptadas por sus integrantes, la tarea de equilibrar y ponderar los espacios legítimos y legales para cada jurisdicción suele recaer en una autoridad del Estado, habitualmente un juez. Este se encontraría, como en nuestros casos, con un recurso o una queja en contra de una decisión tomada por una autoridad indígena, o estaría llamado a juzgar un caso con elementos étnicos desde un principio. Para evitar una indebida restricción de la justicia estatal o casos de doble juzgamiento por los mismos hechos en contra del principio de *ne bis in idem*, es importante que el juez sea consciente de la dimensión sociológica del pluralismo jurídico arriba resumida y que conozca el marco jurídico que configura este pluralismo en su respectivo Estado.

A medida que los Estados se familiarizan con los procedimientos de esta justicia y esta se ejerce cada vez con más frecuencia y familiaridad, surge la necesidad de crear mecanismos de coordinación, en ejercicio del diálogo intercultural que está inmerso en el derecho a la consulta y al consentimiento libre, previo e informado. Estos mecanismos de coordinación son imprescindibles y necesarios para el cabal funcionamiento de la justicia en sus diferentes expresiones.

La competencia es del legislador para señalar la forma de coordinación de la jurisdicción indígena con el sistema judicial nacional (Corte Constitucional de Colombia 1996a). Esto último, hay que aclarar, deberá hacerse en consulta con los pueblos indígenas, como lo establece la legislación internacional, en particular el Convenio 169 de la Organización Internacional del Trabajo (OIT) ratificado por la mayoría de los países latinoamericanos con población indígena.<sup>7</sup>

---

<sup>7</sup> En la actualidad, 23 países del continente han ratificado el Convenio. Al respecto, véase ILO, 2019. *Advancing social justice, promoting decent work*, <https://www.ilo.org>

No es, por tanto, que el Estado se desentienda de la aplicación de la justicia por parte de pueblos y comunidades indígenas o tribales, sino que su papel ha cambiado y no es ahora el que posee la hegemonía y dicta la justicia, sino el que tiene la obligación de hacer posible su ejercicio por parte de actores comunitarios en una nueva aproximación que reconoce la diversidad de principios y valores, en el marco del respeto y la vigencia de los derechos humanos y derechos fundamentales, como expresión de una más auténtica construcción de universalidad. El Estado no ignora la justicia indígena, sino la protege y promueve como instrumento particular al menos para la resolución de conflictos que se originen en aquellas partes de su territorio donde la justicia formal no llega o no puede ofrecer el mismo nivel de justicia adecuada para los contextos culturales propios.

## Argumentos jurídicos por el pluralismo jurídico

Juan Carlos Martínez y Christian Steiner

En función de estos análisis de la sociología y la antropología jurídica, la normativa nacional e internacional ha configurado el marco legal para el pluralismo jurídico.

Desde mediados del siglo pasado, la normatividad internacional viene reforzando la idea de que “todos los pueblos tienen el derecho de libre determinación; en virtud de este derecho, determinan libremente su condición política y persiguen libremente su desarrollo económico, social y cultural” (Asamblea General de las Naciones Unidas 1960).

Diversas constituciones latinoamericanas, reformadas entre finales de la década de los ochenta hasta nuestros días, a la hora de definir el concepto de pueblo indígena retoman la fórmula del Convenio 169 de la OIT, que señala en su artículo 1 párrafo 1, que el Convenio 169 se aplica:

- a. A los pueblos tribales de países independientes, cuyas condiciones sociales, culturales y económicas les distingan de otros sectores de la colectividad nacional, y que estén regidos total o parcialmente por sus propias costumbres o tradiciones o por una legislación especial.
- b. A los pueblos de países independientes, considerados indígenas por el hecho de descender de poblaciones que habitaban en el país o en una región geográfica a la que pertenecía el país en la época de la conquista o la colonización o del establecimiento de las actuales fronteras estatales y que, cualquiera que sea su situación jurídica, conservan todas sus propias instituciones sociales, económicas, culturales y políticas, o parte de ellas.

Si bien es cierto que el Convenio 169 (OIT 1989) no menciona específicamente los términos “libre determinación” o “autonomía”, sí exige medidas de acción y respeto a los Estados que van dirigidas justamente a estos objetivos.

Así, el Convenio 169 de la OIT obliga a los gobiernos a “asumir la responsabilidad de desarrollar, con la participación de los pueblos interesados, una acción coordinada y sistemática con miras a proteger los derechos de esos pueblos y a garantizar el respeto de su integridad” (art. 2); a adoptar “las medidas especiales que se precisen para salvaguardar las personas, las instituciones, los

bienes, el trabajo, las culturas y el medio ambiente de los pueblos interesados” (art. 4); a “consultar a los pueblos interesados [...] cada vez que se prevean medidas legislativas o administrativas susceptibles de afectarles directamente” (art. 6 [a]). El Convenio también estipula que los pueblos “deberán tener el derecho de decidir sus propias prioridades en lo que atañe al proceso de desarrollo” (art. 7 párr. 1).

Determinante para fundamentar el pluralismo jurídico es el artículo 8 del mismo Convenio 169 según el cual, al “aplicar la legislación nacional a los pueblos interesados deberán tomarse debidamente en consideración sus costumbres o su derecho consuetudinario” y los “pueblos deberán tener el derecho de conservar sus costumbres e instituciones propias, siempre que estas no sean incompatibles con los derechos fundamentales definidos por el sistema jurídico nacional ni con los derechos humanos internacionalmente reconocidos”. En la misma línea, los artículos 9 y 10 establecen el marco para la justicia propia y la aplicación del derecho penal estatal a los integrantes de los pueblos indígenas.

A su vez, la Declaración de las Naciones Unidas sobre los Derechos de los Pueblos Indígenas (DNUDPI), un instrumento, aunque no vinculante, con gran peso para orientar las políticas públicas de los Estados, a lo que están políticamente obligados, de cara al futuro, expresamente reconoce el derecho a la libre determinación, a la autonomía y, de ahí, también, entre otros, el derecho a conservar y reforzar sus propias instituciones jurídicas (Asamblea General de las Naciones Unidas 2007).

Artículo 3. Los pueblos indígenas tienen derecho a la libre determinación. En virtud de ese derecho determinan libremente su condición política y persiguen libremente su desarrollo económico, social y cultural.

Artículo 4. Los pueblos indígenas, en ejercicio de su derecho a la libre determinación, tienen derecho a la autonomía o al autogobierno en las cuestiones relacionadas con sus asuntos internos y locales, así como a disponer de medios para financiar sus funciones autónomas.

Artículo 5. Los pueblos indígenas tienen derecho a conservar y reforzar sus propias instituciones políticas, jurídicas, económicas, sociales y culturales, manteniendo a la vez su derecho a participar plenamente, si lo desean, en la vida política, económica, social y cultural del Estado.

En la Declaración Americana sobre Derechos de los Pueblos Indígenas (DADIN) existe el acuerdo de que los Estados deben reconocer plenamente “la personalidad jurídica de los pueblos indígenas, respetando las formas de organización indígenas y promoviendo el ejercicio pleno de los derechos

reconocidos en esta Declaración”. En la misma también existe acuerdo sobre que “los pueblos indígenas tienen derecho a mantener, expresar y desarrollar libremente su identidad cultural en todos sus aspectos, libre de todo intento externo de asimilación” (Asamblea General de la Organización de los Estados Americanos 2016).

Sobre la base de este reconocimiento internacional de los sistemas normativos de los pueblos indígenas, sus instituciones propias y el correspondiente ejercicio de la jurisdicción, se encuentran legislaciones nacionales con un amplio reconocimiento del pluralismo jurídico, como son la colombiana, la ecuatoriana, la venezolana y la boliviana (en cuanto a la Constitución),<sup>8</sup> y otras<sup>9</sup> con un reconocimiento limitado a la jurisdicción indígena como son la peruana,<sup>10</sup> la guatemalteca y la mexicana. Posiblemente, un carácter particular e intermedio lo encontramos en el sistema pionero de autonomías comarcales de Panamá.

En todo caso, los pueblos indígenas del continente asumen, en diferentes formas, parte de las funciones que corresponden al Estado para el adecuado desarrollo de su vida pública, es decir, definen un orden social interno, formas de apropiación y distribución de la riqueza que existe y se produce en sus territorios, así como procedimientos e instituciones que hacen funcional este orden. Además, dirimen las controversias que surgen de la convivencia social.

En la actualidad los pueblos indígenas, prácticamente sin excepciones, no habitan en sus propios Estados (de acuerdo con la definición del derecho internacional público), sino sobre territorios que forman parte de Estados en los que conviven diferentes pueblos, etnias y nacionalidades. Por ello, la existencia

---

**8** Sin embargo, la Ley de Deslinde Jurisdiccional de Bolivia (Ley 073 de 29 de diciembre de 2010) ha recibido críticas por contradecir preceptos constitucionales, acotando de manera sustantiva el alcance de la justicia propia, sobre todo mediante el establecimiento de un catálogo de materias excluidas en su artículo 10 (Bolivia 2010b).

**9** Argentina no se reconoce expresamente; Bolivia, artículos 30, II inciso 14, 178 I, 179, 190 y ss. CP; Brasil, Convenio 169 OIT; Colombia, artículos 1, 7, 246, 329, 330 CP, 1 Decreto 1953 del 7 de octubre de 2014, 11 Ley 1653 de 15 de julio de 2013, Ley 21 de 4.3. 1991 que aprueba el Convenio 169 OIT; Ecuador, artículos 57 núm. 10, 76 (i), 171 CP, 17 Código Orgánico de la Función Judicial, y mediante el Convenio 169 de la OIT; Guatemala, artículo 66 de la Constitución Política y mediante aprobación del Convenio 169 de la OIT; México, artículo 2 CP, y Convenio 169 de la OIT; Panamá, leyes comarcales, artículo 30 núm. 10, Código Procesal Penal; Perú, artículos 89 y 149 CP, y mediante Convenio 169 de la OIT.

**10** En Perú, el Poder Judicial ha llevado a cabo un ambicioso proceso desde el año 2006, con el fin de buscar el reconocimiento de la Jurisdicción Especial de las Comunidades Campesinas y Nativas y establecer mecanismos de coordinación, sin que hasta el momento se haya concretado la aprobación de una ley de coordinación entre las justicias.

del derecho estatal, de derechos formales en su caso y de los usos y las costumbres de uno o varios pueblos indígenas generan una situación de pluralismo normativo. En la medida en la que dichos sistemas reguladores estén reconocidos en tratados internacionales, constituciones políticas y normas infraconstitucionales, este pluralismo fáctico se convierte en un pluralismo jurídico como característica integrante del ordenamiento legal.

Para la adecuada coordinación de sistemas jurídicos se requiere que los operadores comprendan que, de acuerdo con dicho marco legal, la generación de normas y el desarrollo de los juicios no son monopolio de las instituciones del Estado, sino que pueden surgir también de los pueblos indígenas como partes constitutivas de los Estados latinoamericanos. En esta perspectiva, la jurisdicción indígena conlleva, no solo la aplicación de una normativa propia, sino también un sistema jurisdiccional con procedimientos y autoridades propias para su aplicación.

Contrario a la normativa internacional y nacional existente, algunos autores califican a las definiciones normativas, los procedimientos y las instituciones creadas por los pueblos indígenas como antijurídicos, es decir, se les niega el carácter de derecho (Ross 1959, Vernengo 1977, Carbonnier 1977).

No obstante, ni desde una perspectiva conceptual ni desde la funcional es defendible calificar como “derecho” solamente las normas establecidas por escrito y por las autoridades estatales y negarles tal carácter a las reglas consuetudinarias. El derecho positivo, “puesto” por el hombre, no es la contraposición al derecho consuetudinario, sino al derecho natural o sobrepositivo. De hecho, las legislaciones nacionales suelen reconocer la validez de usos y costumbres, o derecho consuetudinario o sistemas jurídicos indígenas, como derecho vigente en algunos ámbitos no estipulados por la legislación, siempre y cuando exista un uso repetitivo y generalizado en conjunto con la conciencia de su obligatoriedad.<sup>11</sup> Con relación específica a los usos y las costumbres de sus pueblos indígenas, lo hace, por ejemplo, la Constitución de Colombia.<sup>12</sup> En

---

**11** Así lo estipula, por ejemplo, el artículo 1.1 del Código Civil español: “Las fuentes del ordenamiento jurídico español son la ley, la costumbre y los principios generales del derecho” (España 1889, Hernández 2010).

**12** Artículo 330 CP, Colombia: “De conformidad con la Constitución y las Leyes, los territorios indígenas estarán gobernados por consejos conformados y reglamentados según los usos y costumbres de sus comunidades”; artículo 246: “Las autoridades indígenas podrán ejercer funciones jurisdiccionales dentro de su ámbito territorial, de conformidad con sus propias normas y procedimientos, siempre que no sean contrarios a la Constitución y leyes de la República” (Constitución Política de Colombia 1991). Véase al respecto la Sentencia C-486 de 1993, de la Corte Constitucional de Colombia.

cuanto al derecho internacional público, una de sus fuentes es “la costumbre internacional como prueba de una práctica generalmente aceptada como derecho”.<sup>13</sup> En este sentido, el carácter de usos y costumbres, y la ausencia de reglas escritas, no impide su reconocimiento como derecho vigente, un derecho que dichos pueblos han desarrollado –y lo siguen haciendo– para mantener la cohesión social y solucionar sus conflictos.

El reto que genera el pluralismo jurídico para la sociedad, los pueblos y el Estado es uno de coordinación, diálogo, delimitación y resolución de posibles conflictos jurisdiccionales y de derecho sustantivo. Por regla general, tanto el derecho internacional público como la normativa nacional, al reconocer y permitir el pluralismo jurídico, ordenan la primacía del derecho estatal y los derechos humanos sobre los usos y las costumbres de los pueblos indígenas, por lo que estos no están autorizados para separarse o desoír las reglas de sus propios Estados. Sin embargo, el pluralismo jurídico también obliga a los Estados a definir los ámbitos de competencia y los alcances del ejercicio de derechos colectivos que tienen los pueblos, por la vía constitucional, legal o jurisprudencial.

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

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

---

**13** Artículo 38 I b del Estatuto de la Corte Internacional de Justicia (Asamblea General de las Naciones Unidas 1945).



## La política y la práctica judicial ante la ausencia de reglas competenciales claras sobre el pluralismo jurídico

Juan Carlos Martínez

La existencia de varias jurisdicciones presume una distribución de competencias y su coordinación. Raramente hay una asignación de competencias clara. En la mayoría de los Estados no existe regulación más allá del reconocimiento constitucional o la incorporación del Convenio 169 (OIT 1989) que, a su vez, suele limitarse a atribuir la jurisdicción para resolver conflictos “internos”, en los “territorios indígenas”, o sobre asuntos que histórica o tradicionalmente han venido resolviendo por su cuenta. Y donde el legislador ha realizado un esfuerzo por “deslindar” las jurisdicciones, como en Bolivia, que, como ya se dijo, ha sido criticado por restringir sobremanera el ámbito competencial de las autoridades indígenas.

Por ello es de suma importancia tener en cuenta lo que la jurisprudencia ha hecho de la escueta base legal positiva y cómo los órganos encargados de coordinar entre las jurisdicciones han enfocado su delimitación. Algunos consideran que es mejor abstenerse de regular con claridad las competencias de cada jurisdicción para tener flexibilidad en la práctica. Sin embargo, la incertidumbre que esto provoca choca con el derecho al juez natural, invita al llamado *forum shopping* y expone a las autoridades indígenas a sanciones, a veces graves, por supuestamente usurpar funciones de la justicia estatal o aplicar sanciones consideradas por las autoridades del Estado incompatibles con los derechos fundamentales.

En un ámbito sumamente dinámico, como el del pluralismo jurídico, será difícil delimitar jurisdicciones de manera clara y definitiva, sobre todo porque entre las diferentes comunidades indígenas existe una variedad significativa en cuanto a la intención y capacidad de autonomía jurisdiccional, y por el lado del Estado, los sistemas judiciales tampoco suelen dar muestras de excelencia como para poder ofrecer vías alternativas.

En este contexto de una regulación fragmentaria es común que, de manera tácita o explícita, en la práctica jurisdiccional la competencia de asuntos simples, sin distinguir materia, se asigne a la jurisdicción indígena, mientras que los asuntos considerados graves son remitidos a la justicia estatal. Sin embargo, “lo grave” por lo general no está catalogado en las normas, y su frontera puede ser difusa y cambiante de acuerdo con la cultura y el tiempo. La línea

entre lo “grave” y lo “no grave” es relativa y no depende necesariamente de una apreciación del código penal. En muchos pueblos indígenas latinoamericanos, las autoridades entrarán a resolver conflictos que se suscitan aun cuando la ley los puede calificar como graves, cuando se encuentran dentro de sus sistemas normativos.

Por todo ello, el criterio más bien debería ser el de la capacidad de resolver un conflicto satisfactoriamente, es decir, que se logre concluir o pacificar el conflicto concreto de una manera definitiva y sostenible, que reafirme la confianza en la justicia, las normas, los usos y las costumbres de la comunidad o sociedad que conozca o pueda conocer del asunto en cuestión.

En este sentido, el ámbito de actuación jurisdiccional de los indígenas latinoamericanos es amplio, resuelven casos relacionados con daños, lesiones, robos, transgresiones por intoxicación etílica, abandono de personas, difamación, violencia familiar, herencias, problemas respecto a límites de tierras, raptos, porte de armas blancas, amenazas, cacería prohibida, abigeato (robo de ganado), asaltos, conflictos relacionados con la tala de árboles o incendios que ocurren por accidente y, en algunas comunidades, se incluyen violaciones u homicidios.

Esta actuación es ajena, por lo general, a las disposiciones de las leyes penales, si es que existe una regulación. Sin embargo, la actividad judicial de los pueblos permite desahogar una gran cantidad de conflictos sociales que rebasarían las posibilidades de los juzgados estatales, un elemento raramente reconocido y valorado en los debates sobre el pluralismo jurídico.

Vemos en este fenómeno, interpretado a la luz de los nuevos desarrollos en políticas judiciales sobre el reconocimiento de derechos indígenas, que la práctica judicial o las leyes reglamentarias que prohíben a las autoridades indígenas resolver sus conflictos internos de acuerdo con sus propios sistemas normativos requieren un análisis detallado de los juzgadores en cuanto a su compatibilidad con la normativa constitucional e internacional. Son frecuentes los casos en donde las instituciones formales, como jueces, ministerios públicos u *ombudsman*, interfieren en el ejercicio de las facultades de las autoridades indígenas sin reconocerlas en principio como autoridad y sin tomar en cuenta las especificidades culturales del sistema jurídico indígena que se manifiesta a través de las resoluciones comunitarias. Esta interferencia desinformada suele crear inestabilidad interna y procesos de descomposición del tejido social, mismos que las nuevas normas constitucionales buscan prevenir.

Tal situación se dio en el municipio mixe de Tlahuitolpec, en el Estado de Oaxaca, México, en febrero de 2009, cuando miembros de la comunidad lograron detener a tres personas que habían secuestrado a un taxista en la ciudad

de México, a quien tenían en la cajuela del taxi, con el fin de usar el vehículo para asaltar una sucursal bancaria en la población. A petición de la hermana de uno de los detenidos, la Comisión para la Defensa de los Derechos Humanos de Oaxaca inició el expediente de queja contra las autoridades indígenas por la supuesta violación de los derechos a la legalidad y seguridad jurídica, a la libertad y a la integridad de los agraviados antes mencionados. Finalmente, los presuntos secuestradores fueron liberados sin que ninguna autoridad del sistema formal estatal iniciara investigación alguna.<sup>14</sup>

Ante la escasa delimitación de las competencias también se dan casos en los que miembros indígenas utilizan la justicia del Estado para eximirse de prestar servicios a la comunidad, para evitar sanciones por conductas contrarias al pueblo, para dejar de participar en las festividades comunes, para sobreponer su voluntad individual sobre el espíritu colectivo que mantiene viva a la comunidad, entre otros. En todos estos casos, la actuación de las instancias estatales pierde de vista la especificidad e identidad cultural y política, lo que la lleva a ignorar la resolución tomada por la autoridad indígena o a subvertirla; en el peor de los casos persiguen a estas autoridades como delincuentes comunes. Estas conductas suscitan problemas constitucionales al cuestionar la libre determinación y la autonomía organizativa y jurisdiccional de los pueblos.

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

Ahora bien, viceversa, es importante que la autoridad indígena entienda la jurisdicción del Estado y tenga disposición de articular y coordinar sus funciones. Para ello, es relevante que perciba la misma disposición intercultural de jueces y autoridades estatales, pues en caso contrario habrá una tendencia a esconder sus propias actuaciones y esto sí generará un clima propicio para

---

<sup>14</sup> Véase información al respecto en Quadratín. 2009. “Se niega Tlahuitoltepec a entregar a presuntos secuestradores”, <https://oaxaca.quadratin.com.mx/Se-niega-Tlahuitoltepec-a-entregar-a-presuntos-secuestradores/>

el abuso y la injusticia de las propias autoridades indígenas. Por lo general, las autoridades son conscientes de que algunos asuntos de sus demarcaciones merecen ser llevados a la justicia estatal e históricamente lo han hecho. En algunos casos también colaboran haciendo detenciones, llevando citatorios y notificaciones y declarando por testigos que no se pueden presentar hasta los lugares donde se asientan los juzgados.

Por tanto, en la resolución de los conflictos surgidos en territorios indígenas, tanto el sistema estatal como el indígena son corresponsables de la resolución del conflicto: esto requiere un diálogo que ponga en juego no solo las palabras, sino las concepciones y los presupuestos que hay detrás de cada enunciación. Aunque en esta interacción la premisa irrenunciable deben ser los derechos humanos, es indiscutible que la norma siempre se interpreta en función de los contextos y los intereses que están en juego.

En tal sentido, es importante que la cultura indígena, con sus principios colectivos, su espiritualidad y su relación con la naturaleza, sea también un espacio de interpretación de los derechos humanos. El respeto sin relativismo, la voluntad de comprensión y la admisión de que existen otras posibilidades y caminos para alcanzar los diferentes objetivos de la justicia o, en términos de lo que algunos pueblos indígenas latinoamericanos llaman el “buen vivir”, que persigue toda sociedad, son la clave para que la diversidad se mantenga como una riqueza ordenada por un sistema jurídico pluralista y no sea una fuente permanente de conflicto, discriminación y exclusión característica de las sociedades de la región.

## Normas sobre los elementos formales

Christian Steiner y Ginna Rivera<sup>15</sup>

### Visión general de los elementos formales

Para dar una resolución adecuada a los casos planteados, en primer lugar será necesario establecer si se cumplen los requisitos formales para que la autoridad estatal o indígena resuelva sobre un asunto particular. O si deberá remitir el asunto a otra autoridad o rechazar la demanda o el recurso por falta de jurisdicción, legitimación activa, vencimiento del plazo establecido para la presentación de la acción u otro elemento formal.

Aunque a veces en la práctica se le perciba como obstáculo arbitrario, la formalidad procesal responde a una serie de principios de derecho material, como los del debido proceso, incluyendo el derecho al juez natural, o la seguridad jurídica como elemento del Estado de derecho. Es cierto que la experiencia del ciudadano con la justicia estatal o formal es accidentada. Existen prácticas concretas y una percepción generalizada de un sistema jurídico deficitario, de trabas discriminatorias para acceder a la justicia, de ineficacia e ineficiencia, impunidad en el ámbito penal, inseguridad jurídica y arbitrariedad.

En relación con los pueblos indígenas y sus integrantes, esta percepción no es diferente e incluso se agudiza debido a las cuestiones estructurales y los patrones históricos de exclusión, racismo y discriminación que los Estados latinoamericanos han sostenido con estos pueblos. Dan fe de ello los índices que versan sobre la problemática y que demuestran las realidades de la falta de garantías para los derechos de los pueblos indígenas y sus dificultades para acceder a la justiciabilidad de los mismos.<sup>16</sup>

La justicia del Estado muchas veces es percibida como “formalista”, “legalista” o “positivista”, calificativos usados para criticar las falencias de sistemas jurídicos incapaces de cumplir con su misión de prevenir y reducir la conflictividad social. Las causas son variadas: las normas carecen de claridad

---

<sup>15</sup> Con apoyo de los integrantes del Grupo Prujula y especialmente de Aresio Valiente, con un apartado sobre la coordinación entre jurisdicciones en Panamá.

<sup>16</sup> Para mayor documentación al respecto véase Sieder (2017), Fundación para el Debido Proceso (2018), Consejo de Derechos Humanos (2013, 2014), Estrada (2018), Instituto Interamericano de Derechos Humanos (2010), Rodríguez (2006).

y precisión, como consecuencia de técnicas, personal y procedimientos legislativos perfectibles. No abundan los juristas con la capacidad o motivación para acompañar la generación y aplicación de las normas con ojos críticos y constructivos y para sistematizar el marco normativo y la jurisprudencia, cuando tal trabajo sería indispensable para una práctica judicial más efectiva y eficiente. En los casos en que los operadores jurídicos no tienen claridad sobre las leyes vigentes por constantes reformas que además no se encuadran y sintonizan con la integridad del marco jurídico, la aplicación de este resulta muy difícil. Cuando además no existe una sistematización de la jurisprudencia y la doctrina (por ejemplo, mediante la elaboración de textos jurídicos comentados), la labor del operador se vuelve más compleja aún.

En las zonas grises así creadas, el margen para la interpretación de la norma se ensancha más allá de lo que permite la hermenéutica jurídica y, por tanto, más allá de lo defendible en derecho. En el interior de esta niebla hermenéutica, la falta de compromiso y ética por parte de algunos operadores, o hasta las influencias indebidas, reales o percibidas, sobre las resoluciones legislativas y judiciales son solamente el último ingrediente deslegitimador de la justicia formal.

Donde todo resulta “defendible” porque ni siquiera un abogado, y mucho menos un lego jurídico, es capaz de demostrar la falacia de un argumento (aparentemente), se eleva el riesgo de que los límites formales legítimos para el acceso a la justicia se degraden hasta ser formalistas e ilegítimos. La negación de la justicia con argumentos legalistas, pero vacíos de fundamentación sería, ha llevado a la condena del positivismo como origen del déficit en la protección de los derechos. El Estado de derecho, la noción angloamericana del *rule of law*, y la seguridad jurídica se han convertido, de esta manera, desde la perspectiva de los sectores más discriminados, en obstáculos a la justicia, en lugar de sus garantes.

El primer requisito para que se pueda discutir siquiera la jurisdicción del juez estatal o, en su caso, de las autoridades indígenas, es que exista un reconocimiento del pluralismo jurídico tal como fue desarrollado más arriba. A falta de tal reconocimiento a nivel interno o, de manera vinculante para el Estado en cuestión, a nivel internacional, en derecho no habría base para exigir la competencia de una justicia propia.

Estrechamente vinculada con este requisito es la condición de que el pueblo indígena al que el derecho “reconoce” sus sistemas propios de resolución de conflictos y administración de justicia pueda ser calificado como tal. A este respecto, la normativa establece elementos objetivos para evitar que cualquier grupo social, político o religioso pueda reclamar la existencia de usos y costumbres propios y así promover una segmentación del sistema normativo más

allá del que se derive de la historia colonial de los Estados latinoamericanos; pero también, requisitos subjetivos que pretenden permitir que un determinado grupo calificable objetivamente como originario pueda, si así lo desea, dejar de aplicar el derecho propio.

Una vez establecido que se reconoce el pluralismo jurídico y que la persona en cuestión pertenece a un pueblo que se identifica como indígena con derechos colectivos, hay que resolver a qué autoridad compete la jurisdicción del asunto. Para la persona afectada no es indiferente el juez que ejerce esta jurisdicción, y, en efecto, parte del debido proceso como derecho fundamental es que decida el llamado juez natural.

Así se plasma en las constituciones de la región y en los tratados internacionales de derechos humanos, por ejemplo, en las garantías judiciales (art. 8) y la protección judicial (art. 25) de la Convención Americana sobre los Derechos Humanos (Organización de los Estados Americanos 1969). El derecho de acceso a la justicia y el debido proceso, concretamente al juez natural (Ibáñez 2019b, 2019a) se presenta, de esta manera, como dimensión subjetiva de su correlato objetivo, a saber, la jurisdicción indígena, cuando se trate de una persona indígena, como derecho colectivo de los pueblos originarios y parte integrante de la justicia estatal. En el caso de una persona no indígena, el juez natural formaría parte de la justicia formal y su competencia para un determinado caso tiene que venir establecida con anterioridad a los hechos que dan lugar a la condena o a un litigio.

En la etapa actual de la evolución de los derechos indígenas en las constituciones políticas y en el derecho internacional, los pueblos indígenas tienen derecho a la libre determinación para aplicar sus propios sistemas normativos en la regulación y solución de sus conflictos internos. Algunas constituciones y leyes nacionales desarrollan con más cuidado los factores o criterios de vinculación (territorial, personal y material), o, en otras palabras, el ámbito de vigencia de la justicia indígena y su relación con la estatal. Cuando existe una regulación detallada, suele haber exclusiones o limitaciones a lo que el Estado pretende “dejar” a la justicia indígena.

En estos casos será necesario corroborar si dichas limitaciones son compatibles con normas superiores o con el principio de pluralismo jurídico. Procesalmente, este control se ejercerá, según el Estado, a través de un control concreto (incidental) de constitucionalidad o convencionalidad, una vez agotadas las posibilidades de una interpretación conforme. En la delimitación de jurisdicción están implicados derechos individuales y colectivos, pero también otros principios, que pueden entrar en conflicto, por lo que puede ser necesaria una ponderación que tome en cuenta aspectos como la libre determinación, la

autonomía, la pluralidad y supervivencia cultural, la “función única de la justicia”, la “nación única e indivisible”, la igualdad ante la ley, o el núcleo esencial de los derechos humanos.

También en esta ponderación es de suma importancia el principio de proporcionalidad. Así, por ejemplo, la asignación a la justicia formal de asuntos calificados como “graves” requiere una mirada intercultural, dada la relatividad del concepto de gravedad. Conviene asumir una mirada integral y tener en cuenta la función conciliatoria de la justicia para averiguar qué jurisdicción es capaz de resolver el conflicto de manera definitiva y sostenible para reafirmar la confianza en la justicia.

A falta de una regulación concreta, depende de los operadores jurídicos indígenas y de la justicia formal interpretar las reglas abstractas del pluralismo jurídico, apoyándose en el espíritu de las normas constitucionales e internacionales y de la jurisprudencia correspondiente. Existen interesantes esfuerzos de coordinación entre las diferentes jurisdicciones para prevenir conflictos competenciales y facilitar el buen desempeño de la justicia en su conjunto.

En lugar de considerarse competidores o hasta contrarios en el ámbito de la justicia, las autoridades de la justicia estatal y aquellas de los pueblos indígenas deben fomentar el diálogo para el entendimiento mutuo de conceptos, filosofías, prácticas y epistemologías de los diferentes sistemas de justicia. En este ejercicio de comprensión intercultural acuerdan procedimientos de coordinación para delimitar ámbitos competenciales y establecer el reconocimiento mutuo de resoluciones en caso de que las medidas preventivas no surtan efecto.

En la secuencia del examen, estará determinado por lo que disponen las leyes especiales (por ejemplo una ley de coordinación interjurisdiccional) antes que a las generales (constitución política o tratado internacional), aunque a la hora de aplicar e interpretar las normas especiales para el caso concreto siempre será necesario comprobar su conformidad con estas normas superiores, por ejemplo, el precepto constitucional que establezca el marco para la jurisdicción indígena o el Convenio 169 de la OIT o la Convención Americana sobre Derechos Humanos (CADH) con la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos (Corte IDH).





## Legislación nacional que regula la asignación de competencias y coordinación entre jurisdicciones

### ARGENTINA

En relación con los pueblos indígenas, la Constitución, en su artículo 75, inciso 17, solamente asigna al Congreso determinadas competencias concurrentes con las provincias, para regular aspectos culturales, territoriales, de desarrollo humano y gestión de recursos naturales. Aunque, a través de la competencia del Congreso de asegurar la participación de los pueblos indígenas en la gestión “referida a [...] los demás intereses que los afecten”, se podría alegar también la participación de los indígenas en asuntos de justicia (Constitución de la Nación Argentina 1994).

El Decreto 791 de 2012 sobre el Consejo de Coordinación del Instituto de Asuntos Indígenas modifica el Decreto 155 de 1989, donde se habilita la designación “a dedo” de un delegado indígena para formar parte del Consejo de Coordinación, hasta tanto no se encuentren definidos los sistemas electivos internos. Por su parte, el Decreto 672 de 2016 crea el Consejo Consultivo y Participativo de los Pueblos Indígenas de la República Argentina, que promueve una relativa participación de estos pueblos en diferentes ámbitos de políticas públicas, pero no menciona el ámbito de justicia, ni mucho menos una justicia indígena propia (Argentina 2012, 1989, 2016).

La normativa más específica relativa a asuntos de justicia indígena en Argentina es, por tanto, el Convenio 169 (OIT 1989) incorporado con rango de ley mediante la Ley 24.071 de 1992<sup>17</sup> (Argentina 1992), que entró en vigor en junio de 2001, con rango infraconstitucional y supralegal. Asimismo, las declaraciones de derechos de los pueblos indígenas de la Organización de las Naciones Unidas (ONU) y de la Organización de los Estados Americanos (OEA), ambas votadas favorablemente por el Gobierno argentino, que, aunque no tienen carácter vinculante, sí orientan políticamente al Estado.

---

<sup>17</sup> Véase más abajo para los detalles sobre el Convenio 169 de la OIT.



## BOLIVIA

La Constitución de Bolivia (Constitución Política del Estado 2009) se adentra en redefinir al Estado como plurinacional, intercultural y con autonomías (arts. 1, 98, 289-292), garantiza a las naciones y pueblos indígenas originario campesinos la libre determinación en el marco de la unidad del Estado, incluyendo el reconocimiento de sus instituciones (art. 2). Como nación o pueblo indígena originario campesino define a “toda la colectividad humana que comparta identidad cultural, idioma, tradición histórica, instituciones, territorialidad y cosmovisión, cuya existencia es anterior a la invasión colonial española” (art. 30 I).

La Constitución prevé amplios mecanismos de participación y expresión democrática política con procesos e instituciones propias (arts. 11, 26, 146 VII, 211) y se protegen múltiples derechos individuales y colectivos en materia de cultura, salud, educación, economía (art. 30 II), incluyendo el ejercicio de sus “sistemas [...] jurídicos [...] acorde a su cosmovisión” (art. 30 II inciso 14).

Entre los principios que sustentan la justicia están el pluralismo jurídico y la interculturalidad (art. 178 I). Estos principios se concretan en los artículos 179, 190 y siguientes. El artículo 179 define la función judicial como “única”, aunque ejercida por diferentes ramas, a saber, la jurisdicción ordinaria, la agroambiental, la jurisdicción indígena originaria campesina ejercida por sus propias autoridades, y otras jurisdicciones especializadas. Aclara, además, que la jurisdicción ordinaria y la jurisdicción indígena originaria campesina gozan de igual jerarquía y crea un Tribunal Constitucional Plurinacional (pár. III) que no forma parte de la jurisdicción ordinaria, sino que se sitúa por encima de las jurisdicciones enumeradas en el artículo 179 I para velar por la constitucionalidad de la función judicial.

El margen de maniobra de la jurisdicción indígena lo define el artículo 190, lo que será de importancia para determinar los procedimientos y el derecho aplicable. A efectos de la jurisdicción es importante que la justicia indígena se ejerza a través de las autoridades propias (art. 190 I). El artículo 191 marca los criterios para activar la

jurisdicción indígena originaria campesina y llama al legislador a detallar el ámbito material:

- I. La jurisdicción indígena originaria 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 originaria campesina se ejerce en los siguientes ámbitos de vigencia personal, material y territorial:
  1. Están sujetos a esta jurisdicción los miembros de la nación o pueblo indígena originario campesino, sea que actúen como actores o demandado, denunciados o querellantes, denunciados o imputados, recurrentes o recurridos.
  2. Esta jurisdicción conoce los asuntos indígenas originario campesinos de conformidad con lo establecido en una Ley de Deslinde Jurisdiccional.
  3. 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.

Por último, la Constitución estipula que toda autoridad pública o persona acatará las decisiones de la jurisdicción indígena originaria campesina (art. 192 I) y prevé la cooperación y coordinación con las demás jurisdicciones, detalladas también en la Ley de Deslinde Jurisdiccional (art. 192 II, III) (Bolivia 2010b).

Este desarrollo constitucional, complementado por la Ley 073 de Deslinde Jurisdiccional de 29 de diciembre de 2010 (Ley de Deslinde) y la Ley 3897 de 26 de junio de 2008,<sup>18</sup> que incorpora la DNUDPI (Asamblea General de las Naciones Unidas 2007), con rango legal al derecho nacional, tiene poca relevancia, debido a que se establecen generalidades ya contempladas con mayor precisión en la propia constitución política del país.

Más relevancia tiene, en la medida en la que resulte compatible con la normativa superior,<sup>19</sup> la Ley de Deslinde prevista en la Constitución Política, que recoge en su artículo 3 la igualdad jerárquica dentro de la función única judicial del artículo 179 de la Constitución. Aborda, sin embargo, con

---

**18** La Ley 3897 de 26 de junio de 2008 incorpora, de conformidad con el artículo 59, atribución 12 de la Constitución Política del Estado, con rango de ley, los 46 artículos de la Declaración sobre los Derechos de los Pueblos Indígenas, aprobada en el 61º Período de Sesiones de la Asamblea General de la Organización de las Naciones Unidas (ONU), realizada en Nueva York el 13 de septiembre de 2007 (Bolivia 2008).

**19** Con relación al problema de la compatibilidad véase la anotación sobre jerarquía de normas, obligatoriedad de la Constitución y tratados internacionales, control difuso/concentrado de la constitucionalidad o convencionalidad e interpretación conforme en el apartado “¿Las exclusiones/limitaciones son compatibles con normas superiores o con el principio de pluralismo jurídico?” (pág. 160).

más precisión, los posibles conflictos jurisdiccionales y el potencial divisorio al enmarcar la exigencia de la unidad de la función judicial en el principio del “respeto a la unidad e integridad del Estado Plurinacional”, según la cual “el ejercicio de las jurisdicciones constitucionalmente reconocidas, en el marco del pluralismo jurídico, tiene la finalidad de preservar la unidad y la integridad territorial del Estado Plurinacional” (art. 4a).

De esta manera, la Ley de Deslinde, al tiempo que reconoce la igualdad jerárquica, pretende prevenir un fraccionamiento del Estado boliviano a través del ejercicio de diferentes jurisdicciones, idea recogida también en el principio (e) del mismo artículo. La Ley busca conciliar las tensiones anticipadas entre el principio constitucional de la unidad (art. 1 de la Constitución) y la supremacía constitucional (art. 190 II de la Constitución), por un lado y, por el otro, la jurisdicción propia, la libre determinación y la autonomía a través de la complementariedad entre jurisdicciones (art. 4 inciso f), la cooperación y coordinación entre ellas (arts. 13 y ss.), también previstas en la Constitución (art. 192 II, III), aunque estas sean independientes una de otra (art. 4 inciso g).

El artículo 8 otorga la competencia exclusiva (art. 10 III) a la jurisdicción indígena originaria campesina cuando concurren simultáneamente los ámbitos de vigencia personal, material y territorial. Excluyendo de manera expresa el conocimiento de estas causas por las otras jurisdicciones, la ley es más tajante que el texto constitucional a la hora de deslindar las jurisdicciones.

En desarrollo del artículo 191 de la Constitución, la Ley de Deslinde activa entonces la jurisdicción indígena (art. 9, ámbito personal) cuando involucre a un miembro de la respectiva nación o pueblo indígena originario campesino, y, al mismo tiempo (art. 10, ámbito material), se trate de un asunto o conflicto que histórica y tradicionalmente conoció la respectiva nación o pueblo indígena originario campesino bajo sus normas, procedimientos propios vigentes y saberes, de acuerdo con su libre determinación (apartado 1), estando excluidas expresamente una serie de materias (apartado 2):

- a. En materia penal, los delitos contra el derecho internacional, los delitos por crímenes de lesa humanidad, los delitos contra la seguridad interna y externa del Estado, los delitos de terrorismo, los delitos tributarios y aduaneros, los delitos por corrupción o cualquier otro delito cuya víctima sea el Estado, trata y tráfico de personas, tráfico de armas y delitos de narcotráfico. Los delitos cometidos en contra de la integridad corporal de niños, niñas y adolescentes, los delitos de violación, asesinato u homicidio;
- b. En materia civil, cualquier proceso en el cual sea parte o tercero interesado el Estado, a través de su administración central, descentralizada, desconcentrada, autónoma y lo relacionado al derecho propietario;

- c. Derecho laboral, derecho de la seguridad social, derecho tributario, derecho administrativo, derecho minero, derecho de hidrocarburos, derecho forestal, derecho informático, derecho internacional público y privado, y derecho agrario, excepto la distribución interna de tierras en las comunidades que tengan posesión legal o derecho propietario colectivo sobre las mismas;
- d. Otras que estén reservadas por la Constitución Política del Estado y la ley a las jurisdicciones ordinaria, agroambiental y otras reconocidas legalmente.

El tercer requisito acumulativo para activar la jurisdicción indígena es el ámbito territorial (art. 11), es decir que se trate de una relación o un hecho jurídico que se realiza o cuyos efectos se producen dentro de la jurisdicción (entiéndase en este contexto “territorio”) de un pueblo indígena originario campesino.

El artículo 10 de la Ley, que sería el desarrollo del artículo 191 II.2 de la Constitución, ha sido criticado por excluir *a priori* una serie de materias de la jurisdicción indígena originaria campesina. La Constitución no garantiza expresamente el ejercicio de la jurisdicción indígena en cualquier ámbito material y, además, resalta la unidad de la justicia por lo que no se percibe una clara violación de la norma suprema.

Sin embargo, la Constitución hace un amplio reconocimiento de los derechos colectivos derivados de la libre determinación y autonomía, incluyendo la justicia propia. Más que reglas, lo que se contrapone en la definición del alcance material de la justicia indígena son, por un lado, los principios de unidad del Estado y de la función de la justicia, también la protección de los derechos humanos individuales, la igualdad ante la ley y, por el otro, los derechos colectivos derivados de la pluralidad, interculturalidad y autonomía de los pueblos emanados de la libre determinación.

En la ponderación de estos principios será importante realizar un test de proporcionalidad para establecer si la atribución de determinadas materias es necesaria, apta y proporcional en el sentido estricto para obtener los fines declarados a la hora de retirar determinadas materias de la jurisdicción indígena o para limitar el ejercicio de la jurisdicción en algunos aspectos.

En cuanto a la relación entre la jurisdicción indígena y la estatal, el artículo 12 califica a las decisiones de las autoridades judiciales indígenas de cumplimiento obligatorio para todas las personas y autoridades, y no revisables por la jurisdicción ordinaria, la agroambiental y las otras legalmente reconocidas. Esto no excluye la revisión constitucional por el Tribunal Constitucional (TC) de todo acto de la “función única judicial” a la que pertenecen las jurisdicciones indígenas.

Ni la Constitución ni la Ley de Deslinde prevén mecanismos de resolución de conflictos entre las jurisdicciones. Este vacío legal lo suplen la Ley 027 del Tribunal Constitucional Plurinacional del 6 de julio de 2010 (Ley del TC) y el Código Procesal Constitucional (Ley 254) de 5 de julio de 2012 (Bolivia 2010a, 2012).

El artículo 12 inciso 11, en conjunto con el artículo 28 I.10 de la Ley del TC atribuye a su sala plena los conflictos de competencia entre la jurisdicción indígena originaria campesina y las jurisdicciones ordinaria y agroambiental. A partir del 6 de agosto de 2012 (entrada en vigor) el procedimiento se rige por el Código Procesal Constitucional. Los artículos 100 a 102 de este código regulan el procedimiento correspondiente. Las demandas pueden ser planteadas por autoridades de las tres jurisdicciones.

A su vez, una sala especializada del Tribunal conoce adicional y exclusivamente las consultas promovidas por autoridades indígenas originarias campesinas sobre la aplicación de sus normas jurídicas a un caso concreto (art. 32 Ley del TC) para garantizar que dichas normas guarden conformidad con los principios, valores y fines previstos en la Constitución Política del Estado (arts. 128 a 132 del Código Procesal Constitucional). En su resolución, el Tribunal declara la aplicabilidad o no de la norma consultada al caso concreto, con efecto vinculante solamente para las autoridades de la nación o pueblo indígena originario campesino consultante (art. 132).

Aparte de estas atribuciones explícitas en relación con la jurisdicción indígena, el TC también tiene que velar por la constitucionalidad de los actos de las jurisdicciones indígenas que forman esta parte de la función única judicial, más allá de la solicitud de control concreto promovido por la misma autoridad indígena, es decir, en los mismos términos que aplican a otras autoridades judiciales de las otras ramas de la función judicial. Así, por ejemplo, en el marco de una acción de amparo constitucional de acuerdo con los artículos 51 y siguientes de la Constitución Política, entendiéndose que las autoridades indígenas representan autoridades públicas en el sentido del artículo 51 dentro de su ámbito competencial, teniendo en cuenta que las instituciones de los pueblos forman parte de la estructura general del Estado (art. 30 II 5 CP) y que el autogobierno de las autonomías indígenas originarias campesinas se ejerce de acuerdo con sus normas, instituciones, autoridades y procedimientos, conforme a sus atribuciones y competencias, en armonía con la Constitución y la ley (art. 290 II CP).

La Ley de Deslinde de Bolivia dedica sus artículos 13 a 17 a la coordinación y cooperación entre jurisdicciones. Obliga (bajo amenaza de sanción, art. 17) a estas a “[concertar] medios y esfuerzos para lograr la convivencia social

armónica, el respeto de los derechos individuales y colectivos y la garantía efectiva del acceso a la justicia de manera individual, colectiva o comunitaria” (art. 13 I), mediante el intercambio de información, el diálogo y otros mecanismos (art. 14). Más allá de la coordinación, las diferentes jurisdicciones están obligadas a cooperar para el cumplimiento y la realización de sus fines y objetivos (art. 15), por medio de diferentes mecanismos como la remisión de la información y los antecedentes de los asuntos o conflictos entre jurisdicciones (art. 16).

### BRASIL

En Brasil, la Constitución (Constitución de la República Federativa del Brasil 1988) no entra en asuntos de autodeterminación y autonomía, ni de la administración propia de justicia por parte de los pueblos indígenas.<sup>20</sup> Excepto el uso legal que se pueda dar a la mención constitucional que

**20** La Constitución se limita a asignar a la Unión la propiedad sobre los territorios tradicionalmente ocupados por indígenas (art. 20 XI); asigna la competencia de legislar sobre las poblaciones indígenas exclusivamente a la Unión (art. 22 XIV); estipula la competencia exclusiva del Congreso Nacional de autorizar, en territorios indígenas, la exploración y el uso de los recursos hídricos tanto como la exploración y la explotación de recursos mineros (art. 49 XVI); asigna la función de “defender judicialmente los derechos e intereses de las poblaciones indígenas al Ministerio Público” (art. 109 V); obliga al Estado a proteger las “manifestaciones de las culturas populares, indígenas y afro-brasileñas, y de otros grupos que participan en el proceso civilizatorio nacional” (art. 215 párrafo 1). El artículo 231 está dedicado a los indígenas, reconociendo su organización social, costumbres, lenguas, creencias y tradiciones, y los derechos originarios sobre las tierras tradicionalmente ocupadas, con la reserva de que la demarcación compete a la Unión. El mismo artículo regula las condiciones en las cuales el Estado puede acceder excepcionalmente a estas tierras para su uso y explotación, jugando el Congreso un papel clave en las autorizaciones respectivas. Por último, se les otorga a los indígenas y sus comunidades y organizaciones legitimación activa para defender judicialmente sus derechos e intereses, con la intervención del Ministerio Público (art. 232).

se hace respecto al reconocimiento de la organización social, las costumbres, lenguas, creencias y tradiciones de los pueblos indígenas. Esto, junto con lo contemplado en el Convenio 169 de la OIT, incorporado mediante el Decreto 5.051 de 2004 (Brasil 2004), podría tener un papel decisivo a la hora de establecer los márgenes que puedan existir en Brasil para la administración de justicia propia por parte de los pueblos indígenas.

#### COLOMBIA

En lo que concierne a los pueblos indígenas y la relación con el Estado, siguiendo criterios del Convenio 169 de la OIT, aprobado por la Ley 21 del 4 de marzo 1991, Colombia se define en su Constitución como “Estado social de derecho, organizado en forma de República unitaria [...] democrática, participativa y pluralista” (art. 1); Estado que reconoce y protege la diversidad étnica y cultural (art. 7) (Colombia 1991; Constitución Política de Colombia 1991).

Ello implica, entre otros aspectos, que las

... autoridades de los pueblos indígenas podrán ejercer funciones jurisdiccionales dentro de su ámbito territorial, de conformidad con sus propias normas y procedimientos, siempre que no sean contrarios a la Constitución y las leyes de la República. La ley establecerá las formas de coordinación de esta jurisdicción especial con el sistema judicial nacional. (art. 246)

Los artículos 329 y 330 regulan los territorios indígenas y la forma de gobierno que rige en los mismos; a falta de la ley prevista para su desarrollo, el Decreto 1953 del 7 octubre de 2014 suple temporalmente esta función promoviendo, entre otras cuestiones, el fortalecimiento de la jurisdicción especial indígena (art. 1) (Colombia 2014).

La Ley 1653 del 15 de julio de 2013, por la cual se regula un arancel judicial y se dictan otras disposiciones, implica un reconocimiento a la labor en materia de administración de justicia que presta la jurisdicción especial indígena en Colombia al asignarle el 10 % de los recursos del arancel judicial (art. 11, párrafo único) (Colombia 2013).



El alcance de la jurisdicción especial indígena y la coordinación entre jurisdicciones ha sido definido, a falta de una legislación específica, por la jurisprudencia sobre todo de la Corte Constitucional y del Consejo Superior de la Judicatura.<sup>21</sup> De hecho, en Colombia es donde más se ha avanzado en la definición jurisprudencial de esta materia en la región.

Por ejemplo, el régimen penitenciario nacional admite recibir indígenas que son remitidos por las autoridades tradicionales en calidad de “retenidos”, cuando así lo determinan las autoridades indígenas, por el tiempo y las circunstancias que estos establezcan. Herinaldy Gómez resalta al respecto que para evitar la impunidad o para contribuir al fortalecimiento de las justicias indígenas, las autoridades indígenas y la jurisdicción ordinaria (y sus instituciones auxiliares) requieren establecer relaciones de reciprocidad en varios aspectos (Gómez 2008):

1. Intercambio de información: debe haber comunicación permanente sobre casos contra indígenas y entre indígenas con no indígenas que estén en curso en uno u otro sistema de justicia, para evitar dilaciones en los procesos judiciales ordinarios o en los juzgamientos indígenas.
2. Disponibilidad de los instrumentos o instituciones coercitivas del Estado, cuando la autoridad indígena lo solicite. Ejemplo: caso de evasión de la justicia indígena por uno de sus miembros o disposición del Instituto Nacional Penitenciario de Colombia (INPEC) a recibir indígenas sancionados con cárcel por la autoridad indígena.
3. Disponibilidad de las instituciones para evaluaciones, peritajes etc., que se requieran y la comunidad no disponga de esos medios o del conocimiento para realizarlos, por ejemplo, pruebas de balística, evaluación de Medicina Legal, pruebas genéticas sobre paternidad y otros asuntos de familia.
4. Acatamiento de las decisiones judiciales indígenas por parte de la misma justicia ordinaria y de entidades como notarías, Registraduría del Estado Civil, entre otras.
5. Cooperación de las autoridades indígenas con la justicia ordinaria en la aprehensión preventiva de procesados por esta justicia que se encuentren en los territorios indígenas. De la misma manera en el intercambio y aporte de pruebas.

---

**21** Una rica recopilación de jurisprudencia, aunque no actualizada, se encuentra en Consejo Superior de la Judicatura, Escuela Judicial Rodrigo Lara Bonilla, y Organización Nacional Indígena de Colombia (2006).

6. Acatamiento de las decisiones judiciales ordinarias en la medida que cumplan los procedimientos legales.

A su vez, la Corte Constitucional, en Sentencia C-139 del 9 de abril de 1996 (Corte Constitucional de Colombia 1996a), señala elementos que deben observarse según el orden constitucional en relación con la jurisdicción especial indígena. Los elementos centrales en cuanto al reconocimiento de una jurisdicción propia, en su caso aplicables a otros ordenamientos jurídicos, son:

- Autoridades con capacidad de resolver conflictos internos

La posibilidad de que existan autoridades judiciales propias para los pueblos indígenas. Aunque aplicado a la realidad colombiana, de este enunciado inferimos algo que es común en comunidades indígenas en el continente, donde siempre hay titulares, autoridades o líderes con capacidad para asumir desempeños judiciales. Función que culturalmente les es reconocida a diferentes autoridades que ejercen tareas civiles o religiosas, otras veces a miembros de clanes familiares, en ocasiones a individuos, otras a órganos colectivos. Todo tribunal de justicia debe ser establecido por la ley, dice el derecho internacional.<sup>22</sup> Un tribunal establecido por la ley puede haberlo sido por la Constitución u otra legislación promulgada por el poder legislativo, o por el derecho consuetudinario.

- Existencia de un marco normativo propio

La potestad de las autoridades de establecer normas y procedimientos propios. Las autoridades y la comunidad tienen la potestad de establecer reglas y mecanismos para la contención de conflictividad social, que es siempre cambiante, pues no hay culturas blindadas contra la globalización e interdependencia. Ninguna cultura es estática, y pretender que el derecho indígena se circunscribe a la tradición y la costumbre sería congelar en el tiempo algo que es por definición dinámico.

La resolución de conflictos entre las jurisdicciones, en Colombia, compete a la Sala Jurisdiccional Disciplinaria del Consejo Superior de la Judicatura (arts. 256 num. 6 CP y 112 num. 2, Ley 270 de 1996) (Colombia 1996).

---

<sup>22</sup> Artículo 14.1 del PIDCP (Asamblea General de las Naciones Unidas 1966), artículo XXVI de la Declaración Americana (Asamblea General de la Organización de los Estados Americanos 2016), artículo 8.1 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos (Organización de los Estados Americanos 1969).



## ECUADOR

También Ecuador se define en la Constitución (Constitución de la República del Ecuador 2008) como “Estado constitucional de derechos y justicia, [...] unitario, intercultural, plurinacional” (art. 1). Como la Constitución boliviana, la ecuatoriana hace hincapié en la unidad que contiene la diversidad al afirmar que las “comunidades, pueblos y nacionalidades indígenas, el pueblo afroecuatoriano, el pueblo montubio y las comunas forman parte del Estado ecuatoriano, único e indivisible” (art. 56), y reconoce y garantiza “a las comunas, comunidades, pueblos y nacionalidades indígenas, de conformidad con la Constitución y con los pactos, convenios, declaraciones y demás instrumentos internacionales de derechos humanos” una serie de derechos colectivos entre los que figura el de “crear, desarrollar, aplicar y practicar su derecho propio o consuetudinario, que no podrá vulnerar derechos constitucionales, en particular de las mujeres, niñas, niños y adolescentes” (art. 57 num. 10).

Respecto a la relación entre jurisdicciones, el artículo 76 (i) aclara que a efectos del principio *ne bis in idem* (a no ser juzgado más de una vez por la misma causa y materia), los casos resueltos por la jurisdicción indígena deberán ser considerados. El artículo 171, finalmente, elabora la base para la jurisdicción indígena:

Las autoridades de las comunidades, pueblos y nacionalidades indígenas ejercerán funciones jurisdiccionales, con base en sus tradiciones ancestrales y su derecho propio, dentro de su ámbito territorial, con garantía de participación y decisión de las mujeres. Las autoridades aplicarán normas y procedimientos propios para la solución de sus conflictos internos, y que no sean contrarios a la Constitución y a los derechos humanos reconocidos en instrumentos internacionales. El Estado garantizará que las decisiones de la jurisdicción indígena sean respetadas por las instituciones y autoridades públicas. Dichas decisiones estarán sujetas al control de constitucionalidad. La ley establecerá los mecanismos de coordinación y cooperación entre la jurisdicción indígena y la jurisdicción ordinaria.

El artículo 343 del Código Orgánico de la Función Judicial del 9 de marzo de 2009 añade que “no se podrá alegar

derecho propio o consuetudinario para justificar o dejar de sancionar la violación de derechos de las mujeres” (Ecuador 2009a). El mismo código recuerda las funciones jurisdiccionales de las autoridades indígenas en tanto reconocidas por la Constitución y la ley (art. 7), enmarcándolas, junto con otros medios alternativos de resolución de conflictos, como una forma de servicio público (art. 17).

El artículo 189 de la Constitución precisa que las resoluciones de los jueces de paz no prevalecerán sobre la justicia indígena. De igual manera lo reitera el artículo 253 del Código Orgánico de la Función Judicial. Dicho artículo además prevé que si en la sustanciación del proceso una de las partes alega que la controversia se halla en conocimiento de las autoridades de una comunidad, pueblo o nacionalidad indígena, se procederá de conformidad con lo dispuesto en el artículo 344, norma que expone los principios de la justicia intercultural de la siguiente manera:

La actuación y decisiones de los jueces y juezas, fiscales, defensores y otros servidores judiciales, policías y demás funcionarias y funcionarios públicos, observarán en los procesos los siguientes principios:

- a) Diversidad. Han de tener en cuenta el derecho propio, costumbres y prácticas ancestrales de las personas y pueblos indígenas, con el fin de garantizar el óptimo reconocimiento y realización plena de la diversidad cultural;
- b) Igualdad. La autoridad tomará las medidas necesarias para garantizar la comprensión de las normas, procedimientos, y consecuencias jurídicas de lo decidido en el proceso en el que intervengan personas y colectividades indígenas. Por lo tanto, dispondrán, entre otras medidas, la intervención procesal de traductores, peritos antropólogos y especialistas en derecho indígena.
- c) *Ne bis in idem*. Lo actuado por las autoridades de la justicia indígena no podrá ser juzgado ni revisado por los jueces y juezas de la Función Judicial ni por autoridad administrativa alguna, en ningún estado de las causas puestas a su conocimiento, sin perjuicio del control constitucional;
- d) Pro jurisdicción indígena. En caso de duda entre la jurisdicción ordinaria y la jurisdicción indígena, se preferirá esta última, de tal manera que se asegure su mayor autonomía y la menor intervención posible; y,
- e) Interpretación intercultural. En el caso de la comparecencia de personas o colectividades indígenas, al momento de su actuación y decisión judiciales, interpretarán interculturalmente los derechos controvertidos en el litigio. En consecuencia, se procurará tomar elementos culturales relacionados con las costumbres, prácticas ancestrales, normas, procedimientos del derecho propio de los pueblos, nacionalidades, comunas y comunidades indígenas, con el fin de aplicar los derechos establecidos en la Constitución y los instrumentos internacionales.

Una serie de medidas, proyectadas en el artículo 346 del Código Orgánico de la Función Judicial, deben contribuir a promocionar la justicia intercultural,

para lo cual el Consejo de la Judicatura será el órgano promotor, pero sin autoridad sobre la jurisdicción indígena:

El Consejo de la Judicatura determinará los recursos humanos, económicos y de cualquier naturaleza que sean necesarios para establecer mecanismos eficientes de coordinación y cooperación entre la jurisdicción indígena y la jurisdicción ordinaria. Especialmente, capacitará a las servidoras y servidores de la Función Judicial que deban realizar actuaciones en el ámbito de su competencia en territorios donde existe predominio de personas indígenas, con la finalidad de que conozcan la cultura, el idioma y las costumbres, prácticas ancestrales, normas y procedimientos del derecho propio o consuetudinario de los pueblos indígenas. El Consejo de la Judicatura no ejercerá ningún tipo de atribución, gobierno o administración respecto de la jurisdicción indígena.

La supremacía constitucional y de los derechos internacionalmente reconocidos, expresada en las normas constitucionales e infraconstitucionales ya descritas, se garantiza por medio del control constitucional ejercido por la Corte Constitucional. La Ley Orgánica de Garantías Jurisdiccionales y Control Constitucional del 22 octubre de 2009 abre un recurso ante la Corte en contra de la decisión de una autoridad indígena en ejercicio de funciones jurisdiccionales, por violar los derechos constitucionalmente garantizados o discriminar a la mujer por el hecho de ser mujer (art. 65). La sentencia de la Corte deberá respetar una serie de principios y el procedimiento previstos en el artículo 66, teniendo legitimación activa para la acción cualquier persona o grupo de personas (núm. 6) (Ecuador 2009b).

A efectos del reparto de competencias entre la jurisdicción indígena y la estatal, este artículo reconoce el pluralismo jurídico (num. 2), la autonomía de las autoridades indígenas y “un mínimo de restricciones en el ejercicio de sus funciones jurisdiccionales, dentro de su ámbito territorial, de conformidad con su derecho indígena propio”, y dentro de los límites establecidos por la constitución vigente, los instrumentos internacionales de derechos de los pueblos indígenas y esta ley (num. 3).

Ecuador también ratificó el Convenio 169 de la OIT en 1998, cuyas reglas generales, sin embargo, solo tienen una función complementaria ante la normativa especializada nacional.



## GUATEMALA

La Constitución (Constitución Política de la República de Guatemala 1985) es inusualmente escueta en el comparativo regional en cuanto a su reconocimiento de derechos colectivos de los pueblos indígenas del país, obligando al Estado en el artículo 66 a reconocer, respetar y promover “sus formas de vida, costumbres, tradiciones, formas de organización social, el uso del traje indígena en hombres y mujeres, idiomas y dialectos”. El artículo 67 trata de la protección de las tierras y las cooperativas agrícolas indígenas.

Sin embargo, desde 1996, Guatemala también se vinculó al Convenio 169 de la OIT, que ante la ausencia de normativa nacional más especializada juega un rol importante, a efectos de determinar competencias de autoridades indígenas en materia de justicia.

A partir de la firma de la paz en 1996, que puso fin al conflicto armado interno, a falta de voluntad política del Estado, algunos pueblos indígenas han estado apropiándose de los derechos contemplados en el Convenio 169 (OIT 1989), en particular, el derecho a su propia justicia, lo que ha obligado a jueces del poder judicial local a establecer mecanismos de coordinación con esta justicia impartida por autoridades indígenas en asambleas comunitarias.

Esto ha ocurrido con mayor frecuencia en los departamentos del Quiché y Totonicapán, donde los niveles de organización comunitaria son más altos. El documental *Seis años*<sup>23</sup> relata la experiencia de dos casos en cada uno de los departamentos mencionados, uno de los cuales llevó a que la Corte Suprema de Justicia, en noviembre de 2004, aceptara el carácter vinculante para Guatemala de los derechos de los pueblos indígenas contenidos en tratados internacionales ratificados por el Estado.

---

<sup>23</sup> Disponible en la página web del Programa Universitario Diversidad Cultural e Interculturalidad de la Universidad Nacional Autónoma de México, [http://www.nacionmulticultural.unam.mx/portal/galeria\\_audiovisual/seis\\_anyos.html](http://www.nacionmulticultural.unam.mx/portal/galeria_audiovisual/seis_anyos.html)



## MÉXICO

La Constitución (Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos 1917) (reformada en repetidas ocasiones) resalta que la nación mexicana es “única e indivisible”, y tiene una:

... composición pluricultural sustentada originalmente en sus pueblos indígenas que son aquellos que descienden de poblaciones que habitaban en el territorio actual del país al iniciarse la colonización y que conservan sus propias instituciones sociales, económicas, culturales y políticas, o parte de ellas. [...] El derecho de los pueblos indígenas a la libre determinación se ejercerá en un marco constitucional de autonomía que asegure la unidad nacional. (art. 2)

El artículo 2 también aclara que la conciencia de su identidad indígena deberá ser criterio fundamental para determinar a quiénes se aplican las disposiciones sobre pueblos indígenas, y que son comunidades integrantes de un pueblo indígena aquellas que formen una unidad social, económica y cultural, asentadas en un territorio y que reconocen autoridades propias de acuerdo con sus usos y costumbres.

El derecho de los pueblos indígenas a la libre determinación se ejercerá en un marco constitucional de autonomía que asegure la unidad nacional. El reconocimiento de los pueblos y las comunidades indígenas se hará en las constituciones y leyes de las entidades federativas, las que deberán tomar en cuenta, además de los principios generales establecidos en los párrafos anteriores de este artículo, criterios etnolingüísticos y de asentamiento físico.

A su vez, el artículo 2A reconoce y garantiza el derecho de los pueblos y las comunidades indígenas a la libre determinación y, en consecuencia, a la autonomía para 1) “decidir sus formas internas de convivencia y organización social,

económica, política y cultural” y 2) “aplicar sus propios sistemas normativos en la regulación y solución de sus conflictos internos, sujetándose a los principios generales de esta Constitución, respetando las garantías individuales, los derechos humanos y, de manera relevante, la dignidad e integridad de las mujeres. La ley establecerá los casos y procedimientos de validación por los jueces o tribunales correspondientes”.

Algunas constituciones o leyes de los estados mexicanos desarrollan sobre esa base los derechos en materia de justicia indígena, por ejemplo, la Constitución de Chihuahua (arts. 8 ap. 2 num. IV, y 9 ap. 2), la de Quintana Roo (art. 13), la de Chiapas (art. 7 ap. 8), y la Ley de Derechos y Cultura Indígena del Estado de Baja California (arts. 38 y 39), la Ley de Derechos, Cultura y Organización de los Pueblos y Comunidades Indígenas del Estado de Campeche (art. 56), la Constitución Política del Estado Libre y Soberano de Oaxaca (capítulo VI), y la Ley de Derechos de los Pueblos y Comunidades Indígenas del Estado de Oaxaca (capítulo V); este último estado es considerado como el que más desarrollo le ha dado a la materia (México 1950; 1975; 2016; 2017; 2000; 1922; 1998).

Para el caso del estado mexicano de Oaxaca, el artículo 414 del Código Procesal Penal Estatal (Decreto 308 del 9 de septiembre de 2006) prevé la subsidiariedad de la justicia penal estatal en los siguientes términos (México 2006):

Cuando se trate de delitos que afecten bienes jurídicos propios de un pueblo o comunidad indígena o bienes personales de alguno de sus miembros, y tanto el imputado como la víctima o, en su caso, sus familiares, acepten el modo como la comunidad ha resuelto el conflicto conforme a sus propios sistemas normativos en la regulación y solución de sus conflictos internos, se declarará la extinción de la acción penal. En estos casos, cualquier miembro de la comunidad indígena podrá solicitar que así se declare ante el juez competente. Se excluyen los casos de homicidio doloso, violación, violencia intrafamiliar, los delitos cometidos contra menores de doce años, los delitos agravados por el resultado de muerte y los delitos de asociación delictuosa.

El Protocolo de actuación para quienes imparten justicia en casos que involucren derechos de personas, comunidades y pueblos indígenas es una herramienta práctica que la Presidencia de la Corte Suprema de Justicia de la Nación quiere ofrecer a los juzgadores para la interpretación jurídica que pueda garantizar de mejor manera los derechos de las personas, comunidades y pueblos indígenas (Suprema Corte de Justicia de la Nación 2014a).

El Convenio 169 de la OIT entró en vigor en México el 5 de septiembre de 1991.





## PANAMÁ

Al ser Panamá uno de los pocos Estados latinoamericanos que no ha ratificado el Convenio 169 de la OIT, la definición del concepto de pueblo indígena se rige por el Convenio Constitutivo del Fondo para el Desarrollo de los Pueblos Indígenas de América Latina y el Caribe, firmado en Madrid, España, el 24 de julio de 1992, durante la Segunda Cumbre de los Estados Iberoamericanos, el cual fue ratificado mediante la Ley 27 del 13 de diciembre de 1993.<sup>24</sup> Panamá también ratificó el Convenio 107 de la OIT (1957).

Panamá no tiene un desarrollo constitucional de gran avance en materia de los derechos colectivos indígenas en su Constitución (véase arts. 90 y 124) (Constitución Política de la República de Panamá 1972), pero tiene establecido un régimen autonómico particular a través de leyes comarcales y decretos,<sup>25</sup> por ejemplo, la Ley 16 del 19 de febrero de 1953 por la cual se organiza la comarca de San Blas (desde 1998 “Kuna Yala”) que regula la jurisdicción propia acotada y mecanismos de coordinación con la justicia estatal:

Es obligación de la primera autoridad política de toda población indígena, tomar conocimiento de las infracciones de la Ley que ocurrieren dentro de su jurisdicción, informar de lo sucedido al Intendente, y poner a las órdenes de este a los transgresores. (art. 7). El Estado reconoce la existencia y jurisdicción en los asuntos concernientes a infracciones legales, exceptuando lo referente a la

---

<sup>24</sup> *Gaceta Oficial* 22.436, 21 de diciembre de 1993 (Panamá 1993).

<sup>25</sup> Ley 16 de 19 de febrero de 1953, por la cual se organiza la comarca de San Blas (mediante la Ley 99 de 23 de diciembre de 1998 se cambió el nombre de la Comarca de San Blas a Comarca Kuna Yala); Ley 22 de 8 de noviembre de 1983 por la cual se crea la Comarca Embera de Darién; Ley 10 de 7 de marzo de 1997 por la cual se crea la comarca Ngöbe-Bugle y se toman otras medidas; Decreto ejecutivo 228 de 3 de diciembre de 1998 por el cual se adopta la carta orgánica administrativa de la comarca Kuna de Madungandi; Decreto ejecutivo 84 de 9 de abril de 1999 por el cual se adopta la Carta Orgánica Administrativa de la comarca Embera-Wounaan de Darién; Ley 34 de 25 de julio de 2000 por la cual se crea la comarca Kuna de Wargandi; Decreto ejecutivo 414 de 22 de octubre de 2008 por el cual se adopta la Carta Orgánica Administrativa de la Comarca Kuna de Wargandi (Panamá 1953, 1998, 1983, 1997, 2000, 1993) (Valiente 2002).

aplicación de las leyes penales, del Congreso General Kuna, de los Congresos de pueblos y tribus y de las demás autoridades establecidas conforme a la tradición indígena y de la Carta Orgánica del Régimen Comunal Indígena de San Blas. Dicha Carta tendrá fuerza de Ley una vez que la apruebe el Órgano Ejecutivo, luego de establecer que no pugna con la Constitución y las Leyes de la República. (art. 12)

Con base en su autonomía, el Congreso General Guna ha emitido la Ley Fundamental de la comarca Gunayala, la cual contiene normativa sobre la administración de justicia. El artículo 74 ha previsto que en Gunayala esta se hará según el derecho indígena interno y el control social del pueblo guna, tomando en cuenta la vigencia de las leyes nacionales. También, la Ley Fundamental de Gunayala, en el artículo 75, establece que cada comunidad, como parte de la estructura de Onmageddummad Sunmaggaled, creará una unidad administrativa de justicia local que se regirá de acuerdo con el reglamento interno de las comunidades.

El Congreso General Guna creó el Tribunal de Justicia de Gunayala para atender los casos que el pleno someta a su consideración. El Tribunal de Justicia de Gunayala estará integrado por cinco miembros elegidos en el pleno del Onmageddummad Sunmaggaled, por un periodo de cuatro años, y contará con un cuerpo colegiado de asesores, entre ellos un abogado, conocedores de la cultura guna y expertos en derecho indígena, que tendrá las siguientes funciones:

- Estudiar e interpretar los reglamentos internos de las comunidades conforme al derecho indígena en que se sustentan, antes de emitir una decisión.
- Revisar las decisiones de instancias locales cuando son remitidas al pleno del Congreso General Guna para la toma de decisiones finales.
- Garantizar la fiel aplicación de los reglamentos internos de las comunidades en el marco de respeto de los derechos humanos y de solidaridad.
- Otras que serán reglamentadas en el Estatuto.

Es decir, el territorio autónomo cuenta con un Tribunal de Apelación para atender los casos provenientes de las comunidades de la comarca Gunayala, lo que consolida su libre determinación como pueblo indígena.

El Congreso General Guna, en un caso contra un indígena, aplicó su normativa interna, por la transgresión de su Ley Fundamental, Capítulo XX, específicamente el artículo 325 del Estatuto Comarcal, que se refiere a la no justificación de sus bienes y sus ingresos, y fue condenado a seis meses de prisión en la cárcel pública que está bajo la administración de la Dirección del Sistema

Penitenciario del Ministerio de Gobierno. El caso llegó al Pleno de la Corte Suprema de Justicia de Panamá (2103), que determinó lo siguiente:

Del informe transcrito se desprende que el señor Rubiano González Méndez, está detenido en la cárcel de Narganá, puesto que se encuentra cumpliendo pena impuesta mediante resolución emitida por el Congreso General Guna Yala, de conformidad con las normas de dicha comarca por la transgresión de su Ley Fundamental, Capítulo XX, artículo 325. En razón de lo anterior, el Pleno advierte que en el presente caso la detención del señor Rubiano González Méndez no tiene el carácter de preventiva, pues se encuentra en la fase de ejecución de la pena a la que fue condenado por tribunales competentes como consecuencia de un proceso penal instruido en su contra, y por ello es procedente declarar legal la detención que nos ocupa.

En resumen, la Corte panameña juzgó que el detenido está cumpliendo una pena de seis meses de prisión en la cárcel de Narganá, una dependencia del Sistema Penitenciario del Ministerio de Gobierno, basado en las normas internas del Congreso General Guna y, además, no aplica el recurso de *habeas corpus* por cuanto está en ejecución la pena impuesta por un tribunal competente, en este caso era el Congreso General Guna con el Congreso Local de la Comunidad Guna. Este fallo del máximo Tribunal de Panamá fue antes de la entrada de vigencia del Código Procesal Penal panameño en la comarca Gunayala<sup>26</sup> y antes de la creación del Tribunal de Apelación del Congreso General Guna de 2017.

El Código Procesal Penal de Panamá (Ley 63 de 28 de agosto de 2008) (Fletcher y Weinstein 2002) expresamente incluye en los órganos jurisdiccionales a las autoridades tradicionales indígenas (art. 30 num. 10). Los tribunales Superiores de apelaciones de los distritos judiciales conocerán en sus respectivas salas también los conflictos que surjan en materia de competencia entre las Autoridades Tradicionales Indígenas y los Jueces Comarcales (art. 41 num. 10). Según el artículo 49 del Código Procesal Penal, “las autoridades tradicionales indígenas tendrán competencia para conocer las conductas sancionadas de acuerdo con el Derecho Indígena y la Carta Orgánica. La actuación se efectuará conforme a los procedimientos consuetudinarios comarcales” (Panamá 2008b).

La legislación panameña prevé la colaboración en algunos asuntos puntuales, como la exhumación (art. 322 CPP), la aprehensión de personas y la recolección de pruebas (art. 236). Más allá de ello, sin embargo, cabe resaltar

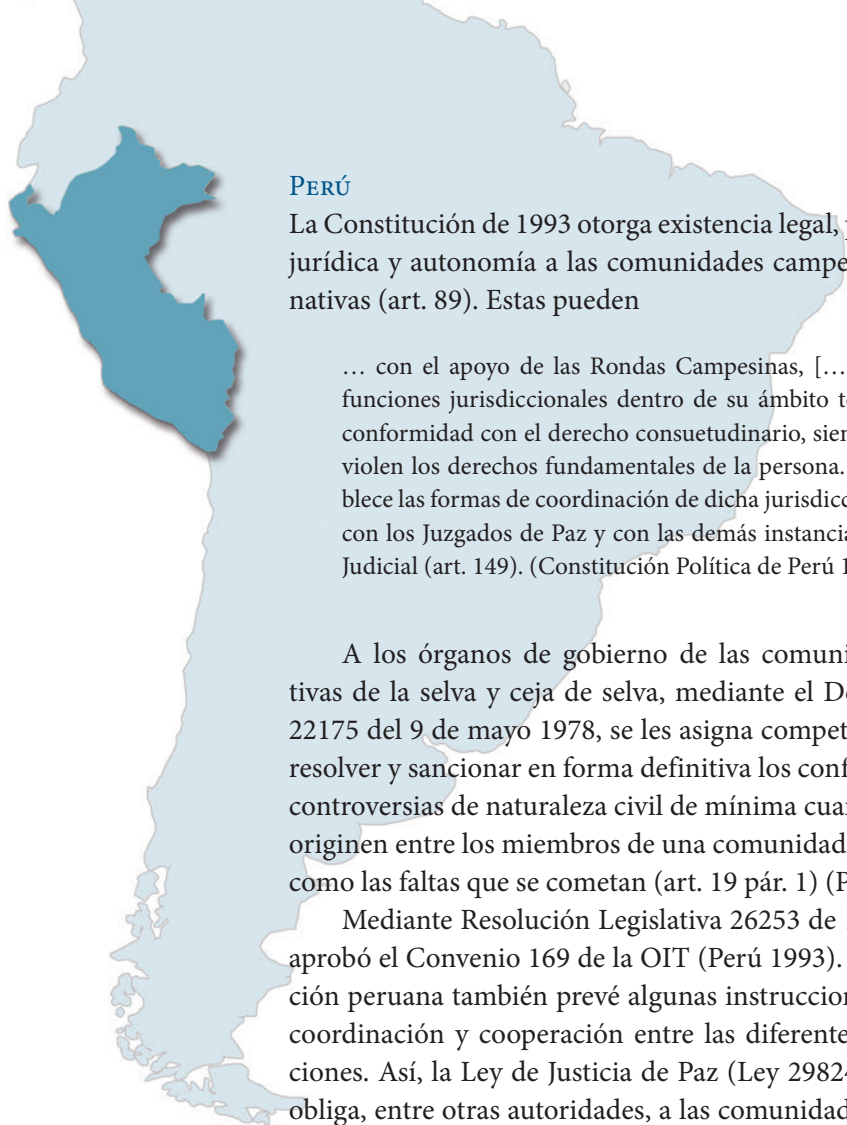
---

<sup>26</sup> El Código Procesal Penal de Panamá entró en la Comarca Gunayala el 2 de septiembre de 2016.

una práctica efectiva de coordinación que, en la anterior edición, Aresio Valiente describió como sigue: En relación con el reconocimiento constitucional de los derechos de los pueblos indígenas la Constitución panameña es, como vimos más arriba, de las más lacónicas, incluyendo el aspecto de la jurisdicción indígena. El artículo 202 de la Carta Magna panameña establece que el Órgano Judicial está constituido por la Corte Suprema de Justicia, los tribunales y los juzgados que la Ley establezca, pero no menciona específicamente una jurisdicción indígena. Pero las leyes comarcales y la Ley del Código de Procedimiento Penal han establecido la coordinación que debe existir entre la jurisdicción indígena y la jurisdicción estatal.

Mediante el Acuerdo 424 del 22 de mayo de 2009, la Corte Suprema de Justicia de Panamá creó el Departamento de Acceso a la Justicia para los Grupos Indígenas, el cual está adscrito a la Unidad de Acceso a la Justicia y Género del Órgano Judicial. Dicho Departamento tiene como atribuciones desarrollar el servicio de intérpretes de las lenguas indígenas, analizar en cada comarca del país las divergencias que se puedan dar a través de los métodos alternos de solución de conflictos, entre otras.

Aparte de ello, la Corte Suprema de Justicia de Panamá ha financiado y apoyado proyectos para mejorar la coordinación entre la justicia indígena y la justicia nacional. En 2006 se elaboró un diagnóstico de la realidad de la justicia en las regiones indígenas panameñas y las posibles soluciones a las carencias de acceso a la justicia de que adolece la población indígena. También, en 2007 se diseñó un Plan de Divulgación de los Derechos Indígenas y un Plan de Acercamiento del Órgano Judicial a las Comarcas Indígenas. En 2009, se suscribió un acuerdo entre las autoridades indígenas, la Unión Nacional de Abogadas y Abogados Indígenas de Panamá y la Corte Suprema de Justicia de Panamá, para la creación de la Comisión Interinstitucional de Acercamiento de la Justicia Tradicional Indígena y la Justicia Ordinaria.



## PERÚ

La Constitución de 1993 otorga existencia legal, personería jurídica y autonomía a las comunidades campesinas y las nativas (art. 89). Estas pueden

... con el apoyo de las Rondas Campesinas, [...] ejercer las funciones jurisdiccionales dentro de su ámbito territorial de conformidad con el derecho consuetudinario, siempre que no violen los derechos fundamentales de la persona. La ley establece las formas de coordinación de dicha jurisdicción especial con los Juzgados de Paz y con las demás instancias del Poder Judicial (art. 149). (Constitución Política de Perú 1993)

A los órganos de gobierno de las comunidades nativas de la selva y ceja de selva, mediante el Decreto-Ley 22175 del 9 de mayo 1978, se les asigna competencia para resolver y sancionar en forma definitiva los conflictos y las controversias de naturaleza civil de mínima cuantía que se originen entre los miembros de una comunidad nativa, así como las faltas que se cometan (art. 19 pár. 1) (Perú 1978).

Mediante Resolución Legislativa 26253 de 1993, Perú aprobó el Convenio 169 de la OIT (Perú 1993). La legislación peruana también prevé algunas instrucciones para la coordinación y cooperación entre las diferentes jurisdicciones. Así, la Ley de Justicia de Paz (Ley 29824 de 2011) obliga, entre otras autoridades, a las comunidades campesinas, las comunidades nativas y las rondas campesinas a apoyar al juez de paz (arts. 7, 34) y a la coordinación entre el juez de paz y otras autoridades a efectos de una adecuada administración de justicia (art. 60), especialmente, para la resolución de casos derivados de la justicia comunal (art. 62), la aplicación de sanciones (art. 63) y el respeto a actas de conciliación y sentencias de los juzgados de paz (art. 64) (Perú 2011).

La Ley de Rondas Campesinas del Perú (Ley 27908) del 17 de diciembre de 2002, en su artículo 1, reconoce personalidad jurídica a las rondas campesinas y prevé funciones de apoyo al ejercicio de funciones jurisdiccionales de las comunidades campesinas y nativas. Respecto de las

otras jurisdicciones, sin embargo, no hubo mayor desarrollo de acuerdo con el artículo 149 de la Constitución (Perú 2002).

Más allá de la regulación legislativa existen resoluciones administrativas y acuerdos de algunas instituciones de la justicia estatal que expresan la buena disposición para mejorar la coordinación y colaboración con las autoridades indígenas.

En 2009, la Corte Suprema de Justicia adoptó el Acuerdo Plenario N 1-2009/CJ-116, en el que se reconocen formalmente las facultades jurisdiccionales de las rondas campesinas. A través la Resolución Administrativa N 266-2010-CE-PJ, el Consejo Ejecutivo dispuso la adhesión del Poder Judicial a las 100 reglas de Brasilia sobre Acceso a la Justicia de Personas en Condiciones de Vulnerabilidad, entre cuyos destinatarios se cuentan las personas integrantes de comunidades indígenas.

El 11 de mayo de 2011, la Presidencia de la Corte Suprema de Justicia aprobó la Resolución Administrativa N 202-2011-P-PJ, la cual crea la Comisión de Trabajo sobre Justicia Indígena y Justicia de Paz. Mediante Resolución Administrativa 499-2012-P-PJ, el 17 de diciembre de 2012, la Presidencia de la Corte Suprema de Justicia aprobó la Hoja de Ruta de la Justicia Intercultural, elaborada por la Comisión de Trabajo sobre Justicia Indígena y Justicia de Paz con el propósito de continuar con la promoción y consolidación de un sistema de justicia intercultural que responda a la realidad pluriétnica y cultural del país.

En virtud de la Resolución Administrativa N 082-2015-P-PJ del 16 de febrero 2015, el Poder Judicial continúa desarrollando la posición institucional en su relación de coordinación y colaboración con la justicia indígena, en un contexto de interculturalidad y de protección efectiva de los derechos humanos; al respecto, es prioridad concretar el principio de unidad del poder judicial en esta materia, de manera que las cortes superiores del país apliquen líneas de trabajo comunes, que se adapten en cada caso a la diversidad de la justicia indígena, rescatando en cada contexto la relevante experiencia de la justicia de paz.



## VENEZUELA

La Constitución incluye amplios reconocimientos a los pueblos indígenas en materia cultural, política, territorios, de organización y cosmovisión propia, educación (arts. 9, 119, 121, 125, 166, 169, 181, 186, 281, 327 CP),<sup>27</sup> el aprovechamiento de recursos naturales (art. 120), salud (art. 122), prácticas económicas y productivas (art. 123) y propiedad intelectual colectiva (art. 124) (Constitución de la República Bolivariana de Venezuela 1999).

La Carta política incluye a los pueblos indígenas como “parte de la Nación, del Estado y del pueblo venezolano como único, soberano e indivisible”, por lo que, de conformidad con la Constitución, “tienen el deber de salvaguardar la integridad y la soberanía nacional” (art. 126). Resalta además que el “término pueblo no podrá interpretarse en esta Constitución en el sentido que se le da en el derecho internacional”. Se atribuye al Poder Público Nacional la competencia de la legislación de pueblos indígenas y territorios ocupados por ellos (art. 156 num. 32).

El artículo 260 fundamenta el pluralismo jurídico:

Las autoridades legítimas de los pueblos indígenas podrán aplicar en su hábitat instancias de justicia con base en sus tradiciones ancestrales y que solo afecten a sus integrantes, según sus propias normas y procedimientos, siempre que no sean contrarios a esta Constitución, a la ley y al orden público. La ley determinará la forma de coordinación de esta jurisdicción especial con el sistema judicial nacional.

Dichos preceptos constitucionales fueron ampliamente desarrollados en los artículos 130 y siguientes de la Ley Orgánica de Pueblos y Comunidades Indígenas (Venezuela 2005).

---

<sup>27</sup> Véanse también las disposiciones transitorias séptima y decimosegunda.

## Derecho internacional público que regula la asignación de competencias y coordinación entre jurisdicciones

### *Convenio 169 de la Organización Internacional del Trabajo*

El Convenio 169 (OIT 1989), ratificado por la gran mayoría de Estados latinoamericanos,<sup>28</sup> se aplica:

... (art. 1a) a los pueblos tribales en países independientes, cuyas condiciones sociales, culturales y económicas les distinguen de otros sectores de la colectividad nacional, y que estén regidos total o parcialmente por sus propias costumbres o tradiciones o por una legislación especial; (b) A los pueblos en países independientes, considerados indígenas por el hecho de descender de poblaciones que habitan 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 y que, cualquiera que sea su situación jurídica, conservan todas sus propias instituciones sociales, económicas, culturales y políticas, o parte de ellas. Para la definición de pueblo indígena, la conciencia de su identidad indígena o tribal es un criterio fundamental (art. 2).

El Convenio contiene una serie de obligaciones para proteger y promover su pluralidad cultural mediante medidas especiales para salvaguardar a las personas, las instituciones, los bienes, el trabajo, las culturas y el medio ambiente de los pueblos interesados (art. 4); el reconocimiento y la protección de sus valores y prácticas sociales, culturales, religiosas y espirituales propios, y de sus instituciones (art. 5). Igualmente, tienen que instalarse mecanismos de consulta y participación en decisiones sobre cuestiones que los puedan afectar (art. 6).

En cuanto al pluralismo jurídico son claves los artículos 8 y 9 en virtud de los cuales se exige el respeto a reglas, procedimientos e instituciones propias para la resolución de conflictos, incluyendo el ámbito penal. Sin embargo, no se establecen mínimos explícitos o competencias concretas, y el Convenio exige la compatibilidad con el derecho nacional y los derechos humanos. En este sentido, también resalta que el respeto por la justicia indígena no impide a los miembros de dichos pueblos ejercer los derechos reconocidos a los demás ciudadanos.

---

**28** Los Estados latinoamericanos que ratificaron el Convenio 169 son: Argentina (3 de agosto de 2000), Bolivia (11 de diciembre de 1991), Brasil (25 de julio de 2002), Chile (15 de septiembre de 2008), Colombia (7 de agosto de 1991), Costa Rica (2 de abril de 1993), Dominica (25 de junio de 2002), Ecuador (15 de mayo de 1998), Guatemala (5 de junio de 1996), Honduras (28 de marzo de 1995), México (5 de septiembre de 1990), Nicaragua (25 de agosto de 2010), Paraguay (10 de agosto de 1993), Perú (2 de febrero de 1994), Venezuela (22 de mayo de 2002).



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 estas 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.

Respecto de la coordinación entre jurisdicciones, por tanto, el Convenio 169 solamente remite a la legislación nacional que deberá, según el artículo 8.2, prever procedimientos para solucionar los conflictos que puedan surgir del pluralismo jurídico.

#### *Declaración de las Naciones Unidas sobre los Derechos de los Pueblos Indígenas*

La DNUDPI, sin ser derecho internacional público vinculante, es decir, teniendo carácter de *soft law*, tiene efectos políticos orientativos para los ordenamientos nacionales, salvo que haya sido incorporada como ley interna, por ejemplo, en el caso de Bolivia. La DNUDPI les concede a los pueblos indígenas el derecho a la autonomía o al autogobierno en las cuestiones relacionadas con sus asuntos internos y locales (art. 4), incluyendo el derecho a conservar y reforzar, entre otras, sus propias instituciones jurídicas (art. 5). Aclara además que, de la pertenencia a una comunidad o nación indígena, de conformidad con sus tradiciones y costumbres, no puede resultar ninguna discriminación (art. 9) (Asamblea General de las Naciones Unidas 2007).

En consecuencia, los pueblos indígenas tienen derecho a participar en la adopción de decisiones en las cuestiones que afecten sus derechos, por conducto de representantes elegidos por ellos de conformidad con sus propios procedimientos, así como a mantener y desarrollar sus propias instituciones de adopción de decisiones (art. 18), y promover, desarrollar y mantener sus estructuras institucionales [...] y sus propias costumbres o sistemas jurídicos, de conformidad con las normas internacionales de derechos humanos (art. 34). (Asamblea General de las Naciones Unidas, 2007)

## Esquema de los elementos formales<sup>29</sup>

Christian Steiner

Nota aclaratoria. El esquema que se presenta a continuación recoge elementos para tomar en cuenta de acuerdo con diferentes ordenamientos jurídicos. El operador tendrá que discernir aquellos que aplican para su respectivo contexto.

1. **Reconocimiento del pluralismo jurídico**, del “derecho del colectivo a ser diferente” (Corte Constitucional de Colombia). (**Argentina**: no se reconoce expresamente, pero el Convenio 169 OIT sí. **Bolivia**: artículos 30 II inciso 14, 178 I, 179, 190 y ss. CP. **Brasil**: Convenio 169 OIT. **Colombia**: arts. 1, 7, 246, 329, 330 CP; 1 Decreto 1953 de 7/10/2014; 11 Ley 1653 de 15/7/2013; Convenio 169 OIT; jurisprudencia CC. **Ecuador**: arts. 57 núm. 10, 76 (i), 171 CP; 17 Código Orgánico de la Función Judicial. **Guatemala**: art. 66 CP y Convenio 169 OIT. **México**: art. 2 A II CP, Convenio 169 OIT. **Panamá**: leyes comarcales, art. 30 núm. 10 Código Procesal Penal. **Perú**: arts. 89, 149 CP. **Venezuela**: arts. 260 CP; Ley Orgánica de Pueblos y Comunidades Indígenas; Convenio 169 OIT, arts. 8-10; DNU DPI, arts. 5, 34).
2. Reconocimiento como **pueblo indígena o comunidad étnica** o individuo perteneciente a tal comunidad (**Argentina**: Convenio 169 OIT. **Bolivia**: art. 30 CP. **Brasil**: Convenio 169 OIT, arts. 1 y 2. **Colombia**: jurisprudencia CC. **Ecuador**: Convenio 169 OIT. **Guatemala**: Convenio 169 OIT. **México**: art. 2 A II CP, Convenio 169 OIT. **Panamá**: art. 1.1 Convenio 107 OIT. **Perú**: Convenio 169 OIT. Convenio 169 OIT, arts. 1 y 2).
  - 2.1. Calificación como **pueblo indígena/comunidad étnica** (elemento objetivo).
  - 2.2. **Conciencia** de la identidad indígena/étnica (elemento subjetivo).
3. **Existencia de autoridades propias** con capacidad de resolver conflictos internos (**Colombia**, jurisprudencia CC).
4. Existencia de un **marco normativo propio** (**Colombia**, jurisprudencia CC).

---

<sup>29</sup> Agradecemos a Katharina Elisa Glenz por su valioso apoyo en la fase inicial del desarrollo del presente esquema, durante sus prácticas en el Programa Estado de Derecho de la Fundación Konrad Adenauer.

5. **Jurisdicción** de acuerdo con factores/criterios de vinculación o ámbito de vigencia (alternativo o acumulativo según marco normativo. **Bolivia:** acumulativo, art. 8 Ley de Deslinde. **Brasil:** Convenio 169 OIT. **Colombia:** jurisprudencia CC. **Guatemala:** Convenio 169 OIT. **México:** art. 2 A II CP, Convenio 169 OIT; normativa especial de los Estados. **Panamá:** leyes comarcales, art. 49 Código Procesal Penal. **Perú:** art. 19 pár. 1 Decreto-ley 22175 de 9/5/1978; Convenio 169 OIT. **Venezuela:** arts. 260 CP, Ley Orgánica de Pueblos y Comunidades Indígenas; Convenio 169 OIT, arts. 8 y 9).

5.1. Territorial: hechos ocurridos en territorio de la comunidad indígena o cuestiones relacionadas con asuntos locales (**Bolivia:** art. 11, Ley de Deslinde. **Ecuador:** art. 171 CP. **México:** Oaxaca, art. 39 a), Ley de Derechos de los Pueblos y Comunidades Indígenas del Estado de Oaxaca; DNUDPI, arts. 4, 5, 34).

5.2. Personal: miembro de pueblo o comunidad indígena (**Bolivia:** art. 9, Ley de Deslinde. **México:** Oaxaca, art. 38 I a) pár. 1, Ley de Derechos de los Pueblos y Comunidades Indígenas del Estado de Oaxaca; con partes mixtas → elección, pár. 2).

5.3. Material: asunto atribuido a la jurisdicción indígena o relacionado con asuntos internos, que histórica o tradicionalmente resolvía, y no expresamente excluido de ella (**Bolivia:** art. 10, Ley de Deslinde. **México:** regulación especial para Oaxaca; DNUDPI, arts. 4, 5, 34). Materias excluidas (**Bolivia:** art. 10 II, Ley de Deslinde).

5.4. ¿Exclusiones/limitaciones compatibles con normas superiores o principio de pluralismo jurídico? → En su caso, control concreto (incidental) de la constitucionalidad o convencionalidad. Interpretación conforme. Proporcionalidad.

Aspectos por ponderar: libre determinación, autonomía, pluralidad cultural, supervivencia cultural ↔ “función única de la justicia”, “nación única e indivisible”, igualdad ante la ley, núcleo esencial de los derechos humanos, otros principios constitucionales.

Calificación de asunto como “grave” es relativa. Tomar en cuenta **función conciliatoria** de la justicia: ¿qué jurisdicción es capaz de resolver el conflicto de manera definitiva y sostenible para reafirmar la confianza en la justicia?

Si fuera imposible determinar una jurisdicción competente o de traslape de competencias:

Mecanismos de **coordinación y cooperación** (**Bolivia:** art. 13-17, Ley de Deslinde. **Colombia:** prácticas de coordinación y estándares

de la Corte Constitucional: relaciones de reciprocidad y cooperación para aprehensión preventiva y pruebas, intercambio de información, apoyo en medidas coercitivas, evaluaciones, peritajes, acatamiento a decisiones judiciales indígenas. **Panamá:** arts. 236, 322, Código Procesal Penal, práctica judicial; **Perú:** Ley de Justicia de Paz, Ley de Rondas Campesinas, política judicial de diálogo. **Venezuela:** arts. 260 CP, Ley Orgánica de Pueblos y Comunidades Indígenas; Convenio 169 OIT, art. 8 II 2: remisión a procedimientos nacionales).

Peligro de *forum shopping* (foro de conveniencia), pues puede conducir al debilitamiento de la cohesión comunitaria indígena. Adecuada coordinación con buena fe puede prevenir conflictos jurisdiccionales. Valorar contribución de justicia indígena al sistema integral de justicia estatal. Diferentes jurisdicciones son **aliadas** de un sistema jurídico pluralista, **corresponsables** de una justicia integral.

**Resolución de conflictos** entre las jurisdicciones (**Bolivia:** art. 12 inciso 11 CP, con art. 28 I.10 Ley del TC, arts. 100 a 102; Código Procesal Constitucional. **Colombia:** arts. 256 num. 6 CP, 112 núm. 2 Ley 270 de 1996. **Ecuador:** arts. 171 CP, 344 Código Orgánico de la Función Judicial. **Guatemala:** sin reglar. **México:** sin reglar. **Panamá:** art. 41 núm. 10, Código Procesal Penal. **Perú:** sin reglar. **Venezuela:** arts. 260 CP; Ley Orgánica de Pueblos y Comunidades Indígenas; Convenio 169 OIT, arts. 8 y 9).

6. ¿Fallo indígena revisable por la jurisdicción estatal o cosa juzgada? (**Brasil:** Convenio 169 OIT. **Colombia:** jurisprudencia y práctica CC. **Ecuador:** art. 171 CP; en términos generales Convenio 169 OIT. **Guatemala:** Convenio 169 OIT. **México:** sin reglar, salvo Oaxaca. **Panamá:** no regulado y no existe jurisprudencia aún. **Perú:** Convenio 169 OIT. **Venezuela:** art. 260 CP; Ley Orgánica de Pueblos y Comunidades Indígenas; Convenio 169 OIT; sujeción a leyes y derechos humanos, arts. 8-10; DNU DPI, sujeción a leyes y derechos humanos, art. 34).
- 6.1. Revisión por otras jurisdicciones (**Bolivia:** art. 12 CP: cumplimiento obligatorio, no revisable por otras jurisdicciones. **Ecuador:** jueces de paz no, arts. 189 CP, 253 Código Orgánico de la Función Judicial. **Perú:** art. 19 pár. 1, Decreto-Ley 22175 de 9-5-1978).
- 6.2. Control de constitucionalidad/convencionalidad *posterior* (soberanía, unidad, derechos humanos) de resoluciones de la jurisdicción indígena (**Bolivia:** art. 12 inciso 11 CP, con art. 28 I.10 Ley del TC; arts. 100 a 102, Código Procesal Constitucional; autori-

dades actúan como autoridad pública y como tal están sujetas a la jurisdicción constitucional del TC, arts. 30 II 5, 51 y ss., 290 II CP. **Brasil:** Convenio 169 OIT. **Ecuador:** arts. 171 CP, 343 Código Orgánico de la Función Judicial, 65 y 66 Ley Orgánica de Garantías Jurisdiccionales y Control Constitucional; Convenio 169 OIT. **Guatemala:** Convenio 169 OIT. **México:** art. 2 A II CP).

- 6.3. Control de constitucionalidad concreto *previo* mediante consulta al TC (**Bolivia:** arts. 32 Ley del TC, 128 a 132 Código Procesal Constitucional).



**III.**  
**Elementos materiales y debido proceso.**  
**Normas aplicables e interpretación**  
**intercultural**

## Mandatos de la interculturalidad en la aplicación del derecho

Rosember Ariza

En esta fase del análisis del caso, una vez establecida la jurisdicción, es decir que la autoridad en cuestión esté facultada para resolver el asunto,<sup>1</sup> se entra a la discusión de fondo. En el caso de un conflicto entre derechos, es necesario precisar cómo se pueden reconciliar ambos derechos o cuál tiene que prevalecer, si el demandante tiene el derecho invocado, si el tribunal que sentenció tuvo competencia, o, en caso contrario, qué autoridad tiene competencia según derecho; si una pena aplicada es compatible con el marco legal, por su gravedad o incompatibilidad con derechos fundamentales; cuál es el derecho aplicable a un asunto y si la conducta en cuestión es punible de acuerdo con este derecho o no. Asimismo, si a la hora de revisar la compatibilidad de un acto judicial con las leyes, la Constitución Política y los derechos humanos, es válida su aplicación con independencia del contexto cultural o si es necesaria una interpretación intercultural del derecho.

Al buscar soluciones prácticas a estas preguntas nos enfrentamos con un reto importante: la gran diferencia y complejidad de los sistemas jurídicos existentes en los países de América Latina y, por ende, la gran diversidad de leyes y regulaciones de cada país, la multiplicidad de sistemas de usos y costumbres indígenas, así como la amplia interpretación por parte de los tribunales en las controversias que se suscitan por motivo del involucramiento de personas que tienen la condición de indígenas. Por esto, es clave precisar de entrada lo que

---

**1** Lo que puede parecer un formalismo –el hecho de que la autoridad está autorizada para resolver–, en realidad es un elemento importante del Estado de derecho. Desde la perspectiva del acusado, se trata de la garantía del juez natural. Pero más allá de este derecho, el hecho de que solamente una autoridad administrativa o judicial pueda resolver sobre un asunto cuando tenga autorización legal, es decir, tenga competencia atribuida por el derecho, procura que el acto o la sentencia tengan validez y vigencia, que se puedan ejecutar y que no surjan resoluciones múltiples contradictorias. Otra cosa es, una práctica lamentablemente extendida, que la autoridad invocada intente evadir su competencia y que, por tanto, el afectado se quede sin la resolución que le corresponde. Tal indefensión, contrario al derecho fundamental de un recurso efectivo, sin embargo, no se supera mediante la resolución de un órgano sin competencia, sino exigiendo responsabilidad a la administración pública y al sistema de justicia.

entendemos por multiculturalismo e interculturalidad como mecanismos de diálogo entre sistemas jurídicos estatales y sistemas jurídicos indígenas.

Se insiste en que lo multicultural es un hecho, el multiculturalismo una intención política y lo intercultural una relación social. Intercultural es el término que da cuenta del conjunto de relaciones sociales entre las culturas o de las derivadas de un multiculturalismo. De lo intercultural se derivan acciones y valores que corresponden a situaciones de contacto. Lo intercultural es el cúmulo de relaciones sociales que ponen en relación a las personas a partir del reconocimiento recíproco de las diferencias culturales.

El principio de reconocimiento es importante en términos de interculturalidad, porque el reconocer significa tener principios de acción comunes y principios de identidad en el funcionamiento del sistema judicial. La justicia intercultural es un acto *performativo*, crea realidad judicial, mantiene la identidad de todos los intervinientes en un proceso, sus lugares en el proceso y sus competencias. (Consejo Superior de la Judicatura, Escuela Judicial Rodrigo Lara Bonilla, Organización Nacional Indígena de Colombia 2011, 145)

El respeto no está fundado en la tolerancia, en el sentido de aguantar y respetar lo absurdo, sino de ceñirse a los principios de toda práctica judicial. Es cierto que los sistemas jurídicos son unidades complejas, pero para que la maquinaria funcione adecuadamente no se necesita que la intervengamos con criterios distintos a los que ella tiene para funcionar por sí misma. El respeto es el que tiene un juez por otro juez respecto de su independencia. Irrespetamos ese acuerdo fundamental con ciertas prácticas, cuando sin procedimiento judicial emitimos juicios de valor porque las prácticas judiciales indígenas resultaron equívocas a nuestros criterios legales, sin haber coordinado y comprendido el otro sistema judicial.

Por esto, compartimos lo planteado por la Corte Constitucional de Colombia cuando exhorta a la sociedad mayoritaria al reconocimiento:

Los Estados, entonces, han descubierto la necesidad de acoger la existencia de comunidades tradicionales diversas, como base importante del bienestar de sus miembros, permitiendo al individuo definir su identidad, no como “ciudadano” en el concepto abstracto de pertenencia a una sociedad territorial definida y a un Estado gobernante, sino una identidad basada en valores étnicos y culturales concretos. [...] para que la protección a la diversidad étnica y cultural sea realmente efectiva, el Estado reconoce a los miembros de las comunidades indígenas todos los derechos que se reconocen a los demás ciudadanos, prohibiendo toda forma de discriminación en su contra, pero además, y en aras de proteger la diversidad cultural, otorga ciertos derechos radicados en la comunidad como ente colectivo. En otras palabras, coexisten los derechos del



individuo como tal, y el derecho de la colectividad a ser diferente y a tener el soporte del Estado para proteger tal diferencia. (1996c)

El concepto de sistemas jurídicos de los pueblos indígenas hace referencia a una noción que da centralidad al reconocimiento. Lo que en realidad se reconoce no es la potestad de impartir justicia, sino la existencia de los sistemas jurídicos propios y específicos de los pueblos indígenas y la potestad que ellos mismos les confieren a algunas personas de su comunidad para impartir justicia. Dicho de otro modo, ese concepto es relativo de manera directa al hecho de que los indígenas tienen sus propias filosofías jurídicas, sus privados órdenes normativos, sus adecuadas instituciones y sus pertinentes jueces y que, en tal orden, dichas instituciones y jueces son diferentes, competentes, independientes y autónomos en sus procedimientos y decisiones.

Con el reconocimiento de la jurisdicción lo que se acepta es la existencia real y jurídica de la autonomía diferencial de los sistemas jurídicos de los pueblos indígenas respecto del sistema jurídico nacional que lo reconoce, con base en las siguientes características propias: un sistema cultural, una trayectoria histórica, una formación jurídica y una configuración política; vale decir, son sistemas jurídicos que dependen de sus propios sentidos de espiritualidad, resistencia, justicia y autonomía.

## Elementos materiales y debido proceso según la legislación nacional

Rosembert Ariza, Christian Steiner y Guillermo Padilla

Como ya vimos, algunos ordenamientos nacionales tienen definido el reconocimiento del ejercicio jurisdiccional por parte de los pueblos indígenas, pero, al mismo tiempo, se pronuncian sobre las normas materiales aplicables por la autoridad a la que compete resolver el litigio. En ausencia de una regulación específica tiene gran relevancia el Convenio 169 (OIT 1989) en la medida en la que haya sido ratificado. Por regla general, podemos observar que las autoridades deben aplicar sus usos y costumbres, pero respetar el derecho estatal, especialmente, los derechos humanos. A su vez, la justicia estatal, ejerciendo su jurisdicción sobre indígenas, tendrá que realizar una aplicación e interpretación intercultural del derecho estatal.

### ARGENTINA

Debido a la falta de regulación de una jurisdicción propia de los pueblos indígenas en Argentina,<sup>2</sup> el derecho argentino tampoco menciona un derecho material aplicable. Si en virtud del Convenio 169 de la OIT –incorporado con rango de ley mediante la Ley 24.071 de 1992, ratificado a través de depósito ante la OIT en el año 2000, y con vigencia plena desde el 3 de julio de 2001, el Estado argentino reconociera jurisdicción propia a sus comunidades indígenas, salvo regulación específica nacional, el derecho material aplicable se regiría también por dicho convenio internacional, al igual que la aplicación e interpretación del derecho estatal cuando participen indígenas en un procedimiento.

<sup>2</sup> Véase más arriba en el resumen de los marcos normativos sobre aspectos formales, p. 54 (en la sección “Normas sobre los elementos formales”).



## BOLIVIA

El artículo 190 párrafo 1 de la Constitución boliviana determina que las jurisdicciones indígenas “aplicarán sus principios, valores culturales, normas y procedimientos propios”. Según al párrafo 2, el ejercicio de la jurisdicción indígena respetará “el derecho a la vida, el derecho a la defensa y demás derechos y garantías establecidos en la presente Constitución”. La Ley de Deslinde, en sus artículos 5 y 6, establece unos requisitos específicos respecto de los derechos de las mujeres y la aplicación de determinadas penas:

Artículo 5. Todas las jurisdicciones respetan y garantizan el ejercicio de los derechos de las mujeres, su participación, decisión, presencia y permanencia, tanto en el acceso igualitario y justo a los cargos como en el control, decisión y participación en la administración de justicia.

Las autoridades de la jurisdicción indígena originaria campesina no sancionarán con la pérdida de tierras o la expulsión a las y los adultos mayores o personas en situación de discapacidad, por causa de incumplimiento de deberes comunales, cargos, aportes y trabajos comunales.

Todas las jurisdicciones reconocidas constitucionalmente, prohíben y sancionan toda forma de violencia contra niñas, niños, adolescentes y mujeres. Es ilegal cualquier conciliación respecto de este tema.

El linchamiento es una violación a los Derechos Humanos, no está permitido en ninguna jurisdicción y debe ser prevenido y sancionado por el Estado Plurinacional.

Artículo 6. En estricta aplicación de la Constitución Política del Estado, está terminantemente prohibida la pena de muerte bajo proceso penal en la justicia ordinaria por el delito de asesinato a quien la imponga, la consienta o la ejecute.

Como limitación más abstracta, la Ley de Deslinde, en su artículo 4, principio (a), recoge la idea constitucional de la libre determinación de los pueblos indígenas originario campesinos en el marco de la unidad del Estado (art. 2 CP), sujetando la aplicación de la ley, es decir, el ejercicio de la jurisdicción indígena, al respeto a la unidad e integridad del Estado Plurinacional. Sigue el principio (a), el cual establece que el “ejercicio de las jurisdicciones constitucionalmente

reconocidas, en el marco del pluralismo jurídico, tiene la finalidad de preservar la unidad y la integridad territorial del Estado Plurinacional”.

Es cuestionable si el ejercicio de la libre determinación, entre otros aspectos, a través de la jurisdicción propia, dentro de los límites de la unidad del Estado, como exige la Constitución, realmente equivale a tener la finalidad de preservar la unidad, como explicita la Ley de Deslinde.

Sobre todo, para contextos interculturales, el artículo 4 exige que las jurisdicciones deberán respetar la diversidad cultural (principio c) y realizar interpretaciones interculturales en el momento de administrar e impartir justicia (principio d). Recuerda que las diferentes jurisdicciones son complementarias e independientes una de otra (principios f y g), y que deberán respetar la equidad e igualdad de género (principio h) y garantizar igualdad de oportunidades para grupos vulnerables en el acceso a los derechos sociales, económicos, civiles y políticos (principio i).



#### BRASIL

Como la Constitución de la República Federal de Brasil de 1988 no aborda asuntos de autodeterminación y autonomía, ni de la administración propia de justicia por parte de los pueblos indígenas, tampoco se pronuncia sobre un posible derecho material por lo que se aplicará lo regulado en el Convenio 169 de la OIT.



## COLOMBIA

El artículo 246 de la Constitución Política determina que el ejercicio de las jurisdicciones por las autoridades indígenas se hará “de conformidad con sus propias normas y procedimientos, siempre que no sean contrarios a la Constitución y leyes de la República”. Ante la ausencia de una legislación reglamentaria que prevé este artículo constitucional, toma relevancia el Decreto 1953 de 7 octubre 2014 sobre la jurisdicción indígena, que en su artículo 10 explicita unos principios generales:

- a. Autonomía y libre autodeterminación. Es el ejercicio de la ley de origen, derecho mayor o derecho propio de los Pueblos indígenas, que con fundamento en sus cosmovisiones les permite determinar sus propias instituciones y autoridades de gobierno, ejercer funciones jurisdiccionales, culturales, políticas y administrativas dentro de su ámbito territorial, el pleno ejercicio del derecho de propiedad de sus territorios y vivenciar sus planes de vida, dentro del marco de la Constitución Política y de la ley.
- b. Identidad cultural. Es el reconocimiento de la cosmovisión de cada uno de los Pueblos Indígenas, como fundamento para comprender el orden de la naturaleza y establecer las formas de convivencia en ella.
- c. Reconocimiento de la diversidad étnica y cultural. Es aceptar, respetar y fortalecer la existencia de diversas formas de vida y sistemas de comprensión del mundo, de valores, diversidad lingüística, formas de comunicación propias, creencias, actitudes y conocimientos.
- d. Territorialidad. Es la fuente desde donde se explica y comprende la integralidad de la vida de los diversos seres de la naturaleza, donde la tierra es la madre, la maestra, el espacio donde se vivencia la ley de origen, y está integrada por seres, espíritus y energías que permiten el orden y hacen posible la vida, de conformidad con las tradiciones culturales propias de cada pueblo.
- e. Unidad. Es el encuentro de pensamientos, la palabra, la acción, saberes ancestrales y experiencias comunitarias, que constituyen la legitimidad de las decisiones colectivas de los pueblos en todos los espacios autónomos de deliberación. Esto los constituye en sujeto colectivo de derechos fundamentales.
- f. Integralidad. Es la relación de armonía y equilibrio constante entre todos los seres de la naturaleza y procesos de los pueblos

indígenas que garantiza el desarrollo de los planes de vida y en ellos, los sistemas propios y el ejercicio de las funciones públicas, de acuerdo a las cosmovisiones de los diferentes pueblos.

g. Universalidad. Todos los indígenas de Colombia tienen acceso al ejercicio de los derechos que se garantizan mediante los sistemas y demás funciones públicas de que trata el presente Decreto. En este sentido el Estado dispondrá los recursos para la cobertura de toda la población indígena del país, de manera gradual y progresiva.

h. Coordinación. La administración de los sistemas propios de los pueblos indígenas regulados en este Decreto y el cumplimiento de las consecuentes funciones públicas propias se hará de manera coordinada, concurrente y subsidiaria.

i. Interpretación cultural. Cuando surja alguna duda sobre la interpretación de los términos utilizados en el presente Decreto, su alcance, objeto, o efectos, se acudirá a las disposiciones constitucionales pertinentes, al pensamiento, lenguaje, ley de origen, derecho propio y derecho mayor de los diferentes pueblos.

La Corte Constitucional de Colombia ha establecido el alcance y las limitaciones de la autonomía jurisdiccional y gubernamental que se reconoce a las autoridades indígenas en los artículos 246 y 330 de la Constitución. Estas normas establecen en cabeza de las autoridades indígenas, como guardianas y representantes de la singularidad cultural de su pueblo respectivo, un derecho de contenido indeterminado a obrar conforme a sus propios usos y costumbres, derecho propio o ley de origen, así como el deber correlativo, e igualmente indeterminado, de ajustar sus actuaciones a los mandatos de la Constitución y los derechos fundamentales.

Dado el grado de indeterminación de los derechos correlativos a la autonomía jurídica y política reconocida a los pueblos indígenas, la Corte Constitucional colombiana ha sido la llamada a trazar los límites precisos de tales principios y derechos en función del grado de autonomía, llevando a cabo una ponderación entre las necesidades de autonomía cultural, por un lado, y principios constitucionales de gran peso, por el otro.

Las sentencias de tutela de la Corte Constitucional T-254 de 1994, T-349 y T-496 de 1996, y T-523 de 1997 reconocieron las facultades de las autoridades indígenas, la vigencia de los sistemas normativos y procedimentales propios de la tradición cultural de cada pueblo indígena y la potestad de sus autoridades para asumir la competencia en la resolución de todo tipo de problemas relacionados con su propia población (Corte Constitucional de Colombia 1994a, 1996b, 1996c, 1997b).

En la Sentencia SU-510 de 1998 (Corte Constitucional de Colombia 1998) la Corte se pronunció a favor de las autoridades indígenas frente a un conflicto con la Iglesia Pentecostal Unida de Colombia. Asimismo, en la Sentencia T-342

de 1994, la Corte Constitucional otorgó el amparo del derecho fundamental a la existencia de la comunidad Nukak Maku amenazada por las prácticas de una comunidad evangelizadora denominada Nuevas Tribus de Colombia, que invadía de forma progresiva su territorio (Corte Constitucional de Colombia 1994b). La Corte consideró que la irrupción de los forasteros ponía en riesgo la cohesión que sirve de base para la estructura social de la comunidad (Reinoso 2009).

La Corte Constitucional, en la Sentencia T-349 de 1996, reiteró la importancia de respetar la autonomía de las comunidades indígenas, pero también que esta jurisdicción garantice al involucrado o implicado el debido proceso, de manera que comprenda que pueda hacer uso de su derecho a la defensa (Corte Constitucional de Colombia 1996b). En la Sentencia T-523 de 1997 consideró importante que se abstuviera de aplicar sanciones que pudieran obedecer a tratos indignos o degradantes. Con la aclaración de que la Corte no considera tortura los castigos con fuste, si este causa un daño corporal mínimo (Corte Constitucional de Colombia 1997b).

En las sentencias T-214 de 1997 y T-370 de 2002, la Corte consideró que los miembros de las comunidades indígenas que han sido juzgados y condenados por la jurisdicción ordinaria tienen derecho a ser reclusos en establecimientos carcelarios especiales a fin de salvaguardar su identidad cultural (Corte Constitucional de Colombia 2002, 1997a).

En la Sentencia T-002 de 2012, la Corte conoció y rechazó dos casos en los que el Consejo Superior de la Judicatura había negado la competencia de la jurisdicción especial indígena para conocer de delitos sexuales cometidos contra niñas y niños. La sentencia reiteró que la protección del interés superior del menor indígena no puede hacerse de espaldas al valor de la diversidad, puesto que es necesario entender que el niño/la niña es gestor de una cultura propia (Corte Constitucional de Colombia 2012).

En la Sentencia T-921 de 2013, la Corte conoció una acción de tutela interpuesta por un comunero de un resguardo indígena quien se encontraba detenido y procesado por la jurisdicción ordinaria por sostener relaciones sexuales con una joven indígena de trece años, pese a que la comunidad indígena había reclamado competencia para tramitar el asunto. El Consejo Superior de la Judicatura decidió el conflicto positivo de competencias a favor de la jurisdicción ordinaria. Por su parte, la Corte Constitucional decidió tutelar los derechos fundamentales del accionante, por lo cual dejó sin efectos la providencia del Consejo Superior de la Judicatura que decidió el conflicto positivo de jurisdicciones y ordenó remitir el caso y entregar al acusado a las autoridades indígenas (Corte Constitucional de Colombia 2013b).

En la Sentencia T-266 de 1999, la corporación conoció el caso de un comunero indígena arhuaco, a quien se le acusó de haber asesinado a su cónyuge, también perteneciente a dicha comunidad, el cual ya había sido juzgado a nivel comunitario, aplicando para ello el principio del *ne bis in idem* (Corte Constitucional de Colombia 1999).

De otro lado, en la Sentencia T-866 de 2013 la Corte decidió a favor una acción de tutela interpuesta por el gobernador de un cabildo indígena de Bosa quien, actuando como agente oficioso de un comunero, interpuso acción de tutela contra un juzgado de ejecución de penas y medidas de seguridad de Fusagasugá, toda vez que consideró que se estaban vulnerando los derechos al debido proceso, diversidad étnica y cultural, a la igualdad y al *ne bis in idem* (Corte Constitucional de Colombia 2013a).

En las sentencias T-617 de 2010, T-002 de 2012 y T-921 de 2013, la corporación determinó la competencia de las autoridades indígenas para tramitar procesos judiciales, frente a conflictos de jurisdicciones entre las autoridades indígenas y la justicia formal estatal. En dichas sentencias la Corte define, a partir del criterio objetivo que refiere al estatus del sujeto y del bien jurídico afectado, las bases teóricas de la jurisdicción especial y concluye: 1) de acuerdo con el principio de razonabilidad el procedimiento no concluirá con impunidad, 2) siempre que el derecho propio establezca medidas de protección para la víctima (Corte Constitucional de Colombia 2010, 2012, 2013b).

En la Sentencia SU-510 de 1998 dice la Corte:

El derecho de participación de la comunidad indígena como derecho fundamental (art. 40-2 CP), tiene un reforzamiento en el Convenio número 169, aprobado por la ley 21 de 1991, el cual está destinado a asegurar los derechos de los pueblos indígenas a su territorio y a la protección de sus valores culturales, sociales y económicos, como medio para asegurar su subsistencia como grupos humanos. De este modo, el citado Convenio, que hace parte del ordenamiento jurídico en virtud de los arts. 93 y 94 de la Constitución, integra junto con la aludida norma un bloque de constitucionalidad que tiende a asegurar y hacer efectiva dicha participación. (Corte Constitucional de Colombia 1998)

En esta misma sentencia, la Corte establece que la consagración del principio de diversidad étnica y cultural, del cual se derivan los derechos fundamentales mencionados (derechos específicos y diferenciados en función del grupo), se encuentra en una relación de tensión con el sistema de derechos fundamentales consagrado en la Constitución, toda vez que mientras el primero persigue la protección y aceptación de cosmovisiones y parámetros valorativos diversos e, incluso, contrarios a los postulados de una ética universal



de mínimos, el segundo se funda en normas transculturales y universales que permitirían la convivencia pacífica entre las naciones.

Sin embargo, esta tensión valorativa no exime al Estado de su deber de preservar la convivencia pacífica (art. 2º), motivo por el cual está obligado, a un mismo tiempo, a garantizar los derechos de todas las personas en su calidad de ciudadanas y a reconocer las diferencias y necesidades particulares que surgen de la pertenencia de esas personas a grupos culturales específicos. En esta labor de equilibrio, el Estado debe cuidarse de imponer alguna particular concepción del mundo pues, de lo contrario, atentaría contra el principio pluralista (arts. 1º y 2º) y contra la igualdad que debe existir entre todas las culturas (arts. 13 y 70) (Constitución Política de Colombia 1991, Botero 2003).

La jurisprudencia de la Corte Constitucional ha reconocido los siguientes derechos diferenciados en función del grupo: 1) el derecho a la vida y a la integridad comunitaria; 2) el derecho de la comunidad a la igualdad, entendida, entre otras cosas, como el derecho al reconocimiento de la diferencia; 3) los derechos políticos de representación y consulta; 4) el derecho a la propiedad colectiva e inajenable sobre el territorio ancestral; 5) el derecho a la autonomía política, económica y social y, particularmente, a la jurisdicción propia (Sánchez 2002).

En síntesis:

- A mayor cohesión y autocontrol por parte del pueblo y con el fin de asegurar la conservación de sus usos y costumbres, se reconoce una mayor autonomía.
- Los derechos fundamentales constituyen los mínimos jurídicos para la convivencia y bajo ningún supuesto podrán denegarse.
- Las normas de orden público del derecho nacional priman sobre las normas de los indígenas, siempre que protejan un valor constitucional de mayor peso que el principio de la diversidad étnica y la integridad cultural. No por la sola existencia de una ley contraria a las costumbres estas pueden ser desconocidas.
- Los usos y las costumbres indígenas priman sobre las normas dispositivas o secundarias del derecho nacional.

Sin embargo, la jurisprudencia de la Corte Constitucional de Colombia no es uniforme en relación con cuestiones multiculturales. Más bien se encuentran tres interpretaciones de la tensión entre diversidad y unidad cultural que existe en la Constitución: una liberal absoluta, una liberal moderada (garantizar supervivencia cultural de un pueblo indígena) y una relativista (solo un acuerdo intercultural es vinculante) (Bonilla 2006).

Las primeras dos señalan que los derechos individuales y el marco conceptual liberal en el que están situados deberían ser respetados por todas las culturas que habitan el país. La diferencia entre estas perspectivas es solo de grado. Mientras que la primera no acepta ninguna excepción a la regla de que los valores básicos del liberalismo deben ser reconocidos por todas las culturas, la segunda indica que los derechos individuales pueden ser restringidos si hay evidencia de que este es el único medio disponible para evitar la desaparición de una cultura. Estos dos puntos de vista argumentan que al dar prioridad a las tradiciones morales y políticas de la mayoría se resuelve justamente el conflicto entre la cultura dominante y las minorías. La única diferencia cultural que la Constitución reconoce y acomoda es, entonces, aquella producida por las varias interpretaciones del canon liberal. Como consecuencia, el Estado puede legítimamente invertir sus recursos en la transformación de cualquier tradición que se encuentre fuera de los límites del liberalismo (Bonilla 2006).

La tercera interpretación de la tensión constitucional indica que la autonomía jurídica y política de las minorías nacionales que habitan el país debe ser maximizada. Los únicos límites a esta autonomía, argumenta la Corte Constitucional colombiana en estos casos, deben ser los valores que gozan de un acuerdo intercultural: vida (prohibición de la pena de muerte), integridad corporal (prohibición de la tortura) y libertad (prohibición de la esclavitud).

En su línea jurisprudencial, la Corte agrega a esta lista el debido proceso y la legalidad de los crímenes y de las penas, argumentando que se trata de un mandato expreso de la Constitución (art. 246). Esta lectura de la carta política abre un espacio interesante para la acomodación de la diferencia cultural. Reconoce el carácter proyectivo de los valores morales y políticos favorecidos por la mayoría, así como la necesidad de acomodar a las minorías culturales sin que se les exija que se transformen en variaciones de la cultura hegemónica.



## ECUADOR

La Constitución Política, en su artículo 171, regula que en el ejercicio de la jurisdicción indígena las “autoridades aplicarán normas y procedimientos propios para la solución de sus conflictos internos, y que no sean contrarios a la Constitución y a los derechos humanos reconocidos en instrumentos internacionales” (Constitución de la República del Ecuador 2008). El artículo 343 del Código Orgánico de la Función Judicial, del 9 marzo de 2009 resalta que “no se podrá alegar derecho propio o consuetudinario para justificar o dejar de sancionar la violación de derechos de las mujeres” (Ecuador 2009a).

El artículo 344 del Código Orgánico de la Función Judicial es la norma que expone los principios de la justicia intercultural, entre los que figuran, en cuanto relevantes para la determinación del derecho material aplicable y los métodos de interpretación:

- a) Diversidad. Han de tener en cuenta el derecho propio, costumbres y prácticas ancestrales de las personas y pueblos indígenas, con el fin de garantizar el óptimo reconocimiento y realización plena de la diversidad cultural;
- b) Igualdad. La autoridad tomará las medidas necesarias para garantizar la comprensión de las normas, procedimientos, y consecuencias jurídicas de lo decidido en el proceso en el que intervengan personas y colectividades indígenas. Por lo tanto, dispondrán, entre otras medidas, la intervención procesal de traductores, peritos antropólogos y especialistas en derecho indígena.
- e) Interpretación intercultural. En el caso de la comparecencia de personas o colectividades indígenas, al momento de su actuación y decisión judiciales, interpretarán interculturalmente los derechos controvertidos en el litigio. En consecuencia, se procurará tomar elementos culturales relacionados con las costumbres, prácticas ancestrales, normas, procedimientos del derecho propio de los pueblos, nacionalidades, comunas y comunidades indígenas, con el fin de aplicar los derechos establecidos en la Constitución y los instrumentos internacionales.

La supremacía constitucional y de los derechos internacionalmente reconocidos, expresada en las normas constitucionales e infraconstitucionales ya descritas, se garantiza por medio del control constitucional ejercido por la Corte

Constitucional.<sup>3</sup> La Ley Orgánica de Garantías Jurisdiccionales y Control Constitucional del 22 octubre de 2009 abre un recurso ante la Corte Constitucional en contra de la decisión de una autoridad indígena en ejercicio de funciones jurisdiccionales, por violar los derechos constitucionalmente garantizados o discriminar a la mujer por el hecho de ser mujer (art. 65) (Ecuador 2009b). La sentencia de la Corte deberá respetar una serie de principios previstos en el artículo 66:

- Interculturalidad. El procedimiento garantizará la comprensión intercultural de los hechos y una interpretación intercultural de las normas aplicables a fin de evitar una interpretación etnocéntrica y monocultural. Para el entendimiento intercultural, la Corte deberá recabar toda la información necesaria sobre el conflicto resuelto por las autoridades indígenas.
- Pluralismo jurídico. El Estado ecuatoriano reconoce, protege y garantiza la coexistencia y el 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.
- Autonomía. Las autoridades de las nacionalidades, pueblos y comunidades indígenas gozarán de un máximo de autonomía y un mínimo de restricciones en el ejercicio de sus funciones jurisdiccionales, dentro de su ámbito territorial, de conformidad con su derecho indígena propio. No obstante, el reconocimiento de un máximo de autonomía tiene los límites establecidos por la Constitución vigente, los instrumentos internacionales de derechos de los pueblos indígenas y esta ley.
- Debido proceso. La observancia de normas, usos y costumbres, y procedimientos que hacen parte del derecho propio de la nacionalidad, pueblo o comunidad indígena constituyen el entendimiento intercultural del principio constitucional del debido proceso.
- Oralidad. En todo momento del procedimiento, cuando intervengan las personas, grupos o autoridades indígenas, se respetará la oralidad y se contará con traductores de ser necesario. La acción podrá ser presentada en castellano o en el idioma de la nacionalidad o pueblo al que pertenezca la persona. Cuando se la reduzca a escrito, deberá constar en la lengua propia de la persona o grupos de personas y será traducida al castellano.

---

<sup>3</sup> Véanse, supra, detalles en el resumen de los marcos normativos sobre aspectos formales, en el apartado sobre Venezuela p. 80

- Violación de derechos de las mujeres. Las juezas o los jueces deberán impedir que en sentencias de justicia indígena se alegue la costumbre, la interculturalidad o el pluralismo jurídico para violar los derechos humanos o de participación de las mujeres.

El Ecuador también ratificó el Convenio 169 de la OIT en 1998, cuyas reglas generales, sin embargo, solo tienen una función complementaria ante la normativa especializada nacional, pero importante en cuanto prevén reglas de aplicación e interpretación del derecho estatal a indígenas ante la justicia del Estado.

#### GUATEMALA

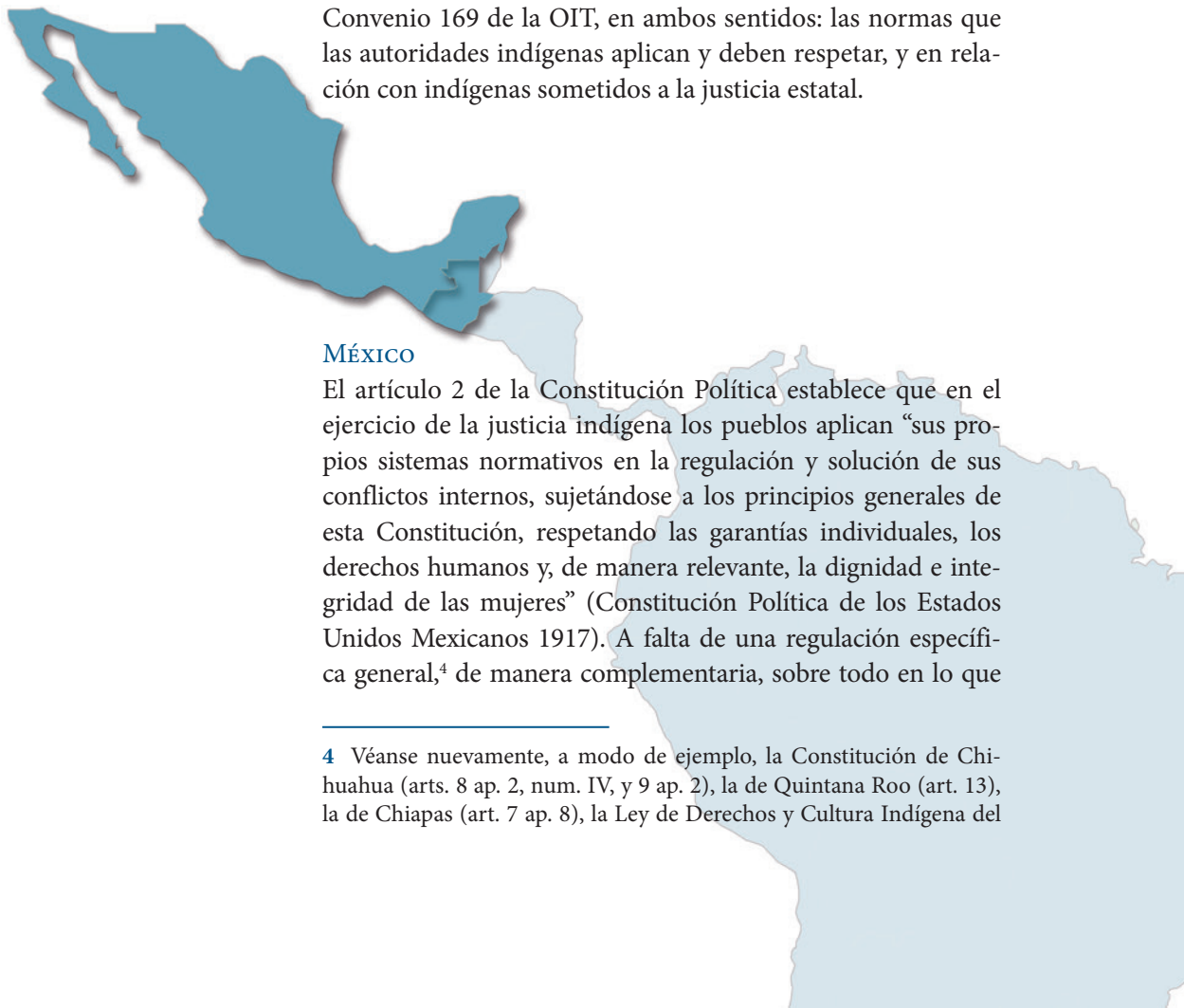
Ante la falta de una regulación constitucional o legal del pluralismo jurídico en Guatemala, se aplicará lo dispuesto en el Convenio 169 de la OIT, en ambos sentidos: las normas que las autoridades indígenas aplican y deben respetar, y en relación con indígenas sometidos a la justicia estatal.


#### MÉXICO

El artículo 2 de la Constitución Política establece que en el ejercicio de la justicia indígena los pueblos aplican “sus propios sistemas normativos en la regulación y solución de sus conflictos internos, sujetándose a los principios generales de esta Constitución, respetando las garantías individuales, los derechos humanos y, de manera relevante, la dignidad e integridad de las mujeres” (Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos 1917). A falta de una regulación específica general,<sup>4</sup> de manera complementaria, sobre todo en lo que

---

<sup>4</sup> Véanse nuevamente, a modo de ejemplo, la Constitución de Chihuahua (arts. 8 ap. 2, num. IV, y 9 ap. 2), la de Quintana Roo (art. 13), la de Chiapas (art. 7 ap. 8), la Ley de Derechos y Cultura Indígena del





respecta a la aplicación e interpretación del derecho estatal a indígenas, se aplicará el Convenio 169 de la OIT.

#### PANAMÁ

La Constitución panameña no regula el pluralismo jurídico, pero, como vimos más arriba,<sup>5</sup> se contempla el ejercicio de la justicia indígena en algunas leyes estatales y comarcales. El Código de Procedimiento Penal, Ley 63 de 2008, reconoce la competencia jurisdiccional indígena para conocer las conductas sancionadas “de acuerdo con el Derecho Indígena y la Carta Orgánica. La actuación se efectuará conforme a los procedimientos consuetudinarios comarcales” (art. 48). El artículo 205 añade que los

... pueblos indígenas mantendrán las formas naturales de resolución de sus conflictos, como un medio de administración de justicia local fundado en sus valores, visiones y forma de vida. A las personas, entidades u órganos dedicados a estas actividades se les denomina Autoridades Tradicionales Indígenas a diferencia de las reconocidas por el Estado. (Panamá 2008a)

Antes de la entrada en vigencia del Código Procesal Penal, llegó al pleno de la Corte Suprema de Justicia de Panamá, a través de una acción de *habeas corpus*, un caso donde esta reconoció la competencia jurisdiccional del Congreso General Guna.<sup>6</sup>

---

Estado de Baja California (arts. 38 y 39), la Ley de Derechos, Cultura y Organización de los Pueblos y Comunidades Indígenas del Estado de Campeche (art. 56), la Constitución Política del Estado Libre y Soberano de Oaxaca (cap. VI), y la Ley de Derechos de los Pueblos y Comunidades Indígenas del Estado de Oaxaca (cap. V).

<sup>5</sup> Véanse, *supra*, los detalles en el resumen de los marcos normativos sobre aspectos formales, en el aparte sobre Panamá, p. 74.

<sup>6</sup> Acción de *habeas corpus* interpuesta por Ricardo Cerez Rodríguez a favor de Rubiano González Méndez (RGM), contra el director general del Sistema Penitenciario Nacional. Ponente: Luis Mario Carrasco. Pleno de la Corte Suprema de Justicia. Panamá, 24 de junio de 2014.

## PERÚ

De acuerdo con la Constitución Política, las comunidades campesinas y las nativas pueden ejercer las funciones jurisdiccionales dentro de su ámbito territorial de conformidad con el derecho consuetudinario, siempre que no violen los derechos fundamentales de la persona (art. 149) (Constitución Política de Perú 1993). De acuerdo con el artículo 19, par. 2 del Decreto-Ley 22175 del 9 de mayo de 1978, en “los procesos civiles y penales los Tribunales Comunes o Privativos, según sea el caso, tendrán en cuenta al resolver, las costumbres, tradiciones, creencias y valores socio-culturales de las Comunidades” (Perú 1978). De forma complementaria, sobre todo en lo que respecta también a la aplicación e interpretación del derecho estatal a indígenas, rige lo establecido por el Convenio 169 de la OIT.

## VENEZUELA

La Constitución de la República Bolivariana de Venezuela, en su artículo 260, no solamente circunscribe el ámbito competencial de la jurisdicción indígena, sino que también aclara que el derecho que se aplicará son las “propias normas y procedimientos, siempre que no sean contrarios a esta Constitución, a la ley y al orden público. La ley determinará la forma de coordinación de esta jurisdicción especial con el sistema judicial nacional” (Constitución de la República Bolivariana de Venezuela 1999). Al igual que en otros Estados, el Convenio 169 de la OIT cumple un rol complementario al lado de la Constitución Política y la Ley Orgánica de Pueblos y Comunidades Indígenas.

## Elementos materiales según el derecho internacional público

Rosembert Ariza

El derecho a revisar para garantizar el acceso a la justicia indígena en el marco de las normas internacionales está regulado por un conjunto de instrumentos internacionales de carácter general, entre los que se hallan: el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos (PIDCP) (art. 9, num. 4) y sus Protocolos Opcionales; el Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales (Pidesc) (art. 2, num. 2); la Convención Internacional para la Eliminación de todas las Formas de Discriminación a la Mujer (Cedaw) (art. 2, lit. C y art. 15, num. 2); la Convención Internacional de los Derechos del Niño (CDN) (art. 30 y art. 36, lit. B y D), entre otros. En el plano regional americano, la Declaración Americana de Derechos y Deberes del Hombre (DADH) (arts. 18 y 26) y la Convención Americana sobre Derechos Humanos (CADH) o Pacto de San José (art. 8).

Es necesario estudiar los instrumentos ratificados por los respectivos países, así como la jurisprudencia de los tribunales internacionales e instancias del sistema internacional de justicia en busca de la unificación o armonía internacional de las decisiones. Para esto, es pertinente analizar los sistemas vigentes en dichas jurisdicciones, el reconocimiento y la ejecución de sentencias en materia de pueblos indígenas, para establecer qué elementos de dichos instrumentos y sentencias se pueden incorporar en la decisión nacional y local.

En la práctica, los instrumentos indispensables para el ejercicio jurisdiccional son el Convenio 169 (OIT 1989) y, aunque no vinculante jurídicamente, pero sí políticamente, la Declaración de las Naciones Unidas sobre los Derechos de Pueblos Indígenas (DNU DPI) (Asamblea General de las Naciones Unidas 2007). El primero contiene una serie de obligaciones para proteger y promover la pluralidad cultural, y el reconocimiento y la protección de sus valores y prácticas sociales, culturales, religiosas y espirituales propios, y de sus instituciones (arts. 4, 5).

Estas obligaciones positivas de protección también repercuten en la aplicación del derecho estatal a integrantes de pueblos indígenas porque una aplicación indiferenciada podría contravenir la obligación de protección y promoción de la diversidad cultural. Esta idea se establece de manera expresa en los artículos 8 y 9 donde se exige que, al aplicar la legislación nacional a los



pueblos indígenas, se deben respetar sus costumbres o su derecho consuetudinario, procedimientos e instituciones propios para la resolución de conflictos, incluyendo el ámbito penal. Pero, al mismo tiempo, obliga que la justicia indígena sea compatible con el derecho nacional y los derechos humanos. En este sentido, también resalta que el respeto a la justicia indígena no impide a los miembros de dichos pueblos ejercer los derechos reconocidos a los demás ciudadanos.

## Del bloque de constitucionalidad al bloque intercultural jurídico

Rosembert Ariza y Christian Steiner

De acuerdo con la figura dogmática del bloque de constitucionalidad, común a gran parte de los ordenamientos jurídicos latinoamericanos, el marco normativo que integra el derecho material aplicable en un determinado país se compone de tratados internacionales de protección de derechos humanos y el respectivo derecho constitucional (Góngora 2014).

En el caso de Colombia, por ejemplo, la Constitución establece que el Estado reconoce los principios del derecho internacional aceptados por el país (art. 9), así como la necesidad de interpretar las normas de derechos humanos “de conformidad con los tratados internacionales sobre derechos humanos ratificados por Colombia” (art. 93) y de no entender las normas de derechos y garantías de la Constitución y los convenios internacionales como “la negación de otros que, siendo inherentes a la persona humana, no figuren expresamente en ellos” (art. 94); la prohibición de negar las reglas del derecho internacional humanitario (DIH) en caso de declararse el estado de excepción (art. 214); la incorporación dentro de la legislación interna colombiana de todos los convenios internacionales del trabajo (de la Organización Internacional del Trabajo) firmados y ratificados por Colombia (art. 53), y el hecho de que los límites previstos por la Constitución de 1991 “solo podrán modificarse en virtud de tratados aprobados por el Congreso, debidamente ratificados por el presidente de la República” (art. 102, núm. 2) (Constitución Política de Colombia 1991).

Respecto de la jurisdicción especial indígena en Colombia, dicho bloque de constitucionalidad se compone principalmente de los artículos 246 y 330 de la Constitución colombiana, los artículos 4, 5, 8-10 del Convenio 169 de la OIT, los artículos 4, 5, 9, 18 y 34 de la DNUDPI, y normas específicas de tratados internacionales de derechos humanos relevantes en un caso concreto.

Semejante estructura normativa gana concreción y precisión con la jurisprudencia que desarrolla el bloque de constitucionalidad. Entre sistemas normativos diferentes pueden darse tensiones y hasta contradicciones, debido a las diferentes fundamentaciones de valores, filosofías, convicciones, tradiciones y experiencias que marcan cualquier sistema jurídico.

Cuando diferentes sistemas normativos concurren en el territorio de un mismo Estado, bajo una sola Constitución como norma superior, tales

tensiones no desaparecen. Las propias constituciones pueden reflejar dichas tensiones para abarcar la diversidad étnica y cultural, si es que la Constitución se toma en serio la pluralidad. Los principios y las reglas que reconocen y promueven la pluralidad, en la mayoría de los casos, no establecen una clara jerarquía, por lo que corresponde a la práctica política y judicial reconciliar las contradicciones o tensiones en un caso concreto. Dicha reconciliación rara vez deberá optar por la superposición de un derecho o un principio sobre el otro; por el contrario, deberá buscar la maximización de todos los derechos implicados. Encontrar términos adecuados de reconciliación será una tarea casuística y gradual en el tiempo, en la medida en que responde a transformaciones culturales.

El conjunto de normas, interpretaciones, usos y costumbres que versan sobre la reconciliación intercultural del pluralismo jurídico en un determinado contexto, se podría denominar bloque intercultural jurídico (BIJ). El BIJ permite una doble entrada para determinar la competencia de la jurisdicción especial indígena: 1) el autorreconocimiento de los indígenas y 2) la potestad de los pueblos de impartir justicia; con ello se brinda una integralidad básica para no quebrar el ordenamiento: respeto y protección de los derechos colectivos e individuales de los pueblos y las personas indígenas.

El BIJ tiene una razón de ser primordialmente funcional: garantizar el acceso a la justicia, accediendo a la jurisdicción con tranquilidad con el fin de obtener pronta, específica y cumplida justicia. El fundamento se halla en la necesidad de los pueblos indígenas de que ese derecho no sea vulnerado, y de la del sistema de que no paralice el servicio de justicia, por lo que la salvaguardia de la jurisdicción indígena protege el interés general de la estabilidad del sistema jurídico, para no generar incertidumbres que desdibujen los mecanismos institucionales legítimos de administración de justicia.

## El bloque intercultural jurídico. Protección de los estándares universales mediante un diálogo respetuoso

Juan Carlos Martínez

La configuración del bloque intercultural jurídico (BIJ) presenta especiales retos cuando se confrontan derechos colectivos de los pueblos indígenas con derechos individuales de personas de las propias comunidades o forasteros que, por una razón u otra, prefieren no someterse a la jurisdicción indígena, al menos no en el caso concreto. Vimos que tales casos se dan, por ejemplo, con ocasión de sanciones que el victimario considera demasiado gravosas o la víctima juzga demasiado leves, o en relación con la aceptación de obligaciones tradicionales que representan un elemento importante de integración y sustento para la comunidad, pero una limitación de la libertad para el individuo.

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

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

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

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

La definición de un catálogo de conductas que atenta contra los valores de una sociedad es propia de cualquier sistema normativo. Su definición es, pues, una lógica expresión de la autonomía, que permite a los pueblos indígenas decidir sus formas de convivencia y organización social y política tal y como se les garantiza en las constituciones y los instrumentos internacionales recientes.

También tienen derecho de aplicar estas normas si se sujetan a los principios de las constituciones nacionales y al respeto de los derechos humanos, entendidos en la forma dialógica que hemos señalado antes, en particular los derechos humanos de las mujeres. Alguien podría suponer que la aplicación de los sistemas normativos indígenas puede contravenir, por ejemplo, el derecho a un debido proceso, al principio de legalidad o al de exacta aplicación de la ley penal, todos ellos derechos humanos reconocidos.

Sin embargo, una interpretación más acuciosa mostrará que al ser el reconocimiento de la pluriculturalidad otro principio de derechos humanos, así como el derecho a la libre determinación de los pueblos indígenas, la legalidad que se debe aplicar en estos casos, así como los principios del debido proceso, no son los de la justicia ordinaria, sino los de la emanada de sus propios sistemas normativos que también están reconocidos constitucionalmente. El compromiso del pueblo indígena con el Estado es actualizar tales principios en sus sistemas normativos; en tal sentido, no es la autoridad indígena la que inventa la conducta reprochable en cada caso, sino que aplica lo que previamente se definió en su comunidad a través de sus propias instituciones, tradiciones y procedimientos de formalización de la norma.

Eso es lo que tiene que probar la comunidad y no su apego a los códigos penales o demás leyes secundarias. Es decir, si bien las instituciones indígenas están obligadas a respetar los mínimos establecidos en las constituciones y los

tratados internacionales, el parámetro para determinar si respetan los principios de derechos humanos no puede ser la legislación secundaria, sino los principios más generales adecuados al entorno cultural, político, económico y social que la Constitución y los instrumentos internacionales reconocen y protegen.

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

Esta argumentación no hace una defensa irrestricta de los sistemas normativos indígenas. Como en todo Estado democrático, estos deben respetar determinados valores elevados al rango de derechos humanos por la comunidad internacional. Lo que se cuestiona es el proceso de descalificación *a priori*. El análisis de la normatividad indígena podría conducir a la derogación de normas en el interior de la comunidad de manera que se aseguren los derechos de las mujeres u otros sectores de población discriminados.

Pero, en todos los casos, el proceso que determine los cambios necesarios debe realizarse mediante un diálogo respetuoso que parte del reconocimiento de la libre determinación de los pueblos y la legitimidad de sus autoridades. Respecto a las reglas específicas de garantía en el sistema estatal de justicia, estas deben ser analizadas a la luz de la lógica de los sistemas normativos indígenas y los mínimos que deben respetarse de acuerdo con las exigencias en materia de derechos humanos.

Mención especial merecen los linchamientos que también se observan en regiones indígenas de América. El linchamiento es un acto sin duda condenable, que no necesariamente forma parte de los sistemas normativos indígenas. Con frecuencia, el linchamiento es una expresión de ausencia de justicia, una medida desesperada de la comunidad que sabe que en sus regiones prima la impunidad, dado que el Estado no sanciona de manera eficaz a los infractores y tampoco existe una institucionalidad propia, fuerte y legalmente reconocida en sus localidades que pueda hacer frente de manera eficaz a hechos delictivos. Fortalecer la justicia indígena y no avalar un linchamiento representaría un freno a los mismos. Si en alguna comunidad el linchamiento es efectivamente una medida admitida por las reglas internas del pueblo, el Estado debe intervenir para prohibirlos, abonando el terreno para el fortalecimiento de las autoridades indígenas, cuya debilidad es con seguridad una de las causas para que estos se produzcan.

En resumen, para evaluar si el derecho indígena de determinado pueblo, así como las resoluciones de sus autoridades tradicionales se adecuan o no a los principios de derechos humanos, necesita la creación de mecanismos

jurisdiccionales para analizar, bajo una perspectiva no formalista, la esencia del valor protegido por cada derecho. En este caso, la hermenéutica judicial será imprescindible para que la autoridad competente pueda revisar, bajo parámetros pluralistas, si ese valor tutelado se respeta y se defiende de acuerdo con criterios mínimos universales, tomando en cuenta que cada comunidad puede aplicar esos principios y estándares de maneras distintas.

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

Para entender más profundamente la compatibilidad de las resoluciones indígenas con los derechos humanos, es importante atender la reflexión del Relator Especial de las Naciones Unidas sobre la Situación de los derechos humanos y las libertades fundamentales de los indígenas:

... según algunos, el derecho consuetudinario de los pueblos indígenas no ofrece suficientes garantías para la protección de los derechos humanos individuales universales. Pero aun si eso fuera una afirmación cierta basada en pruebas suficientes, no debería esgrimirse para negar por completo el valor del derecho consuetudinario indígena sino como un reto para aproximar ambos enfoques haciéndolos más eficaces para la protección de los derechos humanos, tanto individuales como colectivos. El pluralismo jurídico en los Estados es una oportunidad para permitir a los sistemas jurídicos indígenas funcionar eficazmente ya sea como parte de los sistemas jurídicos nacionales o paralelamente a estos. (Stavenhagen 2007)

La discusión sobre la compatibilidad entre los sistemas normativos indígenas y los derechos humanos reconocidos internacional y nacionalmente debe siempre presentarse en el marco del diálogo y el respeto por la interculturalidad. Esta discusión abierta no significa negar la importancia de los derechos humanos como un referente que permita cuestionar prácticas que afectan la dignidad humana, particularmente la de las mujeres.

Lo que parece urgente es promover y permitir que los propios pueblos indígenas y sus autoridades discutan en torno a sus derechos fundamentales y los asuman como un marco por incorporar en sus actuaciones, como sucede de hecho en muchas regiones indígenas. Es obligación de un Estado que ha definido a su nación como pluricultural, y de sus jueces, proveer instancias

que propicien el diálogo y la comprensión de la pluralidad de culturas que lo constituyen; en caso contrario, el Estado siempre estará sesgado por solo una de las culturas que componen su nación pluricultural.



## Elementos de ponderación e interpretación intercultural

Rosember Ariza y Guillermo Padilla

Las culturas no se relacionan en abstracto, y cuando se relacionan no son las personas portadoras de cultura las que determinan el hecho intercultural, aunque sin ellas no se podría manifestar de manera explícita. Lo que generalmente se relaciona no son indígenas con no indígenas, sino tradiciones espirituales con filosofías, leyes con costumbres, palabras con conceptos, problemas con soluciones y necesidades con satisfacciones. La preposición “entre” es denotativa de una relación entre significaciones, sentidos, costumbres, tradiciones y modos de vida. En suma, relación de significaciones que son distintas entre sí, suscitadas por una misma cosa o situación en contacto (Consejo Superior de la Judicatura, Escuela Judicial Rodrigo Lara Bonilla, y Organización Nacional Indígena de Colombia 2011, 17).

Así lo establece la Corte colombiana:

El reconocimiento constitucional de la diversidad étnica y cultural responde a una nueva visión del Estado, en la que ya no se concibe a la persona humana como un individuo abstracto, sino como un sujeto con características particulares, que reivindica para sí su propia conciencia ética. Valores como la tolerancia y el respeto por lo diferente, se convierten en imperativos dentro de una sociedad que se fortalece en la diversidad [...] En este nuevo modelo, el Estado tiene la especial misión de garantizar que todas las formas de ver el mundo puedan coexistir pacíficamente, labor que no deja de ser conflictiva, pues estas concepciones muchas veces son antagónicas e incluso incompatibles con los presupuestos que él mismo ha elegido para garantizar la convivencia. (Corte Constitucional de Colombia 1997b)

Del mismo modo, la Corte remarca la importancia de la ponderación como un ejercicio que permite compatibilizar principios del derecho de los pueblos indígenas con el orden jurídico nacional y señala:

En aquellos eventos en los cuales resulta fundamental efectuar una ponderación entre el derecho a la diversidad étnica y cultural y algún otro valor, principio o derecho constitucional, se hace necesario entablar una especie de diálogo o interlocución –directa o indirecta–, entre el juez constitucional y la comunidad o comunidades cuya identidad étnica y cultural podría resultar afectada en razón del fallo que debe preferirse. (Corte Constitucional de Colombia 1997b)

La importancia del diálogo intercultural como un mecanismo para solucionar estas aparentes contradicciones es asumida por la Corte Constitucional en los siguientes términos:

Una primera solución a este tipo de conflictos se ha planteado en términos de un diálogo intercultural que sea capaz de trazar unos estándares mínimos de tolerancia, que cubran los diferentes sistemas de valores.

Es decir, lograr un consenso en aquel mínimo necesario para la convivencia entre las distintas culturas, sin que ello implique renunciar a los presupuestos esenciales que marcan la identidad de cada una. (Corte Constitucional de Colombia 1997b)

En la Sentencia hito<sup>7</sup> T-523 de 1997, la Corte estableció los criterios que deberá tener el intérprete para solucionar los conflictos que puedan presentarse entre el principio de diversidad étnica y cultural, y otros principios de jerarquía equivalente, y señaló los límites que, basados en un “verdadero consenso intercultural” deberán respetar las autoridades indígenas en el ejercicio de funciones jurisdiccionales dentro de su territorio. Ha dicho la Corte:

... el Estado tiene que hacer compatible su deber de preservar la convivencia pacífica dentro de su territorio, garantizando los derechos de sus asociados en tanto ciudadanos, con el reconocimiento de sus necesidades particulares, como miembros de grupos culturales distintos. En esta tarea, además, le está vedado imponer una concepción del mundo particular, así la vea como valiosa, porque tal actitud atentaría contra el principio de respeto a la diversidad étnica y cultural y contra el trato igualitario para las diferentes culturas, que el mismo ha reconocido. (Corte Constitucional de Colombia 1997b)

El reto de los países que han reconocido el carácter multiétnico, pluricultural y multilingüe de los Estados es lograr una ponderación de derechos de manera que ninguno de los principios fundamentales protegidos constitucionalmente quede subsumido bajo otro considerado de mayor importancia. Para

---

7 “Se entiende por sentencias hito aquellas en las que la Corte trata de definir con autoridad una subregla de derecho constitucional. Estas sentencias, usualmente, originan cambios o giros dentro de la línea. Estas variaciones se logran mediante técnicas legítimas en las que se subraya la importancia de la sentencia: cambio jurisprudencial, unificación jurisprudencial, distinción de casos, distinción entre *ratio* y *obiter*, y otras técnicas análogas. Son, usualmente, sentencias ampliamente debatidas al interior de la Corte y es más probable que susciten salvamentos o aclaraciones de voto por parte de magistrados disidentes. Las sentencias de unificación (SU) usual, pero no necesariamente, son sentencias hito. Es importante notar, igualmente, que las SU no son, *a priori*, estructuralmente más importantes que sentencias normales de revisión (T-) dentro de la línea” (Olano 2004, 586).

la Corte colombiana, la ruta que el juzgador deberá seguir persigue ampliar su propia visión respecto de la importancia que para el constituyente tiene la diversidad étnica y cultural:

La función de una actividad como la mencionada, persigue la ampliación de la propia realidad cultural del juez y del horizonte constitucional a partir del cual habrá de adoptar su decisión, con el *ethos* y la cosmovisión propios del grupo o grupos humanos que alegan la eficacia de su derecho a la diversidad étnica y cultural. A juicio de la Corte, solo mediante una fusión como la mencionada se hace posible la adopción de un fallo constitucional inscrito dentro del verdadero reconocimiento y respeto de las diferencias culturales y, por ende, dentro del valor justicia consagrado en la Constitución Política. (Corte Constitucional de Colombia 1997b)

En esta tarea, el juzgador deberá buscar la participación interdisciplinaria de expertos por medio de *amicus curiae* y peritajes antropológicos, que le permitan encontrar el justo medio entre la coexistencia de las diferentes culturas que el marco constitucional reconoce y protege. Como afirma el Consejo Superior de la Judicatura, es esencial recordar:

... al ser relacional, la interculturalidad no busca ni la secesión judicial ni la subsunción de la jurisdicción indígena en cualquier otra ni viceversa; por el contrario, busca que se puedan conectar –eso sí– preservando la identidad judicial y construyendo la cooperación, para que los sistemas jurídicos se desarrollen manteniendo celosamente sus respectivas independencias y armonías internas. (Consejo Superior de la Judicatura, Escuela Judicial Rodrigo Lara Bonilla y Organización Nacional Indígena de Colombia 2011, 20)

La ruta que señala la Corte como principio general está fundamentada en la siguiente premisa: “la maximización de la autonomía de las comunidades indígenas y por lo tanto la minimización de las restricciones indispensables para salvaguardar intereses de superior jerarquía” (Corte Constitucional de Colombia 1996a).<sup>8</sup> Una aplicación de este principio la podemos observar en la manera como la Corte colombiana interpreta lo que para la justicia indígena debe ser el principio del debido proceso, el cual es entendido de la siguiente forma:

---

<sup>8</sup> “Sin embargo, no cualquier precepto constitucional o legal prevalece sobre la diversidad étnica y cultural, por cuanto esta también tiene el carácter de principio constitucional: para que una limitación a dicha diversidad esté justificada constitucionalmente es necesario que se funde en un principio constitucional de un valor superior al de la diversidad étnica y cultural” (Corte Constitucional de Colombia 1996a).

... todo juzgamiento deberá hacerse conforme a las normas y procedimientos de la comunidad indígena, atendiendo a la especificidad de la organización social y política de que se trate, así como a los caracteres de su ordenamiento jurídico [...] Lo que se requiere, es el cumplimiento de aquellas actuaciones que el acusado pueda prever y que se acerquen a las prácticas tradicionales que sirven de sustento a la cohesión social. (Corte Constitucional de Colombia 1997b)

Lo anterior, no obstante las diferencias en los parámetros interpretativos anotados, particularmente en lo que señala que reconocer el derecho a la diversidad implica la aceptación de un orden social con valores y jerarquías de principios diferente. El exmagistrado Gaviria propone que la solución a conflictos en torno a alegatos de violaciones de las garantías del debido proceso en la aplicación de la justicia indígena la haga el juez sobre la base de aplicar criterios de equidad, “la justicia del caso concreto”, de acuerdo con la definición aristotélica, para dirimir el conflicto teniendo en cuenta los parámetros constitucionales y jurisprudenciales establecidos al respecto (Roldán 1999).

Colombia es un buen ejemplo de mecanismos desarrollados por el Estado para la protección de derechos fundamentales, de manera que en el proceso no se vulnere el principio de la diversidad étnica y cultural, u otro de importancia y jerarquía equivalente. Quizás el instrumento de mayor trascendencia ha sido el derecho a la tutela, por medio de la cual la persona que se siente afectada por el desconocimiento de alguna garantía constitucional o derecho fundamental, recurre al juez más cercano, sin que para ello se requiera ningún tipo de formalismo; esta se puede presentar de forma oral y en el idioma de la persona, y es el Estado el que está en la obligación de proveer traductor u otro recurso que permita al ciudadano ejercer como tal, y presentar su acción para la protección de su derecho amenazado o vulnerado. El juez puede, con el auxilio del *amicus curie* o peritaje cultural o antropológico,<sup>9</sup> solicitar una asesoría de expertos que le permitan valorar en el contexto cultural donde el caso se dio, evaluando las circunstancias y los actores, para tomar en cuenta todos los elementos que sean relevantes al juicio.

Así, frente a la pregunta formulada en el caso presentado en este Manual con el título “Disputa entre cosmovisiones”, sobre la amenaza a la preservación cultural por la práctica y el proselitismo del culto evangélico, esta podría ser

---

<sup>9</sup> Cada vez es más frecuente que en facultades de antropología y centros de investigación en América Latina se diseñen cursos para estudiantes en formación y profesionales en cuestiones relacionadas con el peritaje antropológico como un recurso para coadyuvar al poder judicial y a los pueblos indígenas.

una vía para establecer la gravedad de dicha amenaza y, de esta manera, facilitar la tarea del juez para ponderar y ubicar el balance que resuelva la acción del Estado, de modo que convivan los derechos fundamentales alegados en este caso, sin detrimento de uno sobre el otro.

Como parte de ese llamado consenso intercultural la Corte sugiere un acuerdo en torno a lo que define como núcleo duro de los derechos humanos, es decir, aquello sobre lo que “verdaderamente resulta intolerable por atentar contra los bienes más preciosos del hombre” (Corte Constitucional de Colombia 1996b), entre ellos, el derecho a la vida, la prohibición de la esclavitud, la prohibición de la tortura y, por expresa exigencia constitucional, la legalidad en el procedimiento, en los delitos y en las penas.

El reconocimiento de la diversidad étnica y cultural a que se obligan los Estados constituye un reto bastante complejo, como lo demuestra la intensidad del debate suscitado entre juristas y estudiosos de la antropología jurídica. Complejidades, que solo se podrán ir resolviendo a medida que el Estado y los funcionarios del poder judicial, abogados, investigadores y académicos se familiaricen con los valores y principios de los diferentes procedimientos y sanciones que caracterizan los métodos de aplicar justicia en diferentes contextos étnicos y culturales. Es propiciando un verdadero diálogo intercultural, dice la Corte colombiana, como se irán fijando los límites y consensos sobre aquello que la misma ha denominado núcleo duro de derechos humanos.

## Peritaje antropológico

Guillermo Padilla y Ginna Rivera

El peritaje antropológico se ha constituido en uno de los instrumentos más eficaces en el proceso de mejoramiento del acceso a la justicia formal estatal de personas indígenas, particularmente en materia penal, aunque también aplica para otras ramas de la justicia ordinaria (Guevara y Verona 2015, Valladares 2010). En aquellos países donde el reconocimiento de la diversidad jurídica aún no se encuentra en plena vigencia y en consecuencia, el derecho de los indígenas de acceder a la justicia en sus comunidades, con sus autoridades, en su idioma y en el marco de sus propios sistemas jurídicos, no opera; así como en aquellos casos donde corresponde a la justicia ordinaria del Estado juzgar a integrantes de pueblos indígenas por asuntos que salen de la competencia de sus autoridades propias, es deber estatal generar las condiciones lingüísticas y culturales adecuadas de manera que los procesados puedan acceder efectivamente a la justicia, y los operadores judiciales cuenten con los auxilios de expertos que aporten al proceso elementos de interpretación y de contextualización cultural que tengan relevancia en las conductas que son investigadas.

Tal y como plantea Aída Hernández, el objetivo fundamental de los peritajes “es brindar información al juzgador sobre la importancia que tiene la diferencia cultural en el entendimiento de un caso específico” (Hernández 2018, 58). En ese sentido, el peritaje:

... se presenta como un instrumento fundamental para conocer y entender lo normativo en las comunidades indígenas al “objetivar” lo jurídico, inmerso en las relaciones sociales de estas. Del mismo modo, se constituye como un instrumento de traducción de un lenguaje a otro, o de una lógica cultural a otra, del lenguaje del sentido común y oral de la comunidad y de su lógica cultural propia al lenguaje especializado del juez y a la lógica jurídica del derecho positivo. (Díaz *et al.* 2007)

Lo que el peritaje antropológico quiere evitar en materia penal es la criminalización de la diferencia cultural, “el maltrato sistemático, las decisiones injustas o la motivación enraizada en prejuicios etnocéntricos”, permitiendo que los operadores judiciales consideren elementos que amplíen sus “horizontes de comprensión y discernimiento jurisdiccional” (Guevara y Verona 2015, 14)

frente a los casos en los que la diversidad social y cultural se hace presente ante la justicia. Para ello, la función del perito es sensibilizar a los operadores judiciales en materias que generalmente estos desconocen y colaborar en:

- Establecer si la persona procesada pertenece a un universo étnico, social y cultural diferente al consagrado en las leyes penales.
- Establecer si esa pertenencia tuvo un efecto en la conducta del procesado en el momento en que supuestamente actuó violando alguna norma legal.
- Ubicar de qué manera pudo haber afectado la conducta del procesado y el rumbo de la investigación, el contexto sociocultural, económico o lingüístico; qué implica la existencia de principios, valores y normas de conducta distintas a las que operan en el contexto nacional; de dónde han surgido las leyes y los procedimientos con los que funciona la justicia formal estatal.
- Corroborar si la pertenencia étnica/cultural incidió en el hecho de que el procesado no pudiera comprender a cabalidad el carácter delictivo que su acto tuvo para el derecho oficial o, si aun comprendiéndolo, no fue capaz de motivarse de conformidad con la norma oficial.
- Cuando el asunto no es penal, el peritaje también cumple la función de ilustrar a los operadores judiciales sobre contextos socioculturales que puedan haber incidido en los hechos que se examinan.

De acuerdo con estas premisas, el propósito de un peritaje antropológico no es ensayar elaboraciones teóricas y etnográficas sobre “una cultura”, sino ser, esencialmente, un instrumento judicial que ilustra a los funcionarios judiciales sobre las características culturales específicas de la persona o personas que son protagonistas de los hechos investigados o donde se produjo el hecho que ha motivado la intervención del Estado.

### Pautas para realizar un peritaje antropológico

La práctica del peritaje en su expresión procedimental debe respetar las siguientes características:

- Es una actividad procesal.
- Es un medio de prueba.
- Es realizado por encargo judicial (los defensores también suelen invocar este tipo de instrumentos).
- Es una actividad calificada, conceptual y metodológicamente fundada.
- Debe tratar sobre hechos y no sobre derecho (el ámbito del derecho sigue siendo del estricto margen del operador judicial).

- Genera un dictamen o informe técnico.

El eje del examen pericial es la persona procesada y no su “cultura” en abstracto. También debe tenerse presente que la pericia, en sentido estricto, no es un alegato a favor del procesado, ni una defensa o justificación de prácticas culturales analizadas por el perito, ni un examen sesgado de los hechos que apreciarían los funcionarios judiciales (Sánchez 2010; Sánchez y Gómez 2008). Más bien, termina siendo un órgano de prueba que, como se dijo, en el ámbito penal tiene la función de contribuir a la comprensión intercultural que el juzgador debe realizar de los hechos y de los factores exógenos que pudieron haber afectado la conducta del imputado, que contribuya en la determinación de la existencia y el grado de responsabilidad penal y la sanción aplicable. En otros campos del derecho, como el electoral, familiar, laboral o civil, los peritajes contribuyen a valorar los hechos, tomando en cuenta los factores culturales que deben ser evaluados interculturalmente para determinar lo justo en estos contextos.

En general, un problema que se detecta en algunas prácticas periciales es que los peritos tienden a presentar alegatos a favor de “la cultura” del encausado, en lugar de concentrarse en explicar a la judicatura cómo las prácticas y perspectivas culturales de la persona procesada pudieron condicionar sus actos (Verona 2015). Con frecuencia ocurre que tiendan a radicalizar la alteridad cultural a fin de que esa estrategia discursiva garantice la aplicación de la legislación especial indígena, obviando la dinámica y el contexto intercultural que caracteriza a la vida social en una región y cultura determinadas.

En rigor, lo correcto es conectar esas elaboraciones teóricas con el análisis etnográfico y casuístico de los hechos imputados al procesado. Esta tarea supone un profundo conocimiento etnográfico del contexto y de las influencias y orientaciones culturales del sujeto o sujetos procesales; una aguda comprensión de la realidad social, cultural y política local en donde se formaron los valores del procesado; y la aplicación de los métodos antropológicos pertinentes para realizar un examen de la conducta del sujeto procesal de manera que se evite una aplicación literal de la norma sin tomar en debida consideración los efectos que la cultura pudo haber tenido en las acciones que lo llevaron a estar involucrado y tener que responder al orden legal del Estado (Escalante 2018, Ortiz 2018).

Por eso, lo ideal es conjugar la entrevista con el procesado con otras variables y miradas de hechos que pudieron haber incidido y que puedan explicar o ayudar a entender, desde una perspectiva intercultural, la materia que es investigada sobre la conducta del procesado. En síntesis, no se trata entonces



de radicalizar la alteridad cultural o de elaborar una apología o un tratado antropológico sobre un grupo cultural determinado. Lo que se busca es examinar los hechos, la conducta y los horizontes (inter)culturales de la persona imputada penalmente a la luz del conocimiento antropológico que el experto ha acumulado de tiempo atrás sobre el pueblo, la región y la cultura de los actores en el proceso respectivo.

## De las sanciones y las penas en la justicia indígena

Guillermo Padilla y José Antonio Regalado

### LA FACULTAD SANCIONATORIA DE LAS AUTORIDADES INDÍGENAS

Un principio muy citado que se atribuye al científico francés Blaise Pascal dice:

Es justo que lo justo sea obedecido, es necesario que lo más fuerte sea obedecido. La justicia sin la fuerza es impotente; la fuerza sin la justicia es tiránica; la justicia sin fuerza encuentra oposición, porque siempre hay malvados; la fuerza sin la justicia es indeseada. Hay, pues, que unir la justicia y la fuerza, y conseguir así que lo justo sea fuerte, y que lo fuerte sea justo.

Todas las formas de sanción en cualquier sistema jurídico implican la suspensión de un derecho humano. La prisión cancela el derecho a la libertad, como sucede con las multas que implican la suspensión del derecho al patrimonio, o la interrupción del derecho a elegir y ser elegido que trae consigo la cesación de los derechos políticos de quienes están privados de la libertad.

La aplicación de las penas en la resolución de conflictos que demanda una tutela jurisdiccional es una prerrogativa básica en los sistemas de justicia. La facultad de sancionar y de imponer penas es inherente a la función de impartición de justicia. Todas las formas de regulación de conflictos traen consigo el ejercicio permitido del uso de la sanción o el castigo. La jurisdicción indígena y sus sistemas de derecho propio tienen igualmente esta atribución punitiva, que la ejercen de forma diversa, de acuerdo con sus formas de justicia, cada vez que deben resolver un conflicto en su territorio.

Como hemos visto en los apartados anteriores, el marco jurídico internacional y las normas constitucionales de gran parte de los países latinoamericanos reconocen a la jurisdicción indígena su capacidad de juzgamiento y de sanción. La imposición de penas y sanciones está legalmente permitida en varios Estados, sea en función de la normativa nacional, o sea por recurrencia al Convenio 169 de la OIT, y los únicos límites que se establecen son aquellos que derivan del respeto de los derechos humanos y el ordenamiento jurídico nacional.

En el desarrollo del Manual se hace referencia a las penas y sanciones como un atributo de la jurisdicción indígena, como la capacidad que tienen las autoridades de los pueblos de aplicar diversas medidas sancionatorias en la

resolución de un conflicto. En tres de los casos planteados, las comunidades aludidas ejercen su derecho a juzgar y sancionar conforme a sus sistemas normativos propios.

Hasta aquí, parece estar claro que la jurisdicción indígena comprende también la capacidad de establecer penas y sanciones, reconocida en las constituciones nacionales, en el Convenio 169 de la OIT, así como en la DNUDPI. Esta jurisdicción no solo comprende la capacidad de *notio* (conocer), *juditio* (juzgar), sino también de *coertio* (capacidad de ejercicio de la fuerza legítima) (Peña, Cabedo y López 2002; López 2007), expresando que los sistemas de justicia propia, al ser instituciones de control social y de composición de conflictos, usan diversas medidas de coerción para establecer sus decisiones frente a quien transgrede las reglas de convivencia de la comunidad.

Ahora bien, para que se apliquen las penas y sanciones en estos sistemas de justicia comunal, existen reglamentos, procedimientos y normas propias que garantizan el ordenamiento social de cada comunidad, aplicadas por las autoridades legítimamente constituidas por medio de los procedimientos establecidos para resolver los distintos tipos de conflictos.

La pena o sanción jurídica aplicable a quien viola una norma preexistente, escrita u oral, es la consecuencia de la comisión de un hecho que daña o amenaza un bien común. En tal sentido, la pena “es un castigo consistente en la privación de un bien jurídico por la autoridad legalmente determinada a quien, tras un debido proceso, aparece como responsable de una infracción del derecho y a causa de dicha infracción” (Bramont 1988).

En la jurisdicción indígena, la pena cumple una función que puede ser entendida de una manera distinta, no necesariamente es vista como un castigo, sino como una manera de facilitarle al infractor recuperar la dignidad perdida por la falta y reparar el daño causado a la víctima y a la comunidad. Esta es la razón por la cual la pena privativa de la libertad, el encarcelamiento fuera del territorio indígena, es prácticamente inexistente entre los pueblos indígenas, ya que una persona encerrada y aislada de su grupo social difícilmente podría reparar ningún el causado por su transgresión.

Todo orden social requiere mecanismos de control para garantizar la paz: la sanción emerge como el resultado necesario de la transgresión que se comete contra dicho orden social. La pena se justifica por su necesidad como medio de represión indispensable para mantener las condiciones de vida fundamentales para la convivencia de personas en una comunidad. Sin la amenaza de pena o sanción, la convivencia humana en una sociedad dada sería muy difícil. El fundamento y los fines de la pena son un tema ampliamente debatido sobre el que hasta la actualidad existen diversas opiniones. Expondremos

sucintamente los puntos de vista más representativos: las teorías absolutas, las relativas y las eclécticas o de la unión.

Para las teorías absolutas, llamadas también retributivas, el fundamento de la pena radica en la mera retribución, mientras que para las teorías relativas la pena no constituye un fin en sí misma, sino un medio de prevención. Se busca resocializar a la persona que comete el delito. En tal sentido:

... no se puede afirmar que exista función única en la pena, ni mucho menos asignar a la pena un fin exclusivo. La pena es un fenómeno pluridimensional que cumple diferentes funciones en cada uno de los momentos en que aparece, es decir, cuando el legislador prohíbe una conducta amenazándola con una pena, es decisiva la idea de prevención general negativa, pues, se intimida a los miembros de la comunidad, para que se abstengan de realizar la conducta prohibida. Pero si a pesar de esa amenaza e intimidación general, se llega a cometer el hecho prohibido, entonces a su autor debe aplicársele la pena prevista para ese hecho, predominando en la aplicación de la pena la idea de retribución o de prevención general positiva, aunque no se excluyan aspectos preventivos especiales, es decir la posibilidad que el delincuente vuelva a reincidir. (Hassel 2007)

### La naturaleza de las penas en el sistema indígena

Señala Antonio Peña Jumpa (2009), analizando la jurisdicción indígena, que las sanciones pueden ser definidas como la fuerza coercitiva de la comunidad que surgen ante el incumplimiento de sus reglas básicas. En la medida que se han transgredido las normas de convivencia en la comunidad, las penas intentan restaurar esa convivencia alterada. Buscan prevenir o mantener la armonía de la comunidad. Dentro de esta perspectiva, la sanción se puede componer de tres elementos básicos:

- La reparación del daño.
- La aplicación de una pena o castigo.
- La amenaza de una pena mayor.

El propósito general de la pena en los pueblos indígenas y sus sistemas de justicia propios es restaurar las cosas a su estado anterior a la trasgresión o el “delito”: si algo se ha dañado o afectado, el transgresor debe reparar ese daño causado y restablecer la convivencia y la armonía en la comunidad. Aunque la mayor parte de los procedimientos de composición de conflictos de los pueblos indígenas terminan en acuerdos o conciliaciones, también se establecen penas o castigos para aquellos que han transgredido las normas establecidas en la comunidad.

El objetivo general de la resolución de un conflicto en la comunidad es mantener o restablecer la paz comunal y la armonía social, mediante el nuevo

equilibrio en las relaciones sociales creado por el arreglo o la decisión; busca, igualmente, imponer orden y autoridad. Todos coinciden en que las sanciones y su aplicación garantizan la vigencia de la autoridad y el orden en la comunidad. Asimismo, en los procesos de justicia comunal se enfatiza que los infractores rectifiquen su conducta, que aprendan una “lección”.

Un estudio sociojurídico que investigó en dos países la justicia indígena da cuenta de que en los conflictos resueltos por la justicia comunal no todos terminan con una sanción. En este estudio se señala que alrededor del 58,9 % de los conflictos terminan con una conciliación, arreglo o transacción; mientras que en un 18,7 % de las actas analizadas la solución quedaba pendiente y que solo en un 22,1 % se lograba una decisión comunal que incluía sanciones (Hans-Jürgen y Franco 2007).

#### *Tipos de sanciones en la jurisdicción indígena*

Dentro de los sistemas de justicia comunal o indígena hay un sinnúmero de sanciones como sistemas pueden existir. Sin embargo, aunque con diversos nombres y significados, los tipos de sanciones son similares en los países donde se aplican estos sistemas.<sup>10</sup>

- Multas.
- Devolución de los objetos robados.
- Exposición a la vergüenza pública.
- Indemnizaciones.
- Ejercicios físicos.
- Privación de la libertad y suspensión de elementos identitarios.
- Pago de los daños a través de trabajo comunal.
- Baño con agua fría al amanecer.
- Castigo con ortiga, el fuste o látigo, los pencazos.
- Trabajos en las comunidades.
- Pérdida o suspensión de sus derechos comunales.
- Excepcionalmente se aplica la expulsión de la comunidad, considerada también como una de las sanciones más graves.

---

**10** Peña Jumpa, en sus trabajos de investigación con comunidades campesinas del sur, o las comunidades nativas aguarunas del norte amazónico del Perú, ha identificado algunos tipos de penas, como el calabozo o privación de la libertad, el trabajo forzado o servicio público, el humeo en la cara y la toma de ayahuasca o toé, la hortigueada, el corte de pelo y multas (Peña 2009).

Este conjunto de sanciones podemos decir que son tangibles, es decir, tienen una presentación material. Asimismo, existen otro tipo de sanciones que “no tienen representación material mas sí simbólica, como la exposición pública y la imposición pública” (Piñacué 1997, 47). Las multas, por ejemplo, son establecidas de acuerdo con la cuantía de la causa, como también de acuerdo con la gravedad del caso o la posibilidad económica de los accionantes; en el caso de los quichuas de Ecuador, por ejemplo, se estableció una tabla de montos, siendo las más sobresalientes las siguientes: 200.000 sucres por el robo de animales,<sup>11</sup> 150.000 sucres por las peleas entre familiares o vecinos, 200.000 sucres por problemas de linderos, 50.000 sucres por chismes. El fruto de las multas es destinado a los fondos de las comunidades o de la organización. En otras comunidades se prioriza el castigo corporal, como los fuetazos, la penqueada, o el trabajo comunitario, como la denominada cadena ronderil y los apremios físicos que aplican las rondas campesinas del Perú. Estas sanciones buscan fundamentalmente objetivos como:

- Educación del culpable.
- Ejemplo pedagógico para toda la comunidad.
- Corrección y reparación de los daños.
- Rehabilitación y reintegración del culpable a la comunidad.
- Expulsión de los incorregibles y reincidentes.
- “Purificación” de los infractores a través de castigos corporales (Hans-Jürgen y Franco 2007).

Las sanciones que se aplican en la jurisdicción indígena son de obligatorio cumplimiento, hay autoridades como el Tribunal Superior Indígena de Tolima en Colombia, que solicitan siempre el apoyo de la policía estatal para dar cumplimiento a sus fallos, pero este es un caso especial, la mayor parte de las sanciones comunales las ejecutan las mismas autoridades comunales. Todas las resoluciones que se adoptan en la administración de justicia quedan recopiladas en actas y resguardadas en los archivos de las comunidades. Esto lo hacen previendo hechos futuros que pueden suscitarse, por ejemplo, en caso de que cualquier autoridad, de dentro o fuera de la comunidad, pretenda desconocer o sancionar nuevamente por el mismo acto, por lo que se debe mirar el hecho que ya fue tratado y sancionado, es decir, se va formando una jurisprudencia que podría denominarse comunal y que idealmente también poco a poco podría ir incorporando principios propios de la justicia moderna, que

---

**11** Para el año 2000, la cotización del dólar fue de 25.000 sucres, lo cual hizo insostenible la política monetaria con moneda propia y se optó por la dolarización.

constituyen valores que son patrimonio de la humanidad, tales como el principio del *ne bis in idem*, la presunción de inocencia, el derecho a la defensa, la doble instancia, el debido proceso y el respeto de los derechos humanos, todo lo cual debe ser definido interculturalmente.

### *Las penas y la justicia restaurativa*

Hemos sostenido que las penas buscan principalmente el resarcimiento del daño, la restauración de las relaciones fracturadas en la comunidad y la reincorporación comunitaria del procesado. Para ciertos sistemas normativos indígenas, el agresor es una persona que ha sido influenciada por un espíritu o una energía negativa y, por tanto, representa algo que no es deseable; es entonces cuando aplican las sanciones, bajo la convicción de que están liberando al individuo y a la comunidad de esa energía negativa.

Las penas en la justicia comunitaria no se detienen principalmente en la culpabilidad dolosa o subjetiva, los hechos son objetivos y las sanciones se aplican, o sobre la base de la confesión y el arrepentimiento, en cuyo caso la pena será más leve, o sobre lo que la investigación haya logrado demostrar. Las penas no persiguen mirar el pasado, sino, sobre todo, restaurar el orden de las relaciones rotas en la comunidad y miran hacia el futuro; persiguen reparar el daño cometido, considerando para ello a todos los actores, incluyendo al transgresor mismo. Las penas buscan expiar al transgresor bajo la aplicación de normas comunales y la obediencia a las normas morales existentes en la comunidad.

La justicia restaurativa está presente en la administración de justicia comunitaria desde siempre y ha tenido éxito donde se ha practicado; para los Estados representa un avance en materia de victimología y criminología. Reconociendo que el crimen causa daños a las personas y comunidades, se insiste en que la justicia repare esos daños y que a las partes se les permita participar en los procesos. La justicia restaurativa es una teoría que enfatiza en la reparación del daño presentado por una conducta delictiva. Se alcanza mejor a través de procesos cooperativos que incluyen a todos los interesados.

El énfasis en la búsqueda del acuerdo y de la reparación del daño está en función del restablecimiento del equilibrio social en las comunidades, donde las relaciones sociales se construyen con base en lazos familiares, de vecindad o de parentesco. La justicia indígena funciona en el marco de un contexto social y cultural de proximidad, en que tanto el demandante como el demandado se conocen y conviven. En este aspecto, esta justicia se diferencia de la justicia estatal porque la primera resuelve el conflicto teniendo en cuenta el contexto de convivencia social, y la segunda, solo tomando como referencia la ley de

manera descontextualizada. Debido a su afán de restaurar el orden social, los expertos han denominado esta forma de hacer justicia como justicia restaurativa.

En este orden de ideas, tal y como señala Raúl Zaffaroni:

... [no] tenemos autoridad moral alguna para imponerles a las comunidades originarias un sistema de solución de conflictos mejor que el que ellas mismas practican. Si el sistema penal de que dispone la pretendida civilización es el que padecemos en nuestros países, lo racional es admitir que es preferible el comunitario y en la medida que funcione, lo mejor que podemos hacer es reconocerlo y no entrometernos, porque no tenemos nada mejor que ofrecerles. (2009, 110)

### De las penas y sanciones y sus límites en los derechos humanos

Las penas establecidas en los pueblos indígenas pretenden regular el control social de la vida en la comunidad, no persiguen en general causarle un daño al individuo infractor o sujeto transgresor, sino mitigar el efecto negativo y restaurar la armonía social. No existen, o al menos no deberían existir, en los tipos de penas comunitarias la pena de muerte, la esclavitud, la desaparición de los infractores o la tortura física o psicológica que afecte gravemente la salud de los individuos, pues esto estaría violando los límites impuestos por la legislación de origen internacional y nacional. Lo que sí es posible encontrar son algunos castigos físicos que guardan proporcionalidad con las responsabilidades establecidas en las asambleas y que no involucren daños graves, como lo señala la Corte Constitucional de Colombia en la sentencia del “fuede” (Corte Constitucional de Colombia 1997b). Generalmente, el mayor castigo es la expulsión de la comunidad o la entrega a las autoridades judiciales estatales.

Los límites de las formas de sanción, como ha quedado dicho, son el respeto por los derechos humanos y los derechos fundamentales de los órdenes legales nacionales. Algunas constituciones también señalan como límites aquellos “que no atenten contra el ordenamiento jurídico”. En todo caso, lo importante es que en el momento de evaluar estos hechos y los tipos de sanciones que se aplican, deben ser abordados desde una mirada intercultural y con clave pluralista como se ha desarrollado en este Manual. No se puede juzgar solo desde el punto de vista de las normas del sistema ordinario, también hay que respetar las formas establecidas en los sistemas indígenas y buscar una solución intermedia, como ha sucedido con la Corte Constitucional colombiana que ha fijado como parámetros para los diversos tipos de castigo en la justicia indígena un núcleo básico (núcleo duro) de derechos que los sistemas de justicia propia deben adecuar en el momento de aplicar las sanciones en los conflictos de su competencia.



En efecto, en la Sentencia T-254 de 1994 este tribunal establece:

La plena vigencia de los derechos fundamentales constitucionales en los territorios indígenas como límite al principio de diversidad étnica y constitucional es acogido en el plano del derecho internacional, particularmente en lo que tiene que ver con los derechos humanos como código universal de convivencia y diálogo entre las culturas y presupuesto de la paz, de la justicia, de la libertad y de la prosperidad de todos los pueblos. (Corte Constitucional de Colombia 1994a)

Sin embargo, posteriormente, en la Sentencia T-349 de 1996 señaló que las autoridades indígenas se encuentran sometidas a unos “mínimos contenidos éticos”, esto es el derecho a la vida, la prohibición de la esclavitud, la prohibición de la tortura, la legalidad de los procedimientos, los delitos y las penas de conformidad con la especificidad cultural de cada comunidad indígena (Corte Constitucional de Colombia 1996b). Esta última posición es la que no se ha rescatado de manera suficiente en la difusión de la jurisprudencia de la Corte, y es la que, en propiedad, como señala Edgar Solano, está más acorde con el principio constitucional de respeto a la identidad étnica y cultural de la nación. Al tomar en cuenta las definiciones sobre dignidad y derechos de los pueblos indígenas, cumple con el carácter universal de los derechos humanos y se logra conciliar con el respeto de las diferencias culturales de las minorías (2000, 176).

El límite del respeto de los derechos humanos debe ser entendido en el marco de la interculturalidad, es decir, no siempre que en el sistema sancionatorio de estos pueblos se incluya alguna forma de castigo físico. Por ejemplo, azotar públicamente a una persona o limitarle algún derecho fundamental, como podría ser suprimirle o cortarle el servicio de agua a su vivienda, constituye una violación de sus derechos humanos. Como se mencionó, es importante partir del hecho de que toda forma de castigo judicial establece una limitación a un derecho humano, por eso, frente al análisis de los sistemas de sanción de pueblos indígenas, es fundamental tener en cuenta una lectura adecuada al valor constitucionalmente protegido de la diversidad étnica y cultural. Tal y como argumenta la Corte Constitucional de Colombia:

El Estado tiene la especial misión de garantizar que todas las formas de ver el mundo puedan coexistir pacíficamente, labor que no deja de ser conflictiva, pues estas concepciones muchas veces son antagónicas e incluso incompatibles con los presupuestos que él mismo ha elegido para garantizar la convivencia. En especial, son claras las tensiones entre reconocimiento de grupos culturales con tradiciones, prácticas y ordenamientos jurídicos diversos y la consagración de derechos fundamentales con

pretendida validez universal. Mientras que una mayoría los estima como presupuestos intangibles, necesarios para un entendimiento entre naciones, otros se oponen a la existencia de postulados supraculturales, como una manera de afirmar su diferencia, y porque de acuerdo con su cosmovisión no ven en ellos un presupuesto vinculante. En otras palabras, aun siendo clara la dificultad para entender algunas culturas desde una óptica que se define como universal, el Estado tiene que hacer compatible su deber de preservar la convivencia pacífica dentro de su territorio, garantizando los derechos de sus asociados en tanto ciudadanos, con el reconocimiento de sus necesidades particulares, como miembros de grupos culturales distintos. En esta tarea, además, le está vedado imponer una concepción del mundo particular, así la vea como valiosa, porque tal actitud atentaría contra el principio de respeto a la diversidad étnica y cultural y contra el trato igualitario para las diferentes culturas, que el mismo ha reconocido. (Corte Constitucional de Colombia 1997b)

Este es un tema que ha merecido mucha discusión, especialmente, entre los operadores de los sistemas jurídicos estatales que ven en las sanciones de la jurisdicción indígena el último reducto del sistema de justicia. Sin embargo, aquí corresponde tener un enfoque mayor sobre el modelo plural de justicia, y los sistemas normativos indígenas a los que hay que reconocer plenamente su derecho a ejercer la potestad de sancionar.

El juzgador debe, en razón de su obligación de respetar la diversidad que ha sido reconocida y protegida por el bloque de constitucionalidad, situarse en el contexto cultural donde se ha producido la sanción o el castigo que resulta de la aplicación de su propio derecho, frente a quien ha cometido la transgresión que es juzgada. En estos casos, en la misma sentencia que hemos citado, la Corte Constitucional sugiere lo siguiente:

Una primera solución a este tipo de conflictos se ha planteado en términos de un diálogo intercultural que sea capaz de trazar unos estándares mínimos de tolerancia, que cubran los diferentes sistemas de valores. Es decir, lograr un consenso en aquel mínimo necesario para la convivencia entre las distintas culturas, sin que ello implique renunciar a los presupuestos esenciales que marcan la identidad de cada una. Así lo entendió la Corte Constitucional, que en sentencia de 1996 estableció los criterios que deberá tener el intérprete para solucionar los conflictos que puedan presentarse entre el principio de diversidad étnica y cultural y otros principios de igual jerarquía, y señaló los límites que, basados en un “verdadero consenso intercultural”, deberán respetar las autoridades indígenas en el ejercicio de funciones jurisdiccionales dentro de su territorio. Es obvio, como lo señala la sentencia, que esa interpretación no puede alejarse de las características específicas de la cultura involucrada, pues existen diferencias en el grado de aislamiento o integración respecto de cada una, que lleva incluso a establecer diferencias en la manera en que determinan cada uno de sus asuntos. (Corte Constitucional de Colombia 1997b)

También en relación con la limitación del poder sancionatorio de la jurisdicción indígena es oportuno invocar la regla general que la Corte Constitucional colombiana ha señalado respecto a la autonomía de los pueblos indígenas y sus sistemas de justicia: la regla de maximización de la autonomía de las comunidades indígenas y minimización de las restricciones, con la cual se busca salvaguardar los intereses de mayor jerarquía. Esta regla, en palabras de la propia Corte Constitucional:

... supone que al ponderar los intereses que puedan enfrentarse en un caso concreto al interés de la preservación de la diversidad étnica de la nación, sólo serán admisibles las restricciones a la autonomía de las comunidades, cuando se cumplan las siguientes condiciones: [...] 1. A mayor conservación de sus usos y costumbres, mayor autonomía [...] 2. Los derechos fundamentales constitucionales constituyen el mínimo obligatorio de convivencia para todos los particulares [...] 3. Las normas legales imperativas (de orden público) de la República 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. [...] Los usos y costumbres de una comunidad indígena priman sobre las normas legales dispositivas. (Corte Constitucional de Colombia 1996a)

## El debido proceso en perspectiva intercultural

Guillermo Padilla, Aresio Valiente y Ginna Rivera

El debido proceso y el principio de legalidad establecen umbrales y controles basados en los derechos fundamentales, muchas veces concretados en virtud de leyes especiales con el fin de balancear la asimetría de poder entre el Estado y el individuo, de manera que se facilite la accesibilidad a la justicia y a los contenidos de la ley. Para la víctima de delitos y abusos, estos principios buscan que el daño sufrido sea pronta y adecuadamente investigado, que los responsables sean sancionados y que los perjuicios materiales e inmateriales sean reparados. Por el otro lado, el debido proceso otorga garantías procesales al acusado para una adecuada defensa y así prevenir condenas arbitrarias.

El principio de legalidad y el debido proceso, como elementos constitutivos del Estado de derecho frente a la justicia, procuran que las partes puedan llevar adelante su causa, ser oídas y se garantice su derecho a promover sus pretensiones frente a un juez independiente e imparcial, de manera que el resultado sea un proceso judicial equitativo, eficaz y transparente, que promueva y contribuya al orden y la paz social.

El debido proceso constituye una garantía infranqueable para todo acto en el que se pretenda –legítimamente– imponer sanciones, cargas o castigos. Constituye un límite al poder de sancionar y, con mayor razón, se considera un principio rector de la actuación administrativa del Estado y no solo una obligación exigida a los juicios criminales. (Corte Constitucional de Colombia 2001)

En el presente Manual vemos algunas de las garantías que tienen vigencia en la práctica de la justicia tanto a nivel de los Estados como de los pueblos indígenas. Vemos cómo aplicar el principio del debido proceso en dos casos que involucran derechos de indígenas: en el primero, la oposición de derechos fundamentales constitucionalmente protegidos, y en el segundo, algunas de las complejidades que resultan de la transición que vivimos de pasar del monopolio de Estados que negaban la diversidad, al reconocimiento de la diversidad jurídica de sociedades que permanecen plurales a pesar de cientos de años de acción en contra.

El acceso a la justicia de los pueblos indígenas tiene barreras en la cobertura territorial de los tribunales, la excesiva judicialización de los conflictos, el formalismo del derecho, el uso dominante del idioma no indígena y el

tratamiento discriminatorio. El acceso a la justicia de los pueblos indígenas raramente constituye un objetivo claro en las reformas judiciales del continente (Mullucundo 2006).

Sin duda, los pueblos siguen siendo marginados y excluidos de las cuestiones institucionales, a pesar de los avances en el reconocimiento constitucional y normativo de derechos que se han evidenciado en apartados anteriores, pero cuya materialización y concreción en la vida cotidiana de las comunidades sigue siendo uno de los aspectos de ineficacia del derecho más preocupantes en Latinoamérica (Martínez, Juan y Hernández 2018). Además, los indígenas siguen enfrentando una distancia epistemológica y práctica con la estructura del Estado, sus leyes y procedimientos, lo que dificulta el ejercicio efectivo de sus derechos y el acceso a la justicia (Feiring 2009).

Lo anterior, a pesar de que normas internacionales como la Declaración Universal de Derechos Humanos (DUDH), el PIDCP y el Estatuto de Roma, o con vigencia regional como el Convenio Europeo de Derechos Humanos, la Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre (DADDH), la Convención Americana sobre Derechos Humanos (CADH), contemplan la obligación general de los Estados de establecer y validar un mínimo de garantías que constituyen lo que se conoce como principio de legalidad y debido proceso. Entre ellas, el derecho de todo individuo a ser juzgado por un tribunal legalmente constituido, a la presunción de inocencia, a ser juzgado sin dilaciones indebidas, a preparar una defensa, el derecho a defenderse personalmente o con la asistencia de un abogado, a obtener la comparecencia de testigos y a interrogarlos, y el derecho a ser protegido de la aplicación retroactiva de leyes penales excepto cuando estas le son favorables.

Como ha quedado visto, frente a la justicia practicada por los pueblos indígenas, estos principios deben ser interpretados desde una perspectiva intercultural, por ejemplo, no opera el derecho a ser asistido por un abogado, pero sí a que el acusado pueda hacer uso de los medios de defensa que le permitan, por sí mismo o bien por medio de testigos o personas que actúen en su nombre, ser oído y controvertir la acusación de que es objeto.

La Convención Americana sobre Derechos Humanos estipula, en cuanto al debido proceso y la protección judicial:

... Artículo 8: [...] el derecho a ser oída, con las debidas garantías y dentro de un plazo razonable, por un juez o tribunal competente, independiente e imparcial, establecido con anterioridad por la ley, en la sustanciación de cualquier acusación penal formulada contra ella, o para la determinación de sus derechos y obligaciones de orden civil, laboral, fiscal o de cualquier otro carácter.

Durante el proceso, toda persona tiene derecho, en plena igualdad, a las siguientes garantías mínimas:

- a) Derecho del inculpado de ser asistido gratuitamente por el traductor o intérprete, si no comprende o no habla el idioma del juzgado o tribunal.
- d) Derecho del inculpado de defenderse personalmente o de ser asistido por un defensor de su elección y de comunicarse libre y privadamente con su defensor.
- e) Derecho irrenunciable de ser asistido por un defensor proporcionado por el Estado, remunerado o no según la legislación interna, si el inculpado no se defendiere por sí mismo ni nombrare defensor dentro del plazo establecido por la ley.

Artículo 25: toda persona tiene derecho a un recurso sencillo y rápido o a cualquier otro recurso efectivo ante los jueces o tribunales competentes, que la ampare contra actos que violen sus derechos fundamentales reconocidos por la Constitución, la ley o la presente Convención, aun cuando tal violación sea cometida por personas que actúen en ejercicio de sus funciones oficiales. (Organización de los Estados Americanos 1969)

En relación con los pueblos indígenas, los artículos 8 y 9 del Convenio 169 de la OIT prescriben reglas de autonomía judicial que también abarcan los procedimientos correspondientes, mientras que su artículo 12 exige, aparte de recursos efectivos, que deberán tomarse medidas para garantizar que los miembros de dichos pueblos puedan comprender y hacerse comprender en procedimientos legales, facilitándoles, si fuera necesario, intérpretes u otros medios eficaces.

En el caso de los pueblos indígenas, el principio de acceso a la justicia no implica solo hacer efectivas sus garantías judiciales, como el principio del debido proceso, sino establecer los medios para que el recurso sea efectivo aun cuando sea ejercido desde su propia diferencia cultural y sirva para la reivindicación de sus derechos históricos relativos a sus formas de vida, territorios ancestrales y recursos naturales. Los casos resueltos por la Corte Interamericana de Derechos Humanos (Corte IDH) en materia indígena muestran que con frecuencia el acceso a la justicia de los indígenas en los Estados tiene notables limitaciones.<sup>12</sup>

---

**12** Véanse los casos Comunidad Mayagna (Sumo) Awas Tingni vs. Nicaragua, Sentencia de 31 de agosto de 2001 (párr. 139); Comunidad Moiwana vs. Suriname, Sentencia de 15 de junio de 2005 (párr. 164); Escué Zapata vs. Colombia, Sentencia de 4 de julio de 2007 (párr. 111); Goiburú y otros vs. Paraguay, Sentencia de 22 de septiembre de 2006 (párr. 133); Caso Yatama vs. Nicaragua, Sentencia de 23 de junio de 2005 (párr. 176); Pueblo Saramaka vs. Surinam, Sentencia de 28 de noviembre de 2007 (párr. 185); Comunidad Indígena Sawhoyamaya vs. Paraguay, Sentencia de 29 de marzo de 2006 (párr. 248.1); Comunidad Indígena

## Requisitos universales para el procedimiento ante autoridades indígenas

También, con relación al procedimiento ante las autoridades indígenas, aplica la sujeción a normas superiores, ya tratadas más arriba en cuanto a aspectos de derecho material, para prevenir el abuso de poder y la arbitrariedad en el camino a la sentencia o resolución tomada por la autoridad indígena. Los condicionantes se deducen principalmente del respeto de los derechos humanos internacionalmente reconocidos y definidos interculturalmente, como lo señala la experiencia colombiana, y de los fundamentos constitucionales del respectivo país. Es frente a estos derechos que le corresponde al Estado la obligación de garantizar una serie de estándares mínimos, pues los indígenas no dejan por ello de ser ciudadanos y frente a ellos el Estado tiene obligaciones intransferibles.

Precisamente, por tratarse de ciudadanos con especificidades culturales y lingüísticas, es tarea del juzgador familiarizarse con principios propios de la cultura que está siendo observada, de manera que no se impongan valores que le sean ajenos. Para ello, el juzgador cuenta con el peritaje antropológico y la figura del *amicus curiae* como mecanismos para allegar al proceso elementos que lo orienten, antes de tomar alguna decisión. Al respecto, señala la Corte colombiana:

El derecho al debido proceso constituye un límite a la jurisdicción especial, lo que implica el cumplimiento de reglas acordes con la especificidad de la organización social, política y jurídica de la comunidad de que se trate. Es obvio, que este límite no exige que las prácticas y procedimientos deban ser llevadas a cabo de la misma manera que como lo hacían los antepasados, porque el derecho de las comunidades indígenas, como cualquier sistema jurídico, puede ser dinámico. Lo que se requiere, es el cumplimiento de aquellas actuaciones que el acusado pueda prever y que se acerquen a las prácticas tradicionales que sirven de sustento a la cohesión social. (Corte Constitucional de Colombia 1997b)

A partir de esta convicción, cabe preguntar: ¿en qué medida el debido proceso reconocido a nivel internacional, que ha sido formulado en la tradición del liberalismo occidental, difiere de lo equivalente practicado a nivel comunitario? En otras palabras, en un contexto de diálogo intercultural, ¿cuáles podrían ser los límites mínimos, el núcleo indispensable que debería ser protegido por el juez que tenga que opinar al respecto?

---

Xákmok Kásek vs. Paraguay, Sentencia de 24 de agosto de 2010 (párr. 170); Comunidad Indígena Yakye Axa vs. Paraguay, Sentencia de 17 de junio de 2005 (párr. 104).

Las características fundamentales de lo que entendemos por debido proceso, según estándares internacionales, las podríamos resumir en las siguientes garantías (Ibáñez 2019a, 2019b):

- Garantías para las personas, basadas en la preexistencia de la ley y el delito; derecho a la defensa y a un procedimiento expedito y claro; asistencia letrada de un abogado defensor y preexistencia de un juez.
- Garantías de juzgamiento que infieren la necesidad de acusación fiscal para la procedencia del juicio, proceso público, audiencia y contradicción. A ser juzgado por un tribunal legalmente constituido.
- Garantías relativas a la actividad de los jueces y tribunales, y la prohibición expresa de que pueda producirse la indefinición o la agravación de la resolución por parte del juez.
- Garantías procesales de respeto al derecho a recurrir a otra instancia para la revisión de decisiones que pueden ser percibidas como contrarias a la evidencia o violatorias de derechos fundamentales.
- Garantía de que no pueda haber condena sin pruebas que sean legalmente practicadas.
- Garantía a ser juzgado sin dilaciones indebidas, a preparar una defensa y a ser protegido de aplicaciones retroactivas de leyes.
- Garantía a la presunción de inocencia y a no ser obligado a autoincriminarse.

Frente a este listado de garantías mínimas, no todas tienen una aplicabilidad literal en el universo indígena; por ejemplo, no existe la figura del fiscal y aunque sí se aplica la garantía del derecho a la defensa, esta no demanda, como ya lo dijimos, la presencia de abogados. Hay otras que en cambio sí merecen una atención particular, especialmente por parte de los pueblos indígenas; solo para mencionar algunas: la presunción de inocencia, el derecho a no autoincriminarse y a recurrir a una segunda instancia.

El carácter local de la justicia indígena llevada a cabo en el propio idioma, en el marco de valores compartidos y con conocimiento de los procedimientos y los actores, permite un mayor nivel de participación que garantiza las condiciones para que se pueda identificar y ejercer todo aquello que sea esencial y relevante al caso. De esta forma, las garantías equivalentes a lo que el debido proceso protege son también validadas en el derecho indígena y son objeto de reclamos cuando estas no son adecuadamente admitidas.

Dice Boaventura de Sousa Santos (1995) que “los derechos étnicos deben ser construidos y contextualizados como derechos de los pueblos y de las



colectividades antes de que puedan proteger, como derechos humanos, a los individuos que pertenecen a tales pueblos y colectividades”.

Antes de evaluar el derecho indígena a partir del modelo del derecho formal es esencial tomar en cuenta que cada uno obedece a particularidades culturales e históricas que adquieren sentido en el contexto en el que se han constituido. Es poco el tiempo transcurrido en el actual contexto legal, en donde los Estados le han dado reconocimiento al derecho indígena, lo que ha permitido a estas prácticas de justicia propia estar expuestas al intercambio intercultural e incluso a la valoración y la crítica por parte de los mismos indígenas o de actores estatales y sociales externos. Esta exposición hace que pueda ser objeto del escrutinio por instancias del Estado sensibilizadas para ello, que poco a poco irán superando lo que podrían ser situaciones débiles o no muy claras en relación con derechos y garantías que constituyen patrimonio de la humanidad en la práctica de su justicia propia.

En procura de avanzar en la identificación de imprescindibles del debido proceso, en un contexto de respeto por la diversidad cultural y en ejercicio de la interculturalidad, señalamos los siguientes elementos que podrían tener validez y aplicabilidad en contextos culturales diversos:

1. Calidad del juzgador. Que aquel o aquellos que asuman la tarea de juzgar deben tener un nivel suficiente de legitimidad y representatividad, y que al hacerlo lo hagan de una manera imparcial.
2. Procedimiento previsible. Que toda la ritualidad y práctica del proceso sea conocida y legítima para el grupo, es decir que no sea una improvisación caprichosa de quien juzga y se trate de un procedimiento claro y transparente.
3. Procedimiento justo. Que ante cualquier sentencia los inculpados hayan tenido la posibilidad de ser oídos, pedir pruebas y presentar testigos.
4. Que se respete el acceso a la justicia en el propio idioma.
5. Que al procesado se le respete la garantía de la presunción de inocencia.
6. *Nemo tenetur*. Que nadie sea obligado a declarar contra sí mismo ni a confesarse culpable.
7. Que se contemple la posibilidad de recurrir a una segunda instancia en caso de insatisfacción fundada de las partes.

Como podemos observar, estos principios están en concordancia con el principio *pro homine*, cada vez más aceptado en los ordenamientos constitucionales latinoamericanos, el cual es definido como:

Un criterio hermenéutico que informa todo el derecho de los derechos humanos, en virtud del cual se debe acudir a la norma más amplia, o a la interpretación más exten-

siva, cuando se trata de reconocer derechos protegidos e, inversamente, a la norma o a la interpretación más restringida cuando se trata de establecer restricciones permanentes al ejercicio de los derechos o su suspensión extraordinaria. Este principio coincide con el rasgo fundamental del derecho de los derechos humanos, esto es, estar siempre a favor de la persona. (Pinto 1997)

Frente a esto podríamos afirmar que el debido proceso, definido en un marco de interculturalidad, se encuentra respaldado por otros principios que deben ser tomados en cuenta en el momento de alegatos y divergencias en torno a decisiones que afectan derechos fundamentales, tarea en la que el Estado cumple una función central. No se trata de imponer por la fuerza apreciaciones que son prerrogativas de ámbitos culturales ajenos a los de las comunidades, sino de facilitar el acceso a valores y principios, que como en el caso del principio *pro homine*, constituyen patrimonio de la humanidad.

Hay quienes observan con preocupación que, debido a que el derecho indígena no está escrito, su interpretación y su carácter casuístico y particularismos pueden resultar en arbitrariedades. Pero la experiencia enseña que cuando los Estados han permitido el ejercicio de la justicia propia, los indígenas han probado ser eficientes, justos y coherentes tanto como en los mejores momentos de la justicia formal estatal. Con el agregado de que la justicia indígena es propia, gratuita, conocida, accesible y ejercida directamente por los mismos usuarios.

Todas las formas de justicia pueden dar lugar a arbitrariedades y la práctica del derecho indígena no está exenta de ello. Sin embargo, el carácter local, dúctil y consensual de este derecho permite un margen de flexibilidad mayor. El hecho de que las partes que estén en desacuerdo con la decisión formen parte de la comunidad y estén familiarizadas con los procedimientos y las autoridades, permite que la decisión pueda ser más fácilmente dialogada, replanteada y pueda buscarse una solución que sea más satisfactoria para las partes del proceso.

Hay una razón de fondo que revelan estudios sobre el funcionamiento de la práctica de la justicia comunitaria y es que los indígenas, por lo general, no son arbitrarios, porque el número de personas que acceden a esta justicia y el espacio tienden a evitarlo. La evidencia de lo que resulta de una participación amplia y sin filtros es inocultable, de esta manera, es muy difícil actuar con arbitrariedad sobre lo que emerge, cuando ello está a la vista; al ser una justicia participativa y sin Estado (como aparato separado de lo comunal/social), si alguien ve lo que otros no, el que lo ve lo anuncia y esto es lo que marca y, finalmente, determina el camino hacia la solución.

Sin embargo, esto no siempre funciona así, algunas veces se impone, por temor reverencial o patriarcal, la voz de quien ostenta más autoridad y poder en detrimento de quien es percibido como débil. Es frente a este tipo de situaciones que la coordinación con el Estado permite a los indígenas, que también son ciudadanos con derechos, beneficiarse de una relación balanceada y mutuamente enriquecida entre la realidad local y las garantías del derecho moderno.

### Requisitos para el debido proceso ante la justicia formal

En el momento de acceder a la justicia formal estatal, la persona indígena requiere una protección especial para poder disfrutar de una defensa adecuada, por ejemplo, mediante la inclusión de intérpretes, traductores, peritos o abogados especializados.

#### *Derecho a la defensa técnica y traductor*

En desarrollo del artículo 8 de la CADH, el Código Procesal Penal de Guatemala (Decreto 51 de 1992) en su artículo 142 estipula:

Idioma: Los actos procesales serán cumplidos en español. Cuando una persona se exprese con dificultad en ese idioma, se le brindará la ayuda necesaria para que el acto se pueda desarrollar. La exposición de personas que ignoren el idioma oficial o a quienes se les permita hacer uso de su propio idioma, de un sordomudo que no sepa darse a entender por escrito y los documentos o grabaciones en lengua distintas o en otra forma de transmisión del conocimiento, solo tendrán efectos, una vez realizada su traducción o interpretación, según corresponda. Los actos procesales deberán también realizarse en idioma indígena y traducidos al español simultáneamente. En este caso, las actas y resoluciones se redactarán en ambos idiomas.

Otros ordenamientos nacionales no prevén una regulación tan específica, en cuyo caso será necesario recurrir a las normas constitucionales o los convenios internacionales que garantizan derechos procesales. En el contexto de una persona indígena que acceda a o se vea involucrada en un procedimiento ante la justicia estatal, estas garantías se traducen en la necesidad de proveerle un abogado que conozca y entienda la cosmovisión indígena o cuente con el asesoramiento de un perito especializado, a fin de garantizar el derecho a la defensa y, de esta manera, sea efectivo el acceso a la justicia.

Por otra parte, en la mayoría de las constituciones modernas latinoamericanas se han reconocido los idiomas indígenas como parte de los derechos constitucionalmente protegidos. Es decir, expresarse en su propio idioma, también ante las instancias estatales, es reconocido como un derecho fundamental de los indígenas.

Cuando en un proceso una de las partes es miembro de una comunidad indígena, el operador de justicia debe cerciorarse de que él entienda realmente los términos que se utilizan en la diligencia judicial. Además, lo que él o ella manifieste debe ser comprendido efectivamente por las autoridades judiciales.

Ahora bien, en el caso de los indígenas, el derecho al traductor es también una reivindicación que les permite hablar sus propias lenguas ante las entidades públicas de su país. En tal sentido, el hablante de la lengua indígena no necesita ser monolingüe para gozar del derecho de expresarse en su propio idioma ante los tribunales.

De acuerdo con lo anterior, el Estado está en la obligación de proveer a los indígenas una interpretación de calidad sobre los conceptos o las palabras que han de emplearse en las diligencias judiciales y en su propio idioma, para que los interesados puedan entender las jergas de los tribunales e interpretar en forma efectiva las ideas expuestas por los indígenas. La obligación del Estado no está eximida en caso de que los involucrados hablen español.

Es una práctica común omitir el uso de traductores para los indígenas que saben hablar, leer y escribir en español, pero es posible que no entiendan los términos legales utilizados en las diligencias judiciales, lo que los sitúa en una evidente desventaja a la hora de defender sus derechos. La persona que va a realizar la interpretación del idioma indígena debe ser alguien con formación profesional, que entienda bien los términos legales y sus equivalentes en el idioma del procesado, así como que esté familiarizada con el contexto cultural indígena, para que su interpretación sea efectiva y, de esta forma, se garantice un verdadero acceso a la justicia.

En relación con lo anterior, el artículo 12 del Convenio 169 establece: “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” (OIT 1989).

También la DNUDPI señala que las personas que administran justicia, llámense fiscales o jueces, deben tomar en cuenta dicha declaración cuando un indígena es involucrado en un proceso judicial. Así lo prescribe el artículo 13 numeral 2 de la DNUDPI:

Los Estados adoptarán medidas eficaces para asegurar la protección de ese derecho y también para asegurar que los pueblos indígenas puedan entender y hacerse entender en las actuaciones políticas, jurídicas y administrativas, proporcionando para ello, cuando sea necesario, servicios de interpretación u otros medios adecuados”. (Asamblea General de las Naciones Unidas 2007)

### *Sensibilidad intercultural en el procedimiento formal estatal*

Además de los aspectos lingüísticos, es necesario que la justicia formal tome en cuenta las características y especificidades culturales, lo que hace necesario el uso de periciales antropológicas o culturales, la recepción de documentales en idioma propio, el testimonio de ancianos u otras personas de la comunidad para comprender la normatividad interna, etc. En relación con este último aspecto, uno de los retos mayores es la cuestión de cómo compatibilizar el universalismo de estos principios del derecho con el desarrollo igualmente universal del reconocimiento de la diversidad étnica y cultural.

Las instituciones jurisdiccionales estatales, antes de emitir sus decisiones en casos donde estén involucrados indígenas, deben contar con suficientes elementos de juicio para tener claridad en el reconocimiento de las diferencias culturales y así poder interpretar la cosmovisión indígena, la cual ha de estar incluida en sus valoraciones axiológicas. Los tribunales estatales deben tomar en cuenta en sus fallos los elementos culturales, sociales, económicos y espirituales de los pueblos indígenas, incluyendo el hecho de pertenecer, en muchos casos, a un grupo social extremadamente pobre, marginado y discriminado, más aún cuando son privados de libertad en centros penitenciarios que no cuentan con secciones especiales para este tipo de reclusos.

Con el nuevo enfoque se reconoce que el Estado actual debe lidiar, no con sujetos abstractos, sino con personas con identidad étnica y cultural diferente, que los hace vivir y actuar de conformidad con éticas y valores que no son los de la sociedad hegemónica. Al respecto, la Corte colombiana dice:

El reconocimiento constitucional a la diversidad étnica y cultural responde a una nueva visión del Estado, en la que ya no se concibe a la persona humana como un individuo en abstracto, sino como un sujeto con características particulares, que reivindica para sí su propia conciencia étnica. Valores como la tolerancia y el respeto por lo diferente, se convierten en imperativos dentro de una sociedad que se fortalece en la diversidad, en el reconocimiento de que en su interior cada individuo es un sujeto único y singular, que puede hacer posible su propio proyecto de vida. (Corte Constitucional de Colombia 1997b)

### *La víctima indígena en la justicia formal estatal*

Las garantías judiciales aplican de igual manera, no solo a los victimarios, sino también a la víctima del delito. Cuando la persona afectada por un delito es un indígena o varios individuos miembros de una comunidad, las autoridades jurisdiccionales deben garantizar su derecho particular de acceso a la justicia, la verdad y la reparación (Orentlicher 2005), además de su participación activa en el proceso. En el derecho penal, la víctima del delito es el sujeto

que resulta afectado por la conducta de otro u otros. En muchos sistemas indígenas, los delitos son afectaciones que invaden esferas de parentesco y relaciones de proximidad que tienen capacidad de impactar el equilibrio y la cotidianidad de la colectividad misma, e incluso las relaciones con la naturaleza y el mundo espiritual.

En este sentido, la valoración de los daños y de las medidas de reparación en el contexto indígena trascienden las voluntades y satisfacciones individuales, y, sin que estas se reemplacen, sí se hace necesario que se acoja un espectro de interpretación y reflexión intercultural que busque comprender el mundo social y colectivo en el que se desarrollan los actos delictivos, así como los múltiples sentidos asignados a las experiencias “delictivas” y a aquellas prácticas que buscan enfrentarlas y resolverlas.

También en estos casos el peritaje antropológico es una medida eficaz de traducción y entendimiento para analizar, en una segunda instancia, el concepto de agravio, afectación y reparación que se maneja en el contexto cultural concreto. En los casos que tienen que ver con los recursos naturales, los derechos territoriales y el medio ambiente, los pueblos en forma colectiva suelen concebirse como afectados, ya que la relación intrínseca, holística y espiritual entre la naturaleza y el mundo indígena se ve afectada gravemente por proyectos y visiones de desarrollo que rompen el equilibrio de su cosmovisión.

De acuerdo con lo establecido en los pactos, declaraciones y convenciones internacionales que tratan sobre derechos de pueblos indígenas, las autoridades judiciales tienen que tomar en cuenta algunos elementos claves cuando el indígena o la comunidad es víctima de un delito (OIT 1989, Asamblea General de las Naciones Unidas 2007, Asamblea General de la Organización de los Estados Americanos 2016):

- Recibir tratamiento individual o colectivo con base en la cultura y espiritualidad indígena.
- Ser informado en forma clara y accesible en su idioma materno sobre el curso del proceso, tomando en cuenta los vínculos de la persona que solicita la información con el autor de los hechos investigados y la directamente agraviada.
- Permitir la intervención de sus abogados o sus equivalentes de acuerdo con la cultura y las autoridades tradicionales, sin formalidades como querellantes en el proceso.
- Si no cuenta con suficientes medios económicos, recibir patrocinio jurídico gratuito del Estado para coadyuvar con el Ministerio Público en el ejercicio de la acción penal y para obtener la reparación del daño derivado del delito.

- Tomar debidamente en cuenta las características culturales y sociales de las partes en el proceso y preferir, para personas indígenas, medidas alternativas al encarcelamiento. Para esto último, el juez podrá hacer uso de las periciales antropológicas, de los *amicus curiae* y coordinar con las autoridades indígenas respectivas lo relativo al procedimiento y la sanción.

## Las mujeres indígenas en la justicia formal estatal

Guillermo Padilla, Aresio Valiente y Ginna Rivera

La mujer indígena suele ser discriminada por múltiples factores: por su pobreza, por ser mujer y por su condición de indígena, lo que en términos teóricos las estudiosas feministas han conceptualizado como interseccionalidad, en referencia a lo que Kimberlé Crenshaw identificó como “la expresión de un sistema complejo de estructuras de opresión que son múltiples y simultáneas, con el fin de mostrar las diversas formas en que la raza y el género interactúan para dar forma a complejas discriminaciones de mujeres” (1989). Se refiere con ello a una estructura de imbricaciones sociales que tiene repercusiones específicas sobre la vida y la experiencia de las mujeres, y que, aplicadas al contexto de violencia sobre la mujer indígena, suponen “analizar las formas concretas y discursivas en las que las múltiples desigualdades se manifiestan” (Bueno-Hansen 2010).

En las culturas indígenas, generalmente patriarcales, predomina la decisión y la voluntad del hombre, cuyos intereses sociales, políticos y económicos suelen ser más valorados en el espacio público. Las mujeres se encuentran instrumentalizadas por las necesidades familiares y con frecuencia relegadas al plano doméstico. Estos factores influyen en el acceso a la justicia, ya que, tanto frente a la cultura externa como en el seno de sus propias culturas, las mujeres indígenas tienden a ser discriminadas, razón por la cual muchas de ellas, en distintas regiones y territorios locales, han trabajado organizadamente para reflexionar con sus autoridades y comunidades los modos y sentidos de la necesaria transformación de estas prácticas discriminatorias y opresoras sobre las mujeres.<sup>13</sup>

Sumadas la discriminación, las relaciones de poder a las que están sujetas y las violencias interseccionales, las mujeres indígenas tienen mayores dificultades para acceder a la justicia y a la educación y, cuando acceden, frente a la educación tienen menos probabilidades de terminar sus estudios que los hombres, además que les pagan menos por los trabajos que desempeñan y, en algunos casos, enfrentan obstáculos reales, incluso legales, para acceder a títulos de propiedad de la tierra (Saavedra 2018).

---

<sup>13</sup> Ejemplos de estas experiencias se analizan en Sieder (2017).



La ausencia de educación sexual y reproductiva las sitúa en un riesgo frecuente de resultar embarazadas a muy temprana edad, con lo cual las posibilidades de educarse, desempeñarse como lideresas o ampliar el espectro de posibilidades personales se ve notablemente reducido. Debido a la precariedad socioeconómica en que generalmente se encuentran, con frecuencia son cabezas de hogar y, a menudo, están a cargo del cuidado de ancianos y niños.

Las mujeres indígenas no solo sufren de manera desproporcionada el analfabetismo, sino que también son más monolingües que los hombres indígenas. En Ecuador, la encuesta de empleos del 2007 arrojó que el 33,4 % de las mujeres indígenas no podía leer y escribir, comparado con el 19,4 % de los hombres indígenas, y que un 4,4 % de las mujeres indígenas era monolingüe, comparado con el 2,1 % de los hombres indígenas. En 1989, un sorprendente 82 % de mujeres indígenas guatemaltecas, era analfabeta. En Bolivia, según cifras del 2001, del Instituto Nacional de Estadística, el 37,9 % de las mujeres de las áreas rurales eran analfabetas, comparadas con el 2,5 % de la población urbana masculina, y el 14,4 % de los hombres en áreas rurales. (Sieder y Sierra 2010)

Los hombres y las mujeres indígenas han sido históricamente víctimas de violencia ejercida por actores tanto estatales como no estatales. Esta violencia toma diferentes formas. Por una parte, la violencia cotidiana expresada en los costos, las distancias y la ausencia, en ocasiones casi total, de mecanismos oficiales que faciliten el acceso a servicios esenciales; tal es el caso de la ausencia de documentos de identificación, lo que les impide muchas veces acceder a servicios públicos; asimismo, la falta de traductores e intérpretes, lo que impide el acceso a la justicia y a los servicios del Estado en su propio idioma, algo que afecta, como ya vimos, con mayor rigor a las mujeres.

De igual manera, son víctimas de violencia y represión estatal cuando defienden derechos colectivos, amenazados por grandes proyectos de inversión en sus tierras y recursos naturales. Por otra parte, son víctimas del fuego cruzado en conflictos armados, crimen organizado y la militarización en sus territorios o cerca de ellos. Las mujeres enfrentan mayores dificultades para ejercer cargos de representación a niveles local, regional y nacional, y cuando lo logran son objeto de un escrutinio mayor tanto por parte de agentes externos como internos.

## IV. Esquema de los elementos materiales y del debido proceso<sup>1</sup>

Christian Steiner

---

<sup>1</sup> Agradecemos a Katharina Elisa Glenz por su valioso apoyo en la fase inicial del desarrollo del presente esquema, durante sus prácticas en el Programa Estado de Derecho para Latinoamérica de la Fundación Konrad Adenauer.

El esquema que se presenta a continuación recoge elementos para tomar en cuenta de acuerdo con diferentes ordenamientos jurídicos. El operador tendrá que discernir aquellos que aplican para su respectivo contexto.

Supuesto 1. La *jurisdicción indígena* es competente para resolver el conflicto

1. El **procedimiento** y el **derecho material aplicable** al caso se rige por los usos y las costumbres de la comunidad indígena competente para resolver el caso (**Argentina**: Convenio 169 OIT. **Bolivia**: art. 190 I CP. **Brasil**: Convenio 169 OIT. **Colombia**: art. 246 CP. **Ecuador**: art. 171. **Guatemala**: Convenio 169 OIT. **México**: art. 2 A II CP. **Panamá**: art. 48 CPP. **Perú**: art. 149 CP, art. 19 párr. 2 Decreto-Ley 22175, Convenio 169 OIT. **Venezuela**: art. 260 CP, arts. 130 y ss. Ley Orgánica de Pueblos y Comunidades Indígenas; Convenio 169 OIT, arts. 8, 9).

Para el caso de una revisión del procedimiento o la resolución tomada por la justicia indígena, pero también como orientación para las autoridades indígenas, el derecho estatal e internacional ha establecido, con mayor o menor grado de concreción, un margen de actuación; existe amplia jurisprudencia y doctrina al respecto.

2. Límites a la justicia propia. Compatibilidad con normas del Estado y derechos humanos internacionales (**Argentina**: Convenio 169 OIT. **Bolivia**: derechos según art. 190 II CP, arts. 5 y 6 Ley de Deslinde, unidad según art. 2 CP y 4 a Ley de Deslinde. **Brasil**: Convenio 169 OIT. **Colombia**: art. 246 CP, jurisprudencia CC. **Ecuador**: art. 171 CP, art. 344 a, b, e Código Orgánico de la Función Judicial. **Guatemala**: Convenio 169 OIT. **México**: art. 2 A II CP. **Panamá**: sujeción como órgano de administración de justicia, art. 205 CPP. **Perú**: art. 149 CP. **Venezuela**: arts. 130 y ss. Ley Orgánica de Pueblos y Comunidades Indígenas; Convenio 169 OIT, arts. 8, 9).

#### 2.1. Constitución política

2.1.1. Derechos fundamentales, especialmente mujeres y grupos vulnerables.

2.1.2. Unidad del Estado/función única de la justicia.

#### 2.2. Leyes del Estado: leyes jurisdiccionales, orden público

### 2.3. Derechos humanos (convenciones internacionales)

Mientras la justicia indígena se mantenga dentro de estos límites, no existe justificación para corregir o anular una resolución indígena por parte de la justicia estatal.

3. Resolución de conflictos entre derechos o principios. Para el caso de un conflicto entre derechos o principios colectivos e individuales desde las perspectivas del Estado y la comunidad indígena, respectivamente (por ejemplo, en el ámbito de las penas y sanciones) existen varias opiniones:

3.1. Opinión **liberal absoluta** (siempre priman los derechos fundamentales del individuo): derechos fundamentales son mínimos jurídicos universales para la convivencia.

3.2. Opiniones reconciliadoras: **interpretación intercultural** de los límites para determinar su alcance permitido y no anular la justicia indígena (**Argentina**: Convenio 169 OIT. **Bolivia**: derechos según art. 190 II CP, arts. 4, 5, 6 Ley de Deslinde; unidad según art. 2 CP y 4 a Ley de Deslinde. **Brasil**: Convenio 169 OIT. **Colombia**: art. 246 CP, jurisprudencia CC, art. 10 Decreto 1953/2014. **Ecuador**: art. 344 a, b, e Código Orgánico de la Función Judicial; art. 66 (1), (2), (3), (4), (5), (14) Ley Orgánica de Garantías Jurisdiccionales y Control Constitucional. **Guatemala**: Convenio 169 OIT. **México**: art. 2 A II CP, Convenio 169 OIT. **Panamá**: implícito en art. 205 CPP. **Perú**: Convenio 169 OIT. **Venezuela**: arts. 130 y ss. Ley Orgánica de Pueblos y Comunidades Indígenas; Convenio 169 OIT, arts. 8, 9).

¿Cómo conocer las particularidades culturales? Medios de **prueba** de particularidades culturales: **testimonios** de las propias autoridades y **peritaje antropológico**.

Se pueden distinguir dos corrientes en la jurisprudencia:

3.2.1. Opinión **liberal moderada** (garantizar supervivencia cultural de un pueblo indígena): **ponderación** entre garantía de un alto grado de autonomía para asegurar la supervivencia cultural/ reconocimiento de la diversidad étnica y cultural como un valor constitucional ↔ derechos individuales afectados.

Argumentos y pautas para la discusión:

- Libre determinación, autonomía como derecho fundamental colectivo.
- Grado de cohesión: a mayor cohesión y autocontrol → mayor autonomía, y viceversa.

- Orden público prima sobre las normas indígenas, siempre que protejan un valor constitucional de mayor peso que el principio de la diversidad étnica y la integridad del grupo indígena.
- Usos y costumbres indígenas priman sobre las normas dispositivas o secundarias del derecho nacional.
- Consideración de las especificidades de las sanciones indígenas (justicia restaurativa, reparación, equilibrio social, culpa y confesión).

3.2.2. Opinión pluralista (derecho del colectivo a ser diferente; solo acuerdo intercultural es vinculante, a saber: los “mínimos interculturales”):

- Derecho a la vida.
- Prohibición de esclavitud.
- Prohibición de la tortura.
- Debido proceso penal (véase infra).

4. **Normas del procedimiento.** Debido proceso según interpretación intercultural (**Bolivia:** art. 190 CP, art. 4 Ley de Deslinde. **Brasil:** Convenio 169 OIT. **Colombia:** art. 246 CP, art. 10 Decreto 1953/2014, jurisprudencia CC. **Ecuador:** art. 66 (1), (2), (3) y, especialmente, (4) y (5) Ley Orgánica de Garantías Jurisdiccionales y Control Constitucional. **México:** art. 2 A II CP, Convenio 169 OIT. **Panamá:** arts. 48, 205 CPP. **Perú:** art. 149 CP, art. 19 pár. 2 Decreto-Ley 22175, Convenio 169 OIT. **Venezuela:** art. 260 CP, arts. 130 y ss. Ley Orgánica de Pueblos y Comunidades Indígenas; Convenio 169 OIT, arts. 8, 9; CADH, arts. 8 y 25; jurisprudencia Corte IDH).

Existen pocas normas específicas sobre el debido proceso aplicables a los procedimientos ante autoridades indígenas. A partir de una interpretación intercultural y orientaciones jurisprudenciales, se podrían deducir los siguientes **mínimos comunes interculturales:**


- 4.1. Legitimidad, representatividad e imparcialidad de la autoridad juzgadora.
- 4.2. Procedimiento previsible claro y transparente.
- 4.3. Procedimiento justo: ser oído, pedir pruebas, presentar testigos.
- 4.4. Uso del propio idioma.
- 4.5. Presunción de inocencia.
- 4.6. *Nemo tenetur* (no tener que declarar contra sí mismo ni confesarse culpable).
- 4.7. Segunda instancia.

Supuesto 2. La *justicia estatal* es competente para resolver el asunto con implicación de una *persona indígena*

1. El **procedimiento** y el **derecho material aplicable** al caso se rigen por el **derecho estatal** (implícito en la designación de los usos y las costumbres como derecho material aplicable cuando sea competente la justicia indígena → en todos los demás casos aplica el derecho estatal).
2. Principios que rigen la **aplicación intercultural** del derecho estatal.
  - 2.1. Consideración del contexto cultural a través de **peritaje antropológico**.
  - 2.2. A falta de regulación especial, se fundamenta en principios generales de pluralismo cultural, pluralismo jurídico, interpretación intercultural contenidos en las CP, y el Convenio 169 de la OIT.
  - 2.3. Normas especiales: **Bolivia**: art. 4 de Ley de Deslinde. **Colombia**: jurisprudencia CC. **Ecuador**: art. 344 (a), (b), (e) Código Orgánico de la Función Judicial. **Venezuela**: arts. 130 y ss. Ley Orgánica de Pueblos y Comunidades Indígenas; Convenio 169 OIT, para casos penales arts. 9 II, 10.
3. Garantías del **debido proceso específicas para partes indígenas** según interpretación **intercultural** (**Bolivia**: art. 190 CP, art. 4 Ley de Deslinde. **Brasil**: arts. 8, 9, 12 Convenio 169 OIT. **Colombia**: art. 246 CP, art. 10 Decreto 1953/2014, jurisprudencia CC. **Ecuador**: art. 66 (1), (2), (3) y, especialmente, (4) y (5) Ley Orgánica de Garantías Jurisdiccionales y Control Constitucional. **Guatemala**: art. 142 CPP (Decreto 51 de 1992). **México**: art. 2 A II CP, arts. 8, 9, 12 Convenio 169 OIT. **Panamá**: arts. 48, 205 CPP. **Perú**: art. 149 CP, art. 19 pár. 2 Decreto-Ley 22175, arts. 8, 9, 12 Convenio 169 OIT. **Venezuela**: art. 260 CP, arts. 130 y ss. Ley Orgánica de Pueblos y Comunidades Indígenas; Convenio 169 OIT, arts. 8, 9, 12; CADH, arts. 8 y 25; jurisprudencia Corte IDH; DNUDPI, art. 13, núm. 2).

Aparte de las garantías generales aplicables a toda parte en un juicio, en el caso de una persona indígena se exigen garantías complementarias:

- 3.1. Defensa en el propio idioma (interpretación y traducción) y asistencia letrada.
- 3.2. Interpretación intercultural de las normas procesales.
- 3.3. Requisitos especiales cuando se trate de víctima indígena.
- 3.4. Requisitos especiales cuando se trate de mujer indígena.
- 3.5. Resolución de conflictos entre derechos o principios (véase esquema supra, punto 3 del supuesto 1).



**V.**  
**Aplicación a los casos**

## Disputa entre cosmovisiones

### Supuesto

En una comunidad indígena se suscita un conflicto porque algunos de sus miembros están desarrollando proselitismo religioso evangélico dentro del territorio. En un principio, la autoridad tradicional prohíbe el ejercicio de la religión; sin embargo, el grupo evangélico (conformado exclusivamente por indígenas de la comunidad), haciendo caso omiso de la decisión, continúa con su práctica y procede a la construcción de un templo. Ante este hecho, las autoridades comunitarias deciden expulsar al grupo religioso. El sector afectado por la oposición de las autoridades demanda ante un juez que se garantice el ejercicio de la libertad de culto. Por su parte, las autoridades tradicionales alegan que los actos realizados por el sector evangélico amenazan la conservación de su diversidad cultural.

### Preguntas

- \* En razón de los actores, ¿qué tipo de juez es competente para resolver el conflicto?
- \* ¿Cómo podría determinarse el riesgo alegado por las autoridades tradicionales en el sentido de la amenaza que involucra, para la preservación cultural, el que se construya un templo, se haga proselitismo religioso y se practique abiertamente el culto evangélico dentro del territorio indígena?
- \* De concluirse que existe un riesgo para la preservación cultural de la comunidad, determine si existe una tensión en torno a la vigencia de los derechos.
- \* En su caso, ¿cómo resolvería la contradicción entre el principio de la protección a la diversidad étnico-cultural y la autonomía indígena y el derecho a la libertad de culto?



## Resolución del caso

En la resolución del presente caso, como con los demás casos, responderemos a las preguntas sobre la base de los esquemas que sintetizan los elementos formales y materiales elaborados en este Manual. Estos recogen, de manera sistemática, todos o prácticamente todos los aspectos para tener en cuenta al abordar un problema en la órbita del pluralismo jurídico.<sup>1</sup> En la práctica, no será necesario discutir cada uno de los puntos de los esquemas, sobre todo cuando no existe litigio entre las partes sobre cualquiera de ellos. Sin embargo, para transmitir mejor el método de resolución sistemática de un caso que se propone en este libro, nos permitiremos ser algo más explícitos de lo que en un litigio real tal vez haría falta serlo.

## Pregunta

\* En razón de los actores, ¿qué tipo de juez es competente para resolver el conflicto?

La pregunta por el juez competente es un aspecto formal: ¿qué autoridad está facultada para resolver sobre el asunto en cuestión? Cuando en casos “normales” la competencia del órgano encargado se desprende de la legislación estatal en función de la ubicación, la naturaleza del litigio (p. ej., civil, penal, comercial) y la jerarquía (p. ej., en función de la cuantía o de la gravedad del delito), en casos que involucran individuos o comunidades indígenas, entramos en un ámbito parecido al del derecho internacional privado que determina el derecho aplicable y el juez competente en asuntos que tengan un nexo con dos o más Estados.

### *Reconocimiento del pluralismo jurídico*

Por consiguiente, la primera duda por resolver es si en el Estado en cuestión se reconoce o no el pluralismo jurídico o, en palabras de la Corte Constitucional de Colombia, el “derecho del colectivo a ser diferente” también a efectos de las normas que regulan las relaciones sociales en comunidades indígenas. Esta cuestión es el punto de partida de todo, porque si no hay reconocimiento del pluralismo jurídico en un Estado, sea por normativa interna, sea por normas del derecho internacional que vinculan al Estado en cuestión, entonces

---

<sup>1</sup> Agradecemos a los usuarios cualquier sugerencia si consideran que algún aspecto no viene (debidamente) reflejado en los esquemas o el desarrollo teórico del Manual para que lo podamos incluir en una futura edición.

resultaría sumamente complicado argumentar jurídicamente la competencia de una autoridad indígena para resolver un litigio. Nos encontraríamos, más bien, ante reivindicaciones políticas dirigidas a enmendar la normativa con el fin de reconocer el “derecho del colectivo a ser diferente”. No todos los Estados latinoamericanos reconocen en su derecho interno la existencia del pluralismo jurídico, por lo que en algunos casos es preciso el recurso al derecho internacional:

---

ARGENTINA: no se reconoce expresamente; Convenio 169 OIT. BOLIVIA: artículos 30 II inciso 14, 178 I, 179, 190 y ss. CP. BRASIL: Convenio 169 OIT. COLOMBIA: arts. 1, 7, 246, 329, 330 CP; Decreto 1953 de 7/10/2014, 11 Ley 1653 de 15/7/2013, Convenio 169 OIT, jurisprudencia CC. ECUADOR: arts. 57 núm. 10, 76 (i), 171 CP, 17 Código Orgánico de la Función Judicial. GUATEMALA: Convenio 169 OIT. MÉXICO: art. 2 A II CP, Convenio 169 OIT. PANAMÁ: leyes comarcales, art. 30, núm. 10 Código Procesal Penal; PERÚ: arts. 89, 149 CP. VENEZUELA: arts. 260 CP, Ley Orgánica de Pueblos y Comunidades Indígenas; Convenio 169 OIT, arts. 8-10; DNU DPI, arts. 5, 34.

---

En el caso presente, no tenemos datos sobre si en el Estado donde se desarrolla el litigio se reconoce o no el pluralismo jurídico. Si no fuera el caso, el juez competente sería, *de lege lata*, el juez estatal. Si, en cambio, se reconoce la existencia de un pluralismo jurídico en el país, debemos revisar los siguientes puntos.

*Comunidad indígena/étnica o individuo perteneciente a tal comunidad*

Es obvio que solamente cabe duda con relación al juez competente, si una de las dos partes es reconocida como comunidad indígena/étnica o un individuo perteneciente a tal comunidad. Esta prueba tiene un elemento objetivo, es decir, si cabe la *calificación*, según criterios objetivos, como comunidad indígena o étnica, por un lado, y, por el otro, si la comunidad o el individuo en cuestión también tienen la *conciencia* de tener la identidad correspondiente (elemento subjetivo). Si el colectivo no fuera reconocido por el derecho interno o internacional como una comunidad indígena o étnica (p. ej., un movimiento político cualquiera, o una asociación integrada por indígenas, pero de una multitud de comunidades diferentes y por tanto, no reconocible como colectivo propio indígena), no se podrían identificar ni derecho propio ni autoridades propias. Este elemento viene regulado en pocas normativas nacionales, por lo que suelen aplicarse los artículos 1 y 2 del Convenio 169 de la OIT:

---

ARGENTINA: arts. 1 y 2 Convenio 169 OIT. BOLIVIA: art. 30 CP. BRASIL: arts. 1 y 2 Convenio 169 OIT. COLOMBIA: jurisprudencia TC. ECUADOR: arts. 1 y 2 Convenio 169 OIT. GUATEMALA: arts. 1 y 2 Convenio 169 OIT. MÉXICO: art. 2 A II CP, arts. 1 y 2 Convenio 169 OIT. PANAMÁ: art. 1.1 Convenio 107 OIT. PERÚ: arts. 1 y 2 Convenio 169 OIT. VENEZUELA: Convenio 169 OIT, arts. 1 y 2.

---

En el presente caso, no se mencionan dudas sobre la existencia, el reconocimiento objetivo ni la conciencia de la comunidad indígena, por lo que podemos presumir que la parte indígena es reconocida como tal.

#### *Existencia de autoridades propias*

No todas las comunidades indígenas tienen necesariamente autoridades propias con capacidad de resolver todos los conflictos internos. Por ello, la Corte Constitucional de Colombia ha observado que solo puede haber competencia indígena para resolver sobre un litigio, si las autoridades propias que podrían decidir tales casos existen y si efectivamente asumen esta responsabilidad en un caso de la índole en cuestión. De hecho, existen diferentes ámbitos en los que las autoridades indígenas activas en determinados temas prefieren remitir algunos casos a la justicia estatal. En un caso así, no tendría sentido suponer la competencia del juez indígena y habría que establecer, más bien, la competencia del juez estatal.

En el caso que estamos analizando podemos suponer que la comunidad tiene autoridades propias que resuelven litigios que le conciernen.

#### *Marco normativo propio*

Esta cuestión, una vez más discutida por la Corte Constitucional colombiana, en realidad está estrechamente ligada con el elemento anterior de la existencia de autoridades propias. Puede existir una comunidad indígena con autoridades propias que resuelven algunos temas, pero que en relación con otros asuntos no disponen de usos y costumbres, simplemente porque no suelen surgir litigios al respecto. Sería poco conducente otorgar la competencia para resolver un litigio a una autoridad indígena que, a falta de un marco normativo propio sobre el asunto en cuestión, tendría que aplicar el derecho estatal.

Del caso se desprende que la comunidad se guía por sus propias concepciones y prácticas de justicia según las cuales no quieren permitir el proselitismo de un grupo evangélico dentro del territorio indígena. No es, por tanto, un asunto que se rige exclusivamente por el marco jurídico del Estado.

### *Jurisdicción*

Establecidos los elementos anteriores, llegaríamos a discutir la jurisdicción competente. Es un aspecto sobre el que sí existe normativa interna de naturaleza muy variada, aparte de las reglas contenidas en los artículos 8 y 9 del Convenio 169 de la OIT. Los factores de vinculación o ámbitos de vigencia son a veces alternativos, otras veces acumulativos según el país:

---

**BOLIVIA:** acumulativo, art. 8 Ley de Deslinde. **BRASIL:** Convenio 169 OIT. **COLOMBIA:** jurisprudencia CC. **GUATEMALA:** Convenio 169 OIT. **MÉXICO:** art. 2 A II CP, Convenio 169 OIT; normativa especial de los Estados. **PANAMÁ:** leyes comarcales, art. 49 Código Procesal Penal. **PERÚ:** art. 19 párr. 1 Decreto-Ley 22175 de 9-5-1978, Convenio 169 OIT. **VENEZUELA:** arts. 260 CP, Ley Orgánica de Pueblos y Comunidades Indígenas; Convenio 169 OIT, arts. 8 y 9.

---

Como factores expresos de vinculación existentes, es decir, circunstancias que dan origen a la jurisdicción indígena se encuentran los siguientes:

### *Territorialidad*

Los hechos ocurren en territorio de la comunidad indígena o fuera de ella, pero se trata de cuestiones relacionadas con asuntos locales:

---

**BOLIVIA:** art. 11 Ley de Deslinde. **ECUADOR:** art. 171 CP. **MÉXICO:** Oaxaca, art. 39 a) Ley de Derechos de los Pueblos y Comunidades Indígenas del Estado de Oaxaca; DNUDPI, arts. 4, 5, 34.

---

### *Criterio personal*

Al menos una de las partes del litigio es miembro del pueblo o de la comunidad indígena que invoca su jurisdicción:

---

**BOLIVIA:** art. 9 Ley de Deslinde.

---

### *Criterio material*

El asunto es atribuido a la jurisdicción indígena o relacionado con asuntos internos, que histórica o tradicionalmente resolvía, y no expresamente excluido de ella:

---

**BOLIVIA:** art. 10 Ley de Deslinde. **MÉXICO:** regulación especial para Oaxaca; DNUDPI, arts. 4, 5, 34. **BOLIVIA:** algunas materias quedan expresamente excluidas de la jurisdicción indígena (art. 10 II Ley de Deslinde).

---

¿Las exclusiones/limitaciones son compatibles con normas superiores o con el principio de pluralismo jurídico?

Un problema frecuentemente discutido es la compatibilidad de tales exclusiones o limitaciones (legales) con los enunciados constitucionales o convencionales que reconocen el pluralismo jurídico. En otras palabras: ¿el legislador ha observado los mandatos constitucionales sobre el pluralismo jurídico al concretar procedimientos, competencias y materias con el fin de “deslindar” lo que corresponde a cada jurisdicción?

Se trata de uno de los temas más complejos porque en él se concentra todo el debate sobre el relativismo cultural: ¿hasta dónde llega el derecho a ser diferente? ¿Existen valores universales? ¿El catálogo de derechos humanos reconocido en convenciones regionales e internacionales (habitualmente liberales-individualistas) aplica también a los integrantes de pueblos indígenas, incluso cuando puede resultar incompatible con cosmovisiones que sobreponen el colectivo sobre el individuo? ¿Cuál es la relación y, en su caso, la jerarquía entre derechos colectivos considerados esenciales para la supervivencia cultural de un pueblo, frente a los derechos del indígena como individuo en un Estado constitucional?

En un litigio concreto, en el que la autoridad indígena o el Estado estuviera convencido de que la delimitación legal de las competencias no cumple con la Constitución o las reglas convencionales, podría, según la configuración procedimental de cada Estado, 1) exigir una interpretación conforme (con las normas superiores), 2) cuestionar la proporcionalidad de la limitación o 3) encauzar un control concreto (incidental) de la constitucionalidad o convencionalidad de la delimitación legal.

El juez llamado a dirimir sobre estas cuestiones (probablemente un juez de amparo o tutela, un juez constitucional o, en el caso del control difuso, cualquier juez ocupado en el asunto) tendría que ponderar entre diferentes aspectos como:

- libre determinación
- autonomía
- pluralidad cultural
- supervivencia cultural
- derechos colectivos
- “función única de la justicia” (Bolivia)
- “nación única e indivisible” (Bolivia)
- igualdad ante la ley
- núcleo esencial de los derechos humanos
- derechos individuales

Existe una tendencia a sustraer asuntos calificados como “graves” de la jurisdicción indígena. Pero cabe preguntarse si la gravedad es un criterio adecuado al tratarse de un concepto relativo. Lo que puede ser considerado grave en un contexto cultural, en el otro podría ser accidental.

Así, el consumo y comercio de determinadas plantas o sustancias puede ser considerado una tradición social y legalmente aceptada en una cultura, pero un hecho punible en otra. El castigo corporal es uso y costumbre, y considerado medio adecuado para restablecer el equilibrio en un pueblo, mientras en la cultura occidental se asocia con tortura. La prisión (incluso en condiciones inhumanas) es aceptada o tolerada en el sistema penal de muchos Estados, pero prácticamente inexistente en comunidades indígenas. La homosexualidad es aceptada en un contexto y punible en otro, igual que la poligamia o el aborto. El voto y la igualdad de la mujer se considera esencial (después de contiendas sociales centenarias) en algunos Estados, pero es considerado problemático para la organización social en otros. Este catálogo se podría continuar casi al infinito con perspectiva histórica y en la actualidad, porque en un mundo diverso resulta difícil encontrar consensos sobre lo “natural”, “lo moral” o lo “normal”, creencias religiosas e ideológicas, y menos en asuntos de organización social y política.

No obstante, en este difícil debate sobre la relatividad de los valores humanos, conviene no olvidar dos ideas: primero, ninguna cultura está condenada a la inmutabilidad ni tiene un derecho inalienable a conservar determinadas reglas, sobre todo cuando estas se imponen de manera autocrática o incluso violenta sobre algunos integrantes de una comunidad que discrepan de dichas reglas. Cabe notar que la prevalencia de derechos colectivos o de los intereses de la comunidad sobre los intereses del individuo, no es una idea exclusiva de los pueblos indígenas. El “interés común” es un concepto de gran relevancia, también en el derecho estatal donde se le asigna un peso diferente según el corte ideológico del sistema político (más o menos autocrático, comunista, liberal, individualista) o incluso según las coyunturas político-constitucionales. En definitiva, tanto en comunidades étnicas como en Estados modernos se puede observar una ponderación entre los intereses del individuo y los intereses del colectivo (la ciudad, la región, la sociedad en general, el Estado, la asociación etc.).

En segundo lugar, conviene reconocer especialmente desde el pedestal de las culturas occidentales, a veces muy impacientes con el “progreso” en materia de derechos en *otras* culturas, que en la *propia* cultura (occidental) los desarrollos considerados “irrevocables” y “derivados indiscutiblemente de la dignidad humana” suelen haber tardado siglos, con conflictos y hasta guerras religiosas o civiles de por medio, hasta formar parte del “canon de derechos universales”.

A cualquier cultura le cuesta dejar tradiciones y costumbres atrás, sobre todo cuando estas se han relacionado estrechamente con convicciones

profundas de índole “natural”, cultural o religioso. Por ello, las transformaciones culturales requieren paciencia y tienen que surgir o, al menos, ser promovidas (también) por actores propios, para que reciban el apoyo de una creciente parte de la comunidad en cuestión y se establezcan de manera orgánica y sostenible. Como nos demuestran recientes desarrollos y acontecimientos en regiones y Estados que reclaman representar la cuna de los derechos humanos, la democracia y el Estado de derecho, la evolución en estas materias no es lineal ni siempre progresiva (sin entrar en la definición del destino último de tal progreso), sino accidentada, con avances y retrocesos, y nunca fruto de un sustrato cultural homogéneo. Más bien, uno podría considerar que “excesos” en el progreso (reformas sin un fundamento de apoyo suficientemente amplio en la población afectada) se ven retados tarde o temprano por contraexcesos.

Con este trasfondo, resulta oportuno recurrir a un principio que debe, en nuestra opinión, inspirar la decisión sobre la asignación de la competencia material para resolver un litigio, a saber: la función conciliatoria de la justicia porque, en definitiva, la cuestión es hacer justicia: resolver un conflicto de manera pacífica y duradera. Esto es o debería ser el objetivo de cualquier sistema de justicia, sea estatal o indígena. Por tanto, la competencia debe corresponder a aquella autoridad que dé más garantía en el caso concreto para hacer justicia en el interés tanto de los individuos como del colectivo o de los colectivos afectados y el Estado en su conjunto.

Cuando se trate, sin embargo, como en el presente caso, de una situación en la que chocan dos sistemas jurídicos, el del Estado y el indígena, al invocar ambas partes fuentes diferentes de derecho (la comunidad indígena sus usos y costumbres, mientras que el grupo indígena evangélico la libertad religiosa consagrada en la Constitución del Estado), para una solución adecuada convendría acudir a una instancia superior respetada por los representantes de ambos sistemas jurídicos.

Algunos Estados, como el colombiano, ya están previendo órganos de apelación mixtos, es decir, integrados por representantes de la justicia del Estado y de las autoridades indígenas, para así obtener un mayor nivel de aceptación entre las partes del caso y las comunidades en general. Otro ejemplo de esta índole es el Tribunal Constitucional Plurinacional boliviano.

De lo contrario, se corre el peligro del llamado *forum shopping* (foro de conveniencia). Cuando una parte elige el foro que más le conviene a pesar de estar, en realidad, sujeto a otro foro, puede conducir al debilitamiento del sistema de justicia evadido, normalmente el indígena.

Una adecuada coordinación con buena fe puede prevenir conflictos jurisdiccionales. En tal proceso de coordinación es importante valorar la

contribución que hace la justicia indígena al sistema integral de la justicia en un Estado. Las diferentes jurisdicciones deberían considerarse como aliadas de un sistema jurídico pluralista, corresponsables de una justicia integral.

No todos los Estados prevén mecanismos formalizados de coordinación y cooperación. En su art. 8 II 2, el Convenio 169 de la OIT remite a los procedimientos nacionales:

---

**BOLIVIA:** art. 13-17 Ley de Deslinde. **COLOMBIA:** prácticas de coordinación y estándares de la Corte Constitucional: relaciones de reciprocidad y cooperación para aprehensión preventiva y pruebas, intercambio de información, apoyo en medidas coercitivas, evaluaciones, peritajes, acato a decisiones judiciales indígenas. **PANAMÁ:** arts. 236, 322 Código Procesal Penal, práctica judicial. **PERÚ:** Ley de Justicia de Paz, Ley de Rondas Campesinas, política judicial de diálogo. **VENEZUELA:** arts. 260 CP, Ley Orgánica de Pueblos y Comunidades Indígenas; Convenio 169 OIT, art. 8 II 2: remisión a procedimientos nacionales.

---

Si llegase a haber un conflicto entre jurisdicciones es necesario recurrir a las normas que regulan la resolución de tales conflictos. Pocos Estados tienen una regulación concreta al respecto:

---

**BOLIVIA:** art. 12 inciso 11 CP, con art. 28 I.10 Ley del TC; arts. 100 a 102 Código Procesal Constitucional (CPC). **COLOMBIA:** arts. 256, núm. 6 CP y 112 núm. 2 Ley 270 de 1996. **ECUADOR:** arts. 171 CP, 344 Código Orgánico de la Función Judicial. **GUATEMALA:** sin reglar. **MÉXICO:** sin reglar. **PANAMÁ:** art. 41 núm. 10 Código Procesal Penal. **PERÚ:** sin reglar. **VENEZUELA:** arts. 260 CP, Ley Orgánica de Pueblos y Comunidades Indígenas; Convenio 169 OIT, arts. 8 y 9.

---

Las soluciones ofrecidas varían según el fallo indígena sea revisable o no por la jurisdicción estatal o, por el contrario, tenga que considerarse cosa juzgada:

---

**BRASIL:** Convenio 169 OIT. **COLOMBIA:** jurisprudencia y práctica CC. **ECUADOR:** art. 171 CP. en términos generales Convenio 169 OIT. **GUATEMALA:** Convenio 169 OIT. **MÉXICO:** sin reglar, salvo Oaxaca. **PANAMÁ:** no regulado y no existe jurisprudencia aún. **PERÚ:** Convenio 169 OIT. **VENEZUELA:** arts. 260 CP, Ley Orgánica de Pueblos y Comunidades Indígenas; Convenio 169 OIT; sujeción a leyes y derechos humanos, arts. 8-10; DNU DPI, sujeción a leyes y derechos humanos, art. 34.

---



La normativa en Bolivia, Ecuador y Perú expresamente prevé limitaciones a la revisión de un fallo indígena por otras jurisdicciones:

---

**BOLIVIA:** arts. 12 CP: cumplimiento obligatorio, no revisable por otras jurisdicciones. **ECUADOR:** jueces de paz, no, arts. 189 CP, 253 Código Orgánico de la Función Judicial. **PERÚ:** art. 19 pár. 1 Decreto-Ley 22175 de 9/5/1978.

---

Solo la normativa boliviana prevé un control de constitucionalidad concreto *previo* mediante consulta al TC (arts. 32 Ley del TC, 128 a 132 CPC). Lo habitual es un control de constitucionalidad/convencionalidad *posterior* de resoluciones de la jurisdicción indígena, basándose en argumentos como la soberanía y unidad del Estado, y los derechos humanos:

---

**BOLIVIA:** art. 12 inciso 11 CP, con art. 28 I.10 Ley del TC; arts. 100 a 102 CPC; autoridades actúan como autoridad pública y como tal están sujetos a la jurisdicción constitucional del TC; arts. 30 II 5, 51 y ss., 290 II CP. **BRASIL:** Convenio 169 OIT. **ECUADOR:** arts. 171 CP, 343 Código Orgánico de la Función Judicial, 65 y 66 Ley Orgánica de Garantías Jurisdiccionales y Control Constitucional, Convenio 169 OIT. **GUATEMALA:** Convenio 169 OIT. **MÉXICO:** art. 2 A II CP.

---

En el caso “Disputa sobre cosmovisiones”, los hechos presentados en relación con la jurisdicción son escuetos. Se relata que el grupo evangélico se dirige a “un juez” para impugnar la orden de expulsión. No se dan mayores detalles sobre la naturaleza de la orden, ni sobre la existencia o no de una instancia superior indígena que pueda revisar la orden cuestionada. Por ello, y debido a que habitualmente no existe diferenciación entre un procedimiento administrativo y uno contencioso en la jurisdicción indígena, ni tampoco las autoridades indígenas suelen proveer instancias judiciales superiores para revisar resoluciones, hay algunas excepciones en Colombia donde algunos pueblos indígenas han constituido tribunales superiores para cumplir con el derecho a la doble instancia, dentro de la jurisdicción especial indígena. De no ser así, podemos suponer que el juez invocado es un juez estatal.

Dependiendo de la regulación interna del Estado donde se desarrolla el caso, sería entonces necesario comprobar si se trata de un ámbito en el que las autoridades indígenas pueden tomar decisiones definitivas con fuerza de cosa juzgada o si se trata más bien de un asunto revisable por la justicia del Estado, o incluso uno que corresponde exclusivamente al Estado.

El presente caso se trata de un litigio de índole constitucional, al verse enfrentados el derecho colectivo de la comunidad indígena a su conservación espiritual y cultural, con la libertad religiosa alegada por el grupo evangélico. Tales litigios se determinan ante jueces de tutela/amparo especializados en algunos países, mientras que, en otros, con control difuso, se resuelven por un juez cualquiera competente territorialmente. También existe la configuración del control concentrado en un tribunal constitucional, sea tras agotar los recursos ordinarios, sea directamente, a veces como instancia de revisión discrecional de las decisiones tomadas por el juez de tutela/amparo.

En respuesta a la primera pregunta del caso, sería, por tanto, un juez con competencia para resolver cuestiones de índole constitucional o derechos fundamentales. En la mayoría de las jurisdicciones sería un juez del Estado, tal vez un tribunal compuesto por jueces del Estado y de proveniencia indígena.

## Pregunta

\* ¿Cómo podría determinarse el riesgo alegado por las autoridades tradicionales en el sentido de la amenaza que involucra para la preservación cultural el que se construya un templo, se haga proselitismo religioso y se practique abiertamente el culto evangélico dentro del territorio indígena?

Suponiendo que el presente litigio sea resuelto por un juez o tribunal constitucional del Estado (supuesto 2 del esquema de los elementos material y del debido proceso), este aplicaría el procedimiento y el derecho material determinados por el derecho estatal. Esta aplicación debe guiarse, sin embargo, por criterios interculturales. Se trata de una aplicación modulada que pretende responder al hecho de que las normas del Estado parten de un consenso cultural sobre principios y valores que no necesariamente son compartidos en su integralidad por la persona o el colectivo indígena que es parte del procedimiento.

A falta de una regulación especial, tal aplicación intercultural se fundamenta en principios generales de pluralismo cultural y jurídico, y en la interpretación intercultural contenidos en las constituciones políticas de los Estados y el Convenio 169 de la OIT. Algunos marcos jurídicos contienen normas especiales o jurisprudencia para orientar al juzgador:

---

**BOLIVIA:** art. 4 Ley de Deslinde. **COLOMBIA:** jurisprudencia CC.  
**ECUADOR:** art. 344 (a), (b), (e) Código Orgánico de la Función Judicial.

Salvo que se trate de un juez o tribunal muy experimentado y especializado en litigios interculturales, lo oportuno y necesario es que se recaben mayores datos sobre el alcance de la amenaza cultural alegada mediante un peritaje antropológico.

## Pregunta

\* De concluirse que existe un riesgo para la preservación cultural de la comunidad, determine si existe una tensión en torno a la vigencia de los derechos.

La orden de expulsión dictada por las autoridades de la comunidad indígena supone, entre otras, una limitación al derecho de culto del grupo evangélico. Con la expulsión, el grupo ya no puede ejercer su religión, ni en privado ni en público, dentro de la comunidad. La orden implica también una prohibición absoluta de evangelizar dentro de esta. En cuanto concierne al territorio de la comunidad indígena, al grupo evangélico se le deniega por completo su libertad de culto.

Las autoridades argumentan que esta medida es necesaria para proteger su integridad cultural como condición para su supervivencia como cultura diferente a la dominante en el país. La medida tiene, por ende, por objetivo proteger un derecho colectivo fundamental de la comunidad.

Partiendo de la base, corroborada por un peritaje antropológico, de que el proselitismo continuado por parte del grupo evangélico supondría un riesgo elevado para la supervivencia cultural de la comunidad, nos encontraríamos ante un conflicto entre derechos: de un lado, la integridad cultural de la comunidad indígena como derecho colectivo, que incluye el derecho a ser y continuar siendo diferente culturalmente (es importante citar aquí las normas del derecho nacional, de convenios internacionales, así como la jurisprudencia pertinente); del otro lado, la libertad religiosa del grupo evangélico, que incluye el derecho no solo a adherirse y practicar una religión, sino también a difundir una cosmovisión.

El ejercicio ilimitado de la libertad religiosa pondría en peligro la supervivencia cultural del pueblo indígena. La protección de su integridad cultural parece demandar una limitación de la libertad religiosa del grupo evangélico y, a su vez, de cada uno de sus individuos. Por consiguiente, estamos ante una

tensión entre ambos derechos a nivel colectivo e individual. Una forma de resolver esta tensión es ponderando ambos derechos de manera que las autoridades indígenas permitan la práctica de la creencia religiosa en la privacidad de los hogares de los evangélicos, limitando el proselitismo y la construcción de templos, que no podría realizarse dentro del territorio indígena, para lo cual las autoridades indígenas estarían legitimadas en cuanto ejercen la libre determinación en la administración de sus territorios. La libertad de culto no estaría siendo vulnerada, en cuando los evangélicos pueden practicar sus creencias en privado y si desean construir templos y hacer proselitismo, tendrían que hacerlo fuera del territorio colectivo del pueblo indígena.

## Pregunta

\* En su caso, ¿cómo resolvería la contradicción entre el principio de la protección de la diversidad étnico-cultural, y la autonomía indígena y el derecho a la libertad de culto?

Considerando la expulsión como una orden soberana de la comunidad (equiparable a un acto de la administración pública del Estado o una sentencia judicial), es preciso estudiar si la limitación al derecho de culto que implica la orden es justificada. Podemos dejar a un lado los aspectos de la validez formal de la orden (para cuyo examen no tenemos datos) y concentrarnos en su validez material, es decir, su compatibilidad con la constitución y los derechos allí garantizados.

El aspecto fundamental del caso es, en efecto, si las razones aducidas por las autoridades de la comunidad justifican la limitación de la libertad de culto del grupo evangélico. Una manera legítima, desde la perspectiva constitucional, de limitar un derecho fundamental es, efectivamente, la protección de un derecho que hace necesaria la limitación de otro de jerarquía equivalente. Nos encontramos, en estos casos, ante un conflicto entre derechos. Tal conflicto no se resuelve de manera esquemática.

Para resolver un conflicto entre derechos o principios colectivos e individuales existen diferentes opiniones desarrolladas por la jurisprudencia y academia durante las últimas décadas. Según la opinión que podríamos llamar liberal absoluta, siempre priman los derechos fundamentales del individuo frente a intereses o derechos de un colectivo. De acuerdo con esta opinión, los derechos fundamentales son mínimos jurídicos universales para la convivencia.

Otras posturas, positivizadas en algunos Estados y, sobre todo, en el Convenio 169 de la OIT, son más conciliadoras. Exigen una interpretación

intercultural para salvaguardar la autonomía indígena frente a una total sujeción a los principios liberales (individuales):

---

**ARGENTINA:** Convenio 169 OIT. **BOLIVIA:** derechos según art. 190 II CP; arts. 4, 5, 6 Ley de Deslinde; unidad según art. 2 CP y 4 a Ley de Deslinde. **BRASIL:** Convenio 169 OIT. **COLOMBIA:** art. 246 CP, jurisprudencia CC, art. 10 Decreto 1953/2014. **ECUADOR:** art. 344 a, b, e Código Orgánico de la Función Judicial; art. 66 (1), (2), (3), (4), (5), (14) Ley Orgánica de Garantías Jurisdiccionales y Control Constitucional. **GUATEMALA:** Convenio 169 OIT. **MÉXICO:** art. 2 A II CP, Convenio 169 OIT. **PANAMÁ:** implícito en art. 205 CPP. **PERÚ:** Convenio 169 OIT. **VENEZUELA:** arts. 130 y ss. Ley Orgánica de Pueblos y Comunidades Indígenas; Convenio 169 OIT, arts. 8, 9.

---

En la jurisprudencia se pueden distinguir dos corrientes: por un lado, la opinión liberal moderada pretende garantizar la supervivencia cultural de un pueblo indígena y propone una ponderación entre la garantía de un alto grado de autonomía para asegurar la supervivencia cultural y el reconocimiento de la diversidad como un valor constitucional, frente a los derechos individuales afectados. Para ello, esta corriente argumenta con base en la libre determinación y la autonomía como derecho fundamental colectivo. Condiciona el nivel de limitación del derecho colectivo al grado de cohesión: a mayor cohesión y autocontrol, mayor autonomía, y viceversa.

Sin embargo, exige que prime el orden público sobre las normas indígenas, siempre que protejan un valor constitucional de mayor peso que el principio de la diversidad étnica y la integridad del grupo indígena. El derecho propio, a su vez, prima sobre las normas dispositivas o secundarias del derecho nacional. Cuando se evalúen las sanciones indígenas es importante considerar sus especificidades (justicia restaurativa, reparación, equilibrio social, culpa y confesión).

La opinión pluralista, por el contrario, resalta el derecho del colectivo a ser diferente. Según esta corriente, solo un imaginado acuerdo intercultural es vinculante cuando engloba los “mínimos interculturales”: el derecho a la vida, la prohibición de esclavitud, la prohibición de la tortura y el debido proceso.

Aplicadas al presente caso, la opinión liberal absoluta optaría por resolver el conflicto entre los derechos en juego a favor del derecho individual de culto, aunque, poniendo en oposición la integridad cultural con el derecho colectivo de culto del grupo evangélico, tal vez llegaría a otro resultado. Para la corriente pluralista, en cambio, la libertad de culto tendría que ceder ante la integridad

cultural de la comunidad con el fin de proteger su diferencia cultural frente a injerencias indeseadas.

Según la opinión liberal moderada, sería preciso realizar una ponderación en concordancia con la metodología seguida en estos casos por muchos tribunales constitucionales del continente y la Corte Interamericana de Derechos Humanos (Corte IDH). La limitación al derecho de culto tiene que ser apta para obtener su fin, necesaria (sin que haya medidas menos gravosas) y proporcional *strictu sensu*. La orden de expulsión es apta para proteger la integridad cultural de la comunidad. Podría cuestionarse, sin embargo, que también sea necesaria. Las autoridades podrían haber limitado la orden a una prohibición del proselitismo en su comunidad, mientras que se le permitiera la permanencia y el ejercicio discreto de la religión en el territorio de la comunidad indígena. Una manera de no vulnerar el derecho fundamental a la libertad de culto es que las autoridades indígenas permitan la práctica de la creencia particular de los evangélicos en la intimidad de sus hogares. Es cierto que el grupo evangélico no ha demostrado, hasta el punto de la expulsión, un claro respeto por las instrucciones de las autoridades indígenas, por lo que podría ponerse en duda la efectividad de una medida menos gravosa que la expulsión del territorio.

Sin embargo, cabe resaltar que la orden de expulsión no tiene como efecto la imposibilidad de ejercer libremente su culto a los miembros del grupo. La limitación solamente aplica al territorio de la comunidad indígena, específicamente en relación con el proselitismo y la construcción de templos dentro del territorio. Fuera de él, los integrantes del grupo y el grupo pueden seguir practicando su religión sin limitaciones. El componente de evangelizar a otras personas, incluidos los integrantes de la comunidad indígena, puede ser un aspecto importante de la cosmovisión del grupo evangélico.

Sin embargo, la limitación de este elemento parcial de la libertad de culto debe valorarse de manera diferente en confrontación con la integridad cultural del pueblo afectado. En términos de proporcionalidad, la prohibición de evangelizar en un determinado territorio puede considerarse tolerable para proteger la integridad cultural de un pueblo indígena como condición para su supervivencia cultural. La protección constitucional y convencional de la diversidad cultural y de la autonomía de los pueblos indígenas resultaría ilusoria si estos pueblos no pudieran tomar medidas para blindarse frente a injerencias culturales que a mediano o largo plazo llevarían a una pérdida de la autonomía cultural y, de esta manera, a una desintegración y desaparición de la cultura. Por todo ello, y siguiendo la corriente liberal moderada, la expulsión del grupo evangélico de la comunidad resultaría justificada constitucionalmente.

Sobre este particular, en relación con la aparente contradicción que podría darse entre derechos fundamentales protegidos, como la protección de la diversidad étnica y cultural y la libre determinación asociada a esta, y los derechos a la libertad de culto y a la libertad de movilidad y residencia, la experiencia de la Corte Constitucional colombiana nos brinda los siguientes elementos:

El artículo 4 de la Declaración de las Naciones Unidas sobre los derechos de los pueblos indígenas dispone: “Los pueblos indígenas, en ejercicio de su derecho de libre determinación, tienen derecho a la autonomía o al autogobierno en las cuestiones relacionadas con sus asuntos internos y locales, así como a disponer de los medios para financiar sus funciones autónomas” (Asamblea General de las Naciones Unidas 2007). El artículo 5 agrega que los pueblos indígenas tienen derecho a conservar y reforzar sus propias instituciones políticas, jurídicas, económicas, sociales y culturales, y a participar plenamente, si lo desean, en la vida política, económica, social y cultural del Estado (Corte Constitucional de Colombia 2009).

La Corte Constitucional colombiana ha determinado que el contenido normativo comprende los siguientes elementos:

... [i] la posibilidad de que existan autoridades judiciales propias de los pueblos indígenas, [ii] la potestad de estos de establecer normas y procedimientos propios, [iii] la sujeción de dicha jurisdicción y normas a la Constitución y la ley, [iv] y la competencia del legislador para señalar la forma de coordinación de la jurisdicción indígena con el sistema judicial nacional. (Corte Constitucional de Colombia 1996a)

Los dos primeros conforman el núcleo de autonomía otorgado a las comunidades indígenas, mientras que los dos últimos constituyen los mecanismos de coordinación de los ordenamientos jurídicos indígenas dentro del contexto del ordenamiento nacional. De esta manera, por expreso mandato constitucional, los pueblos indígenas que cuenten con autoridades judiciales y procedimientos propios tienen autonomía para ejercer funciones jurisdiccionales dentro de su ámbito territorial. Como ha quedado claro, el límite al ejercicio de dicha autonomía indígena son los derechos humanos y los derechos fundamentales; para ello, la ruta jurisprudencial que la Corte ha definido está fundada en el principio de “a mayor conservación de la identidad cultural, mayor autonomía”.

Respecto a la sanción que las autoridades indígenas quisieron aplicar en el presente caso, la Corte, en la Sentencia T-254 de 1994, señala la interpretación que habría que darse al texto constitucional destacado en el artículo 34: “Se prohíben las penas de destierro, prisión perpetua y confiscación. No obstante,

por sentencia judicial, se declarará extinguido el dominio sobre los bienes adquiridos mediante enriquecimiento ilícito, en perjuicio del Tesoro Público o con grave deterioro de la moral social” (Corte Constitucional de Colombia 1994a). La Sala Tercera de Revisión analizó la acción de tutela interpuesta por el señor Ananías Narváez contra el Cabildo Indígena de El Tambo, municipio de Coyaima, departamento del Tolima, como consecuencia de la decisión que las autoridades tomaron de ordenar su expulsión del resguardo, junto con su familia, y la privación de la parcela donde tenía algunos cultivos sembrados, todo esto como consecuencia de la comisión del delito de hurto.

En esa oportunidad, la Sala sostuvo:

... bajo una perspectiva antropológica, la pena de destierro comprende la sanción de extrañamiento de un miembro de la colectividad que conlleva la pérdida de su identidad cultural y la separación física del resto de la comunidad. Esta práctica de condenar al ostracismo al infractor de las normas internas de la comunidad es frecuente en las organizaciones sociales en las que la defensa de la colectividad prevalece sobre los derechos individuales. (Corte Constitucional de Colombia 1994a)

Pero, como quiera que, según allí se afirmó, desde el punto de vista político y jurídico el destierro “solo se refiere a la expulsión del territorio del Estado y no a la exclusión de las comunidades indígenas que habitan un espacio de dicho territorio pero que no exhiben el carácter de Naciones”, en la ponencia se indica que en este caso no podía aducirse que se había actuado desconociendo la prohibición prevista en el artículo 34 de la carta política.

Los fallos señalados muestran que, en principio, la pena de expulsión del resguardo que imponen las autoridades indígenas dentro de su autonomía jurisdiccional no puede encuadrarse dentro de la prohibición constitucional prevista en el artículo 34 de la Carta Política, en particular, porque en esos casos no se trata de que se disponga la expulsión del indígena del territorio nacional, sino únicamente del lugar que habita en la comunidad.

En efecto, en pueblos que conservan en más alto grado su cultura, la pena de destierro puede tener repercusiones mucho más graves, puesto que significa un verdadero desarraigo del afectado del mundo que le es propio, y el confinamiento a un espacio que le resulta por completo extraño. De manera que, a mayor grado de conservación de las costumbres, mayormente gravosa resultaría la sanción de destierro señalada.

Por esa razón, la Sala estima que, aun cuando es cierto que la expulsión de un indígena solo tiene efectos en el territorio de su jurisdicción, es posible que ella adquiera la connotación y los efectos de un verdadero destierro por



comportar una exclusión definitiva del contexto que constituye el espacio vital de un individuo o de su familia, especialmente en aquellos casos en los que se trata de comunidades indígenas que conservan en mayor grado usos y costumbres propios. El grupo indígena evangélico, al adoptar este credo, estaría demostrando un alejamiento de su costumbre propia, lo que tendría que ser evaluado por el tribunal.

En el caso que se trate de indígenas con alto grado de conservación de su cultura, la decisión sancionatoria bien podría estar comprendida dentro de lo que resulta realmente intolerable por atentar contra los bienes más preciados del ser humano, de manera que la acción de tutela (amparo en otros países) resultaría procedente como mecanismo de protección inmediata de los derechos de los afectados.

### Supuesto

Pedro, miembro de una comunidad indígena, en compañía del mestizo Álvaro, que residía en ella, fuerzan su entrada en la vivienda de los indígenas Juan y María con la intención de robar, pero al encontrar a María sola proceden a violarla. Pedro y Álvaro son apresados por guardias comunitarios, quienes los ponen a disposición de las autoridades tradicionales. Estas convocan a una asamblea donde participan las familias de los implicados y de las víctimas, así como otros integrantes de la comunidad. En el curso de esta, los detenidos dan su versión de los hechos y se escuchan las voces de todos los concurrentes y la de María, la víctima principal. Asimismo, los sindicados confiesan su participación y aceptan los cargos que formula María.

Las autoridades tradicionales se reúnen y luego de una noche de deliberación, cumpliendo con la ritualidad propia de su derecho tradicional, resuelven sancionar a los confesos. La sanción impuesta consiste en una pena corporal (los bañan con pasta de ají y los dejan desnudos bajo el sol por un día entero). Más tarde les imponen una compensación de bienes equivalente a mil dólares estadounidenses. Además, les imponen trabajo comunitario por 30 días (reparación de la casa comunal y limpieza de espacios públicos de la población).

María, inconforme con la decisión de las autoridades tradicionales, acude ante el Ministerio Público y denuncia los delitos de violación de domicilio, acceso carnal violento y robo. El Ministerio Público decide formular cargos en contra de Pedro y Álvaro ante el juez penal. Por otro lado, el mestizo Álvaro presenta un recurso de amparo ante el juez constitucional alegando que la pena corporal que le fue impuesta (baño con pasta de ají) viola sus derechos constitucionales.

## Preguntas

- \* El juez penal que conoce la acusación en contra de Pedro y Álvaro ¿debería declararse competente o incompetente para conocer el caso?
- \* En caso de que el juez penal se declare competente, ¿cómo debería resolver el fondo de la cuestión? ¿Qué criterios debería seguir para verificar si la pena impuesta a los acusados, con la que María está inconforme, es la adecuada o no? ¿Cuál debería ser el procedimiento formal que el juez tendría que seguir para resolver la cuestión (a quiénes debería llamar a declarar, qué diligencias debería llevar a cabo, etc.)?
- \* En caso de que el juez penal se declare incompetente y decida remitir la cuestión al tribunal superior, ¿cómo debería resolver la cuestión este tribunal?
- \* ¿El juez constitucional ante quien se interpuso el amparo a favor de Álvaro debería declararse competente para conocer el asunto?
- \* En caso de que el juez constitucional se declare competente para conocer el amparo, ¿cómo debería proceder? ¿Qué criterios debería utilizar para valorar si la pena impuesta (baño de ají) es o no conforme con el ordenamiento nacional?

## Resolución del caso

### Pregunta

- \* El juez penal que conoce la acusación en contra de Pedro y Álvaro ¿debería declararse competente o incompetente para conocer el caso?

El juez penal (estatal) tendría que declararse competente para resolver la causa en dos supuestos: 1) porque la autoridad indígena no tenía competencia para procesar a los supuestos victimarios, en cuyo caso, la resolución indígena sería nula y no habría cosa juzgada que impidiera una sentencia en primera instancia por parte del juez estatal; 2) por una sentencia en apelación en contra de la resolución indígena.

#### *Competencia en primera instancia*

El juez no podría juzgar sobre los crímenes supuestamente cometidos si la sentencia indígena tuviera que considerarse válida, y la causa, por tanto, como cosa juzgada. Será necesario, entonces, revisar si la autoridad indígena, en el caso presente tuvo competencia para resolver el litigio penal.

Suponiendo que el ordenamiento jurídico en cuestión reconoce la existencia del pluralismo jurídico, y que también los demás elementos –a falta de más datos en el supuesto– se pueden tomar por dados, es decir, que se trata de un pueblo indígena, que los hechos involucran a miembros de la comunidad y se desarrollan sobre su territorio, además que existen autoridades propias que aplican un marco normativo propio (véanse consideraciones supra en el caso 1 y el esquema sobre los elementos formales), debemos revisar la existencia de factores o criterios de vinculación (también llamado “ámbito de vigencia”) para decidir si el juez penal debe o no declararse competente para conocer el caso, después de que ya hubiera una condena resuelta por las autoridades indígenas.

Los ordenamientos jurídicos latinoamericanos estipulan tales criterios de vinculación con más o menos detalle, a veces alternativos, otras veces acumulativos. A falta de una regulación nacional aplican las reglas convencionales, si es que el Convenio 169 de la OIT se encuentra vigente en el país donde se desarrollan los hechos:

---

**BOLIVIA:** acumulativo, art. 8 Ley de Deslinde. **BRASIL:** Convenio 169 OIT. **COLOMBIA:** jurisprudencia CC. **GUATEMALA:** Convenio 169 OIT. **MÉXICO:** art. 2 A II CP, Convenio 169 OIT; normativa especial de los Estados. **PANAMÁ:** leyes comarcales, art. 49 Código Procesal Penal. **PERÚ:** art. 19 párr. 1 Decreto-Ley 22175 de 9/5/1978, Convenio 169 OIT. **VENEZUELA:** arts. 260 CP, Ley Orgánica de Pueblos y Comunidades Indígenas; Convenio 169 OIT, arts. 8 y 9).

---

### *Territorialidad*

Según el criterio de la territorialidad, los hechos tienen que haber ocurrido en territorio de la comunidad indígena o se tiene que tratar de cuestiones relacionadas con asuntos locales:

---

**BOLIVIA:** art. 11 Ley de Deslinde. **ECUADOR:** art. 171 CP. **MÉXICO:** Oaxaca, art. 39 a) Ley de Derechos de los Pueblos y Comunidades Indígenas del Estado de Oaxaca; DNUDPI, arts. 4, 5, 34.

---

En el presente caso, los hechos se localizan en el territorio de la comunidad indígena cuyas autoridades sancionaron a los victimarios.

### *Criterio personal*

Esta circunstancia no siempre se considera suficiente para activar la jurisdicción indígena. Incluso en el caso boliviano, que en el art. 9 de la Ley de

Deslinde así lo estipula, debe cumplirse el criterio *personal*: tiene que tratarse de un miembro de pueblo o comunidad indígena. En el presente caso, el criterio personal se cumple solo para la víctima, pero no para uno de los victimarios. Por ende, es discutible si las autoridades indígenas pudieron ejercer jurisdicción sobre la persona no indígena. Si no fuera así, la sanción impuesta sería nula por falta de competencia y el juez estatal podría, a falta de cosa juzgada, asumir la competencia. Si, en cambio, se decidiera que en el caso de ocurrir los hechos en territorio indígena, con al menos una parte indígena, sería suficiente para activar la jurisdicción propia, el juez estatal debería denegar su competencia por considerarse cosa juzgada en virtud de la resolución de la comunidad.

Una solución al problema del criterio personal mixto podría ser denegar la competencia indígena, sobre la base de que la persona no indígena no tiene por qué conocer las delimitaciones de los territorios comunitarios y la existencia de normas y competencias diferentes dentro de un mismo país. La legislación nacional aplica, se podría argumentar, en todo el territorio a todas las personas por igual. Esta opinión, que podríamos llamar liberal-unitaria, les denegaría la jurisdicción a autoridades indígenas sobre personas no indígenas incluso en asuntos ocurridos en su territorio.

Otra alternativa sería reconocer la jurisdicción sobre no indígenas cuando estos actúan sobre territorio indígena. Tal posición pluralista se puede fundar en una analogía con el derecho internacional privado. Este campo del derecho, en realidad, no es derecho internacional, sino regulación nacional (de cada Estado) sobre cómo resolver conflictos de competencia internacional entre Estados.

Los Estados suelen aplicar su derecho a cualquiera que se mueve y actúa dentro de su territorio, con independencia de que sea nacional y conozca o no la normativa del país que visita. Se considera que es responsabilidad de cada uno conocer y respetar las normas del Estado que visita. Desde una concepción pluralista pura, esta lógica se podría aplicar de manera análoga al conflicto entre jurisdicciones (Estado-comunidad indígena). La diferencia, sin embargo, es que, con independencia del nivel de autonomía concedido en los diferentes Estados del continente a los pueblos indígenas (incluso en el caso boliviano que reconoce igual jerarquía), la validez de las normas indígenas siempre está sujeta a su compatibilidad con la Constitución política y las leyes del Estado. Esto significa que una persona no indígena que actúa en territorio indígena podría alegar, en caso de contradicción, la supremacía del derecho estatal. Sin embargo, en sentido inverso, cuando no existiera tal contradicción, sí estaría sujeta a la jurisdicción y la normativa material indígena.

Quedaría, para tales casos, concretar el concepto de contradicción. Si se considerase suficiente cualquier diferencia entre las normas del Estado y los usos y las costumbres indígenas en el caso concreto, prácticamente equivaldría a denegar cualquier jurisdicción indígena sobre no indígenas incluso por hechos ocurridos en su territorio. Además, daría un énfasis poco deseable al criterio personal (¿es o no indígena la persona implicada?), al requerir un análisis etnológico-cultural en casos de disputa que tienden a ser cada vez más frecuentes con el intercambio natural entre poblaciones indígenas y no indígenas en virtud de movimientos temporales y migraciones internas que afectan a la calificación de una persona como “indígena” (véase el esquema sobre elementos formales).

Para respetar la autonomía indígena sin menoscabar la igualdad ante la ley de los ciudadanos dentro de un mismo Estado podríamos respetar la jurisdicción indígena sobre no indígenas para aquellos casos ocurridos en territorio de la comunidad, donde los usos y las costumbres serían equiparables, aunque no iguales, por ejemplo, preguntando: ¿ambos marcos normativos prevén una consecuencia jurídica para una determinada actuación? ¿Un hecho es punible en ambos sistemas (sin entrar en las consecuencias concretas)?

Esta propuesta de delimitación no es del todo satisfactoria por requerir un trabajo de interpretación intercultural para cada caso concreto. Conviene tener presente que de la misma manera habría que aplicar estos criterios para los casos inversos, es decir, cuando un indígena entra en territorio del Estado, fuera del territorio de su comunidad. Para encontrar criterios satisfactorios es oportuno comprobar que en el caso de ambos supuestos (no indígena en territorio indígena e indígena en territorio no indígena) los resultados serían aceptables y proporcionales.

Siguiendo esta propuesta de delimitación, en el caso en cuestión, concluimos que la violación es un hecho punible tanto en el derecho estatal como en el derecho indígena. Como los hechos ocurrieron en el territorio de la comunidad, los victimarios no podían alegar que no sabían de la punibilidad de una violación. Por tanto, el carácter de no indígena de uno de los victimarios no impide la jurisdicción de las autoridades de la comunidad.

#### *Criterio material*

La jurisdicción indígena podría estar excluida materialmente en aplicación de las normas expresas vigentes en algunos Estados, o establecidas mediante jurisprudencia, en otros.

Así, en algunos Estados se exige que se trate de un asunto atribuido a la jurisdicción indígena o relacionado con asuntos internos, que histórica o tradicionalmente resolvía, y que no esté expresamente excluido de ella:

---

**BOLIVIA:** art. 10 Ley de Deslinde, que regula las materias excluidas de la jurisdicción indígena. **MÉXICO:** regulación especial para Oaxaca; DNUDPI, arts. 4, 5, 34).

---

Por ello, en un primer paso, corresponde comprobar si existe tal exclusión material. En el presente caso será necesario, por tanto, revisar si por norma o jurisprudencia los crímenes alegados están asignados a la jurisdicción indígena o si, por el contrario, están excluidos. Crímenes considerados como “graves” por el Estado, o en los que tiene un interés importante por tratarse de materias sensibles para la “seguridad nacional”, con frecuencia se excluyen de la jurisdicción indígena.

En un segundo paso, sin embargo, también será preciso corroborar si tal exclusión es compatible con el marco legal superior (constitucional y convencional). Si un Estado decide, mediante normas constitucionales o la adhesión a convenios internacionales, salvaguardar el pluralismo jurídico, la jurisdicción indígena no podrá ser reducida de manera arbitraria. Cualquier limitación a determinadas materias tendrá que ampararse en principios constitucionales o derechos fundamentales y deberá ser proporcional.

La forma procesal de tal control depende, nuevamente, del derecho del Estado en el que se desarrollan los hechos. En cualquier caso, tendrá prioridad la llamada aplicación conforme, es decir, el juez tendrá que considerar las interpretaciones literales posibles (de la norma competencial) y elegir la que sea compatible con la constitución y el derecho internacional aplicable en el país. Si no hubiera, en su opinión, ninguna manera de cuadrar el texto de la norma con las de rango superior, su actuar dependerá del sistema establecido en su respectivo Estado: o plantear su duda a un juez constitucional o decidir él mismo sobre la constitucionalidad y convencionalidad de la norma que regula la jurisdicción indígena.

En Estados con un control concentrado se realiza un control concreto de la constitucionalidad o convencionalidad mediante la suspensión del procedimiento (incidental penal o civil) y la remisión de la cuestión constitucional al órgano judicial competente que resuelve este problema para que el juez ocupado con la causa principal pueda continuar sobre la base de la interpretación constitucional o convencional autorizada. En Estados con control difuso, será el propio juez encargado de la causa principal quien decida sobre la validez o aplicación de la norma infraconstitucional cuestionada.

El juez encargado de revisar la constitucionalidad y convencionalidad de una restricción competencial tendrá que ponderar una serie de aspectos que

podrían justificar la restricción (conceptos como la “función única de la justicia” y la “nación única e indivisible”, pero también otros principios constitucionales como la igualdad ante la ley o el núcleo esencial de los derechos humanos) o, por el contrario, limitar el poder de restringir la jurisdicción propia (el reconocimiento expreso de la jurisdicción y el derecho indígena, y, en general, los derechos colectivos de la libre determinación, la autonomía, la pluralidad y la supervivencia cultural). La restricción del derecho colectivo a la jurisdicción propia, en todo caso, tendrá que ser proporcional: tiene que atinar a un fin legítimo, realizarse mediante un medio apto, resultar necesario (sin existir otro medio menos gravoso a disposición para conseguir el fin) y ser proporcional en sentido estricto.

Respecto del argumento de la “gravedad” de un hecho, habitualmente usado para excluir determinados asuntos de la jurisdicción indígena, referimos a las consideraciones ya expuestas en la resolución del caso 1. El tipo de delitos supuestamente cometidos en el presente caso no suelen ser sustraídos de la jurisdicción indígena, ni por ley ni por jurisprudencia. Si así fuera, sería necesario estudiar la constitucionalidad de la exclusión.

Por tanto, llegamos a la conclusión de que la autoridad indígena, en el caso en cuestión, actuó con facultad para resolver el litigio penal. La causa tiene que considerarse, por ende, cosa juzgada y el juez estatal en primera instancia no podría juzgar a los presuntos victimarios. Queda por estudiar una posible competencia del juez estatal para revisar en apelación la pena impuesta por la autoridad indígena. Este aspecto, sin embargo, debe discutirse en las respuestas a las siguientes preguntas.

## Pregunta

- \* En caso de que el juez penal se declare competente, ¿cómo debería resolver el fondo de la cuestión?, ¿debería verificar si la pena impuesta a los acusados, con la que María está inconforme, es la adecuada? ¿Cuál debería ser el procedimiento formal que el juez tendría que seguir para resolver la cuestión (a quiénes debería llamar a declarar, qué diligencias debería llevar a cabo, etc.)?

Si llegáramos a otra respuesta en la pregunta sobre la competencia del juez, es decir que la sentencia indígena no debiera de considerarse válida y, por tanto, no hubiera cosa juzgada, el juez del Estado tendría que juzgar a los presuntos victimarios. En tal caso, no revisaría la resolución de la autoridad indígena, sino que dictaría una (primera) sentencia propia.



El análisis del caso se basaría en el derecho estatal, tanto en cuanto al procedimiento como en relación con el derecho material. Sin embargo, debido a la participación de una parte indígena en el proceso (la presunta víctima y uno de los victimarios), el juez estatal tendría que realizar una aplicación intercultural del derecho estatal, requiriendo, a falta de un conocimiento especializado del juez competente, un peritaje antropológico-cultural para conocer las implicaciones específicas culturales de los hechos ocurridos.

A falta de una regulación especial, dicho requisito se fundamenta en los principios generales del pluralismo cultural y jurídico, y en la interpretación intercultural contenidos en la mayoría de las constituciones políticas del continente y el Convenio 169 de la OIT (para casos penales, los arts. 9 II, 10). Algunos ordenamientos jurídicos contemplan reglas especiales o jurisprudencia al respecto:

---

**BOLIVIA:** art. 4 de Ley de Deslinde. **COLOMBIA:** jurisprudencia CC. **ECUADOR:** art. 344 (a), (b), (e) Código Orgánico de la Función Judicial. **VENEZUELA:** arts. 130 y ss. Ley Orgánica de Pueblos y Comunidades Indígenas.

---

En cuanto al procedimiento, el juez deberá respetar, más allá de las normas generales del debido proceso, las garantías de este derecho específicas para partes indígenas, a saber: la participación y defensa en el propio idioma (interpretación y traducción), la asistencia letrada, la interpretación intercultural de las normas procesales y requisitos especiales cuando se trate de una víctima indígena y de una mujer indígena. Cuando no exista regulación especial, será necesario el recurso a los preceptos y principios contenidos en las constituciones políticas y los convenios pertinentes para proveer un debido proceso interculturalmente sensible:

---

**BOLIVIA:** art. 190 CP, art. 4 Ley de Deslinde. **BRASIL:** Convenio 169 OIT. **COLOMBIA:** art. 246 CP, art. 10 Decreto 1953/2014, jurisprudencia CC. **ECUADOR:** art. 66 (1), (2), (3) y, especialmente, (4) y (5) Ley Orgánica de Garantías Jurisdiccionales y Control Constitucional. **GUATEMALA:** art. 142 CPP (Decreto 51 de 1992). **MÉXICO:** art. 2 A II CP, Convenio 169 OIT. **PANAMÁ:** arts. 48, 205 CPP. **PERÚ:** art. 149 CP, art. 19 párr. 2 Decreto-Ley 22175, Convenio 169 OIT. **VENEZUELA:** art. 260 CP, arts. 130 y ss. Ley Orgánica de Pueblos y Comunidades Indígenas; Convenio 169 OIT, arts. 8, 9; CADH, arts. 8 y 25, jurisprudencia Corte IDH.

---

## Pregunta

- \* En caso de que el juez penal se declare incompetente y decida remitir la cuestión al tribunal superior, ¿cómo debería resolver la cuestión este tribunal?

Se entiende que el “tribunal superior” se refiere a un tribunal que en la jerarquía de la justicia estatal se ocuparía de revisar sentencias en apelación.

La posibilidad de revisar en apelación, por parte de un tribunal estatal, la pena impuesta por la autoridad indígena dependerá del ordenamiento jurídico y la jurisprudencia de cada Estado. La mayoría de los Estados latinoamericanos no tiene una regulación específica sobre esta cuestión, por lo que aplica el artículo 34 de la DNU DPI, pero, sobre todo, los artículos 8 y 10 del Convenio 169 de la OIT que, de manera similar a las constituciones políticas de la mayoría de los países, no prevén de manera expresa un recurso, sino solamente una sujeción sustantiva de las resoluciones indígenas a las leyes del Estado y los derechos humanos:

---

**BRASIL:** Convenio 169 OIT. **COLOMBIA:** jurisprudencia y práctica CC. **ECUADOR:** art. 171 CP. En términos generales Convenio 169 OIT. **GUA-TEMALA:** Convenio 169 OIT. **MÉXICO:** sin reglar, salvo Oaxaca. **PANA-MÁ:** no regulado y no existe jurisprudencia aún. **PERÚ:** Convenio 169 OIT. **VENEZUELA:** arts. 260 CP, Ley Orgánica de Pueblos y Comunidades Indígenas; Convenio 169 OIT, sujeción a leyes y derechos humanos, arts. 8-10; DNU DPI, sujeción a leyes y derechos humanos, art. 34.

---

Solamente algunos países han previsto una regulación expresa. En Bolivia, el artículo 12 CP exige el cumplimiento obligatorio de la resolución de una jurisdicción por otra, por lo cual no hay lugar a revisión por otras jurisdicciones. En Ecuador, los jueces de paz no tienen capacidad de revisión según los artículos 189 CP y 253 Código Orgánico de la Función Judicial. En Perú, la capacidad de revisión está regulada por el artículo 19 párrafo 1 del Decreto-Ley 22175 de 9-5-1978.

A falta de la previsión expresa de un recurso efectivo en contra de una condena penal en la Constitución Política del Estado en cuestión, aplica la garantía del artículo 8 apartado II de la CADH. Tal recurso puede instalarse dentro del sistema jurídico indígena, algo que ha venido sucediendo en varios pueblos de Colombia. En ausencia de un recurso efectivo propio, el Estado

tiene que proveer un recurso correspondiente dentro de su sistema judicial que, en el mejor de los casos, esté compuesto de manera mixta por jueces estatales y autoridades indígenas.

La facultad del juez estatal para revisar la sentencia penal indígena impuesta sobre los presuntos victimarios depende, en consecuencia, de la reglamentación y jurisprudencia de cada Estado. No debe confundirse esta competencia de revisión dentro de una jurisdicción especial (penal, civil, agraria u otra) con el control constitucional/convencional en su forma posterior o anterior (véase el esquema sobre elementos formales en el capítulo II). En el presente caso, no se indaga por esta posibilidad, sino por la competencia del juez penal para revisar la sentencia de la autoridad indígena como si fuera una sentencia en primera instancia.

Para el análisis del fondo del asunto, es decir, la legalidad de la sentencia impuesta a los presuntos victimarios por la autoridad indígena, en virtud de la participación de una parte indígena en el proceso (la presunta víctima y uno de los victimarios), el juez estatal tendrá que realizar una aplicación intercultural del derecho estatal, requiriendo, a falta de un conocimiento especializado del juez competente, un peritaje antropológico-cultural para conocer las implicaciones específicas culturales de los hechos ocurridos.

En ausencia de una regulación especial, dicho requisito se fundamenta en los principios generales del pluralismo cultural y jurídico, y de interpretación intercultural contenidos en la mayoría de las constituciones políticas del continente y el Convenio 169 de la OIT (para casos penales, los arts. 9 II, 10). Algunos ordenamientos jurídicos contemplan reglas especiales o jurisprudencia al respecto.

En este sentido, no es suficiente que el juez, una vez establecida la autoría y culpabilidad de los presuntos victimarios, constate que la pena impuesta por la autoridad indígena no está contemplada en el código penal estatal para luego convertirla en una pena carcelaria o monetaria. Más bien, el tribunal estatal deberá tener en cuenta la finalidad (jurídico-cultural) de la sanción impuesta, desde la perspectiva de la comunidad indígena, al igual que los intereses de la víctima y los fines de la pena según la comprensión jurídico-penal estatal, especialmente, tratándose de uno de los presuntos victimarios no indígena. Este ejercicio es, sin duda, complejo, porque requiere ponderar y armonizar nociones de justicia no necesariamente equiparables, porque el caso trasciende las fronteras entre una sociedad regida por el derecho estatal (con relación a uno de los presuntos victimarios) y otra sujeta al derecho propio (en función de la presunta víctima y uno de los victimarios indígenas).

La lógica inherente al derecho indígena para casos que involucran solamente personas de esta comunidad no tiene por qué aplicar de igual manera a un caso en el que se ven involucradas personas no indígenas. Sobre todo, la idea propia del derecho indígena en diversas comunidades de restablecer el equilibrio perturbado por el delito, para facilitar la pacífica convivencia intracomunitaria, no parece ser imperativa cuando uno de los presuntos victimarios no forma parte de la comunidad. No obstante, cabe observar que, con independencia del fundamento teórico de la pena, todos los sistemas sociojurídicos comparten la necesidad de sancionar violaciones graves de la ley mediante la imposición de una pena. Algunos enfatizan la finalidad retributiva, otros aquella preventiva (individual o general). No sería, por tanto, aceptable dejar impune de derecho o de facto una infracción de aquellas normas sociales que, en virtud de la ley o normas indígenas, se han declarado delitos dignos de una pena.

En el presente caso, por tanto, el juez del “tribunal superior” llamado por la presunta víctima a revisar la sanción impuesta, tiene que valorar, entre otros elementos por revisar, si dicha sanción es acorde con la culpa de los victimarios, aplicando, por un lado, los estándares punitivos de la propia comunidad indígena (acudiendo, en su caso, a un peritaje antropológico), pero al mismo tiempo contrastándola con las exigencias del derecho penal del Estado, por tratarse de uno de los victimarios no indígena.

El mero hecho de que la víctima considere que la sanción no es bastante severa, no es razón suficiente para agravar la pena impuesta. Ni el derecho propio, ni el estatal conocen un derecho de la víctima a una determinada pena del victimario. Más bien, corresponde al legislador (o a las autoridades indígenas) establecer, con un amplio margen de discreción, la manera más adecuada para garantizar el cumplimiento de la ley, siempre y cuando la vía elegida no sea claramente insuficiente para lograr dicho objetivo. La valoración del juez de apelación debe también incluir la perspectiva de los derechos humanos y, en el caso concreto, la de género, con atención a la situación de vulnerabilidad de mujeres y niñas en muchos contextos sociales en los que la discriminación, o incluso la violencia contra la mujer, no reciben la debida prioridad.

La decisión del juez del “tribunal superior” en relación con la gravedad de la sanción dependerá, por ende, de un análisis intercultural de la pena impuesta, sobre la base de los estándares de ambos sistemas jurídicos, el indígena y el estatal.

## Pregunta

- \* ¿El juez constitucional ante quien se interpuso el amparo a favor de Álvaro debería declararse competente para conocer el asunto?

El juez podría declararse competente para revisar, desde una perspectiva constitucional y de derechos humanos, el fallo indígena si la normativa o jurisprudencia del Estado estipula tal posibilidad. Se trata aquí de otro tipo de revisión a la hecha en la pregunta sobre la apelación dentro de la jurisdicción penal. Algunos Estados han previsto un procedimiento específico para asegurar el cumplimiento de normas y resoluciones indígenas con las leyes estatales, la constitución y convenciones internacionales sobre los derechos humanos:

---

**BOLIVIA:** art. 12 inciso 11 CP, con art. 28 I.10 Ley del TC; arts. 100 a 102 CPC; autoridades están sujetas a la jurisdicción constitucional del TC, arts. 30 II 5, 51 y ss., 290 II CP. **ECUADOR:** arts. 171 CP, 343 Código Orgánico de la Función Judicial, 65 y 66 Ley Orgánica de Garantías Jurisdiccionales y Control Constitucional, Convenio 169 OIT. **MÉXICO:** art. 2 A II CP.

---

En los demás Estados, una revisión de la constitucionalidad y convencionalidad se podrá fundamentar sobre las normas generales y los convenios de protección de los derechos humanos. Todos los Estados miembros de la CADH deben proveer, de acuerdo con su artículo 25, un mecanismo efectivo al alcance de sus ciudadanos (incluidas las personas y comunidades indígenas) para hacer valer los derechos fundamentales/humanos, aun cuando tal violación sea cometida por personas que actúen en ejercicio de sus funciones oficiales.

## Pregunta

\* En caso de que el juez constitucional se declare competente para conocer el amparo, ¿cómo debería proceder? ¿Qué criterios debería utilizar para valorar si la pena impuesta (baño de ají) es o no conforme con el ordenamiento nacional?

El juez constitucional debe contrastar la sentencia impuesta a Álvaro con los estándares constitucionales del Estado en el que se desarrollaron los hechos (derechos fundamentales, incluyendo normas especiales para la protección de mujeres y grupos vulnerables; principios constitucionales, por ejemplo, en Bolivia, la “unidad del Estado” o la “función única de la justicia”), así como con los convenios sobre derechos humanos suscritos por el Estado.

Estrictamente hablando, el juez constitucional no está facultado para evaluar la legalidad simple (infraconstitucional), tarea que incumbe al juez

competente de la jurisdicción especializada, que en este caso sería la penal. Sin embargo, en algunas jurisdicciones dicho reparto de competencias será diferente; sobre todo en jurisdicciones con control difuso, el juez ordinario puede y debe revisar, no solamente la legalidad, sino también la constitucionalidad de los actos soberanos. En estos contextos, el juez ordinario es, a la vez, juez constitucional.

La sujeción de actos de las autoridades indígenas a la ley, la Constitución y los derechos humanos se desprende, como ya hemos visto, tanto de normas específicas como de las constituciones y los convenios pertinentes:

---

ARGENTINA: Convenio 169 OIT. BOLIVIA: derechos según art. 190 II CP, arts. 5, 6 Ley de Deslinde; unidad según art. 2 CP y 4 a Ley de Deslinde. BRASIL: Convenio 169 OIT. COLOMBIA: art. 246 CP, jurisprudencia CC. ECUADOR: art. 171 CP, art. 344 a, b, e Código Orgánico de la Función Judicial. GUATEMALA: Convenio 169 OIT. MÉXICO: art. 2 A II CP. PANAMÁ: sujeción como órgano de administración de justicia, art. 205 CPP. PERÚ: art. 149 CP. VENEZUELA: arts. 130 y ss. Ley Orgánica de Pueblos y Comunidades Indígenas; Convenio 169 OIT, arts. 8, 9.

---

Mientras la justicia indígena se mantiene dentro de estos límites, no existe justificación para corregir o anular una resolución indígena por parte de la justicia estatal. En el presente caso, sin embargo, Álvaro alega una violación de sus derechos humanos. La pena impuesta podría violar su derecho a la integridad física y la prohibición de tratos inhumanos, crueles y degradantes, o incluso significar tortura, todos estos, derechos contenidos en las constituciones del continente, así como en la CADH y otros tratados de derechos humanos suscritos por casi todos los Estados latinoamericanos.

Las penas corporales son uno de los asuntos más delicados en el debate sobre la justicia indígena. Con frecuencia, el debate sobre el pluralismo jurídico se reduce a condenar la “crueldad arcaica” de las penas corporales aplicadas en algunas comunidades, desde la perspectiva de una “modernidad ilustrada” de los Estados comprometidos, al menos sobre el papel, con los derechos humanos universales. Es cierto que las penas corporales despiertan memorias sobre prácticas crueles de torturas y penas conocidas en todos los Estados en algún momento de su historia. Prácticas que, por fortuna, se superaron mediante la prohibición de tratos inhumanos y degradantes y de la tortura y la instalación, en su lugar, de otro tipo de penas como la carcelaria o monetaria que, en principio, podrían considerarse menos inhumanas y degradantes que la flagelación en una plaza pública.

La valoración de las penas corporales se complica debido a las posiciones de órganos internacionales especializados que generalmente, y sin distinción, declaran las penas corporales como tortura o, al menos, un trato inhumano, cruel y degradante, una conclusión comprensible cuando se tienen en mente castigos extremadamente crueles como mutilaciones, lapidaciones, crucifixiones y otros castigos desproporcionados que causan sufrimiento prolongado e intolerable, o incluso dejan secuelas que marcan y atormentan a las víctimas después de terminar la ejecución de la pena, más aún cuando se dirigen a poblaciones vulnerables o sistemáticamente discriminadas, y cuando se han impuesto sin el debido proceso (Ruiz Chiriboga 2013).

No obstante, para evitar conclusiones apresuradas en este difícil asunto, conviene tener presente algunos aspectos que podrían relativizar una condena fácil de las prácticas punitivas de algunas comunidades indígenas. Por un lado, es importante recordar que en algunos Estados que se consideran a sí mismos y habitualmente son considerados como “civilizados”, persiste la pena capital, es decir, la máxima intervención en la integridad física de la persona que aniquila la vida del victimario. La compatibilidad de esta pena máxima (y definitiva) con los estándares internacionales de derechos humanos pone en duda la condena sumaria que desde la órbita internacional parece aplicarse a cualquier tipo y forma de castigo corporal (Ruiz Chiriboga 2013).

Por otro lado, es preciso tener presente, más allá de una visión normativa, la realidad penitenciaria en diversos Estados latinoamericanos. De por sí, la privación prolongada de la libertad es un trato extremadamente gravoso para cualquier persona, defendible solo como *ultima ratio* para hacer valer el derecho y, así, la paz social. Las condiciones inhumanas reinantes en múltiples centros penitenciarios latinoamericanos (Dammert y Zúñiga 2007; Kliksberg 2007; Noel 2015), sin embargo, ponen en duda el argumento de la superioridad moral de una pena carcelaria a una pena corporal, al menos cuando, siendo así como regla general, tal pena no se percibe por el victimario como degradante, cruel o inhumana, y es limitada y proporcional.

En otras palabras, cabe preguntarse si una pena corporal necesariamente tiene que considerarse como tortura o trato inhumano en todos los casos. Tras un análisis detallado, Oswaldo Ruiz Chiriboga llega a constatar que, sobre la base del reconocimiento del pluralismo jurídico en la Constitución del Ecuador y en convenios internacionales, las penas corporales aplicadas por algunos pueblos indígenas no se deben calificar *ab initio* como contrarias a la prohibición de la tortura y de tratos inhumanos, crueles o degradantes. Más bien, argumenta que, como consecuencia de la protección simultánea de los derechos individuales y los derechos colectivos en el derecho internacional

de los derechos humanos, será necesario hacer un análisis de cada caso concreto, tomando en cuenta las circunstancias objetivas y subjetivas (Ruiz Chiriboga 2013).

La pena impuesta a Álvaro podría violar derechos humanos del victimario. El componente del castigo corporal consiste en bañar a los victimarios con pasta de ají y dejarlos desnudos bajo el sol por un día entero. Esto podría considerarse como tortura o tratos inhumanos, crueles y degradantes, en cuyo caso, el juez constitucional tendría que suspender esta parte de la sanción impuesta y si esta ya ha sido producida, contemplar medidas reparadoras, pues tales tratos se prohíben tanto en la Constitución del Ecuador (art. 32, num. 2) como en diversos tratados internacionales generales y específicos en contra de la tortura, como la CADH (art. 5 ap. 2, 1ª frase), la Convención de las Naciones Unidas contra la tortura y otros tratos o penas crueles, inhumanas o degradantes (Uncat, por sus siglas en inglés) (Asamblea General de las Naciones Unidas 1984)<sup>2</sup> y la Convención Interamericana para prevenir y sancionar la tortura (CIPST, por sus siglas en inglés) (Asamblea General de la Organización de los Estados Americanos 1985).<sup>3</sup>

Aunque no existe definición uniforme del concepto, se pueden sintetizar cuatro elementos necesarios para que un trato sea considerado como tortura (Ruiz Chiriboga 2013). Para que un castigo corporal no tenga que calificarse como tortura, sino como sanción permitida, debe cumplirse al menos uno de

---

**2** Artículo 1, apartado 1: “A los efectos de la presente Convención, se entenderá por el término ‘tortura’ todo acto por el cual se inflija intencionadamente a una persona dolores o sufrimientos graves, ya sean físicos o mentales, con el fin de obtener de ella o de un tercero información o una confesión, de castigarla por un acto que haya cometido, o se sospeche que ha cometido, o de intimidar o coaccionar a esa persona o a otras, o por cualquier razón basada en cualquier tipo de discriminación, cuando dichos dolores o sufrimientos sean infligidos por un funcionario público u otra persona en el ejercicio de funciones públicas, a instigación suya, o con su consentimiento o aquiescencia. No se considerarán torturas los dolores o sufrimientos que sean consecuencia únicamente de sanciones legítimas, o que sean inherentes o incidentales a estas”.

**3** Artículo 2: “Para los efectos de la presente Convención se entenderá por tortura todo acto realizado intencionalmente por el cual se inflijan a una persona penas o sufrimientos físicos o mentales, con fines de investigación criminal, como medio intimidatorio, como castigo personal, como medida preventiva, como pena o con cualquier otro fin. Se entenderá también como tortura la aplicación sobre una persona de métodos tendientes a anular la personalidad de la víctima o a disminuir su capacidad física o mental, aunque no causen dolor físico o angustia psíquica. No estarán comprendidos en el concepto de tortura las penas o sufrimientos físicos o mentales que sean únicamente consecuencia de medidas legales o inherentes a estas, siempre que no incluyan la realización de los actos o la aplicación de los métodos a que se refiere el presente artículo”.



los siguientes requisitos: a) que el acto represente una sanción o medida legal, b) que el acto no sea intencionado, c) que el acto no cause severo dolor y sufrimiento, d) que el acto no persiga un objetivo determinado prohibido.

- a. Que el acto represente una sanción o medida legal (*lawful sanction*) (art. 1 ap. 1 2ª frase Uncat y art. 2 apartado 2 CIPST).

Castigos que conllevan un sufrimiento inherente. Para no impedir la aplicación de una sanción que los Estados consideran legítima y necesaria para obtener los fines de la política criminal, los dos convenios citados excluyen del alcance del concepto de tortura, aunque con significaciones diferentes, medidas y sanciones que impliquen sufrimiento (“sanción legal”). Sin embargo, el hecho de que un castigo corporal pueda considerarse legal de acuerdo con el derecho estatal y el derecho indígena de la comunidad en cuestión, no es suficiente para que se le considere “legal”. El marco legal de referencia incluye el derecho internacional de los derechos humanos, por lo que incluso si el derecho nacional permite un determinado tipo de sanción, en la medida en la que esta viole un derecho humano, no podrá considerarse como “sanción legal”. Por ende, la calificación como tortura dependerá, al fin y al cabo, de los estándares internacionales o universales, tendentes a prohibir cualquier castigo corporal,<sup>4</sup> aunque se quiera defender un cierto margen de apreciación cultural (Ruiz Chiriboga 2013).

- b. Que el acto no sea intencionado, elemento que, en el caso de un castigo corporal, por la naturaleza de las circunstancias, se suele incumplir: las sanciones y los castigos son, por definición, actos intencionados, no se sanciona por casualidad.
- c. Que el acto no cause severo dolor y sufrimiento, lo cual dependerá:
- De los factores objetivos, como la naturaleza del castigo y la manera en la que se aplica; en el caso de azotes, depende de la constitución física de quien los aplica y quien los recibe.
  - De los efectos que tal acto tiene sobre una persona promedio prudente dentro de la comunidad local, regional o internacional, según la revisión que se haga por una autoridad local, un tribunal regional o internacional.
  - De las características particulares y las condiciones de la persona afectada, incluyendo su cultura.
  - Del contexto social y cultural en el que se desarrolla el acto.

---

<sup>4</sup> Cfr. las citas de los órganos internacionales pertinentes en Ruiz Chiriboga (2013).

- d. Que el acto no persiga un objetivo determinado prohibido (de acuerdo con las respectivas definiciones de los art. 1 ap. 1 Uncat y art. 2 ap. 1 CIPST).

Una sanción corporal suele cumplir, por su naturaleza, con el objetivo prohibido de castigar. Sin embargo, será necesario comprobar dicho componente, dado que, en algunos casos, el objetivo de una determinada medida sancionatoria indígena puede limitarse a restablecer el equilibrio dentro de la comunidad, y no perseguir un fin retributivo, es decir, buscar el castigo del victimario.

Aplicando estos criterios a la pena de Álvaro, esta no tendría que calificarse, por tanto, como tortura si: a) el baño de ají representa una sanción o medida legal (*lawful sanction*), es decir, producida por un tribunal con capacidad legal para ello y si, además, no se trata de un acto b) intencionado, c) que cause severo dolor y sufrimiento, y d) persiga un objetivo determinado prohibido.

En relación con el punto a), la legalidad en el sentido de los tratados internacionales contra la tortura (art. 1 ap. 1 2ª frase Uncat y art. 2 apartado 2 CIPST) se rige no solamente por la normativa interna (o propia) de un país o una comunidad, sino por estándares que se consideran universales. Según las opiniones expresadas por órganos especializados en contravenir la tortura, las penas corporales al menos se tienen que presumir como ilegales según estándares internacionales. Por tanto, la regla de exclusión de la *lawful sanction* no aplica a castigos corporales incluso si estos son permitidos en el derecho interno o propio.

En cuanto a los aspectos señalados en los puntos b) y d), los castigos corporales, como cualquier otro, suelen ser, por el hecho de ejecutarse una resolución de un tribunal o una autoridad, actos intencionados (a diferencia de hechos casuales). Por la misma razón, suelen perseguir el objetivo de castigar al victimario, siendo este uno de los fines prohibidos de acuerdo con las definiciones de los artículo 1 ap. 1 Uncat y artículo 2 ap. 1 CIPST. En el presente caso, no existen suficientes indicios como para argumentar que el fin del baño de ají no era de índole retributiva, sino, por ejemplo, exclusivamente conciliatoria o abstracta en el sentido de buscar restablecer el equilibrio en la comunidad (un peritaje antropológico podría llevar a otra conclusión). Por ello, hay que considerar que el baño de ají persiguió el castigo en el sentido retributivo, siendo este un objetivo prohibido y elemento constitutivo de un acto de tortura.

Frente a lo dicho en el ítem d), sin embargo, el cumplimiento del último elemento necesario de tortura –que el acto cause severo dolor y sufrimiento– podría ponerse en duda. A primera vista, desde la perspectiva de una

persona culturizada en la reclamada superioridad moral del castigo carcelario sobre castigos corporales, considerados como arcaicos y bárbaros por muchos, un baño de ají y la exposición posterior al sol durante varias horas implicaría un sufrimiento intolerable.

Empero, no existe unanimidad sobre la manera de resolver casos de pluralismo jurídico, en los que chocan cosmovisiones y percepciones culturales, de manera que surjan conflictos entre derechos o principios, contenidos en las constituciones mismas y los tratados internacionales sobre derechos humanos. La normativa constitucional e internacional protege y promueve al mismo tiempo derechos individuales (como la integridad personal) y derechos colectivos (a la autonomía). Para tales conflictos entre derechos o principios colectivos e individuales existen varias opiniones.

Según la opinión liberal absoluta, priman los derechos fundamentales del individuo. Los derechos colectivos no pueden aducirse para limitar derechos individuales. En otras palabras: normas indígenas o tradiciones culturales no justifican restringir la libertad individual. De acuerdo con esta opinión, en el presente caso, aspectos culturales específicos del pueblo que aplica el castigo corporal no se podrían tomar en cuenta para evaluar si el baño en ají causa severo dolor y sufrimiento. Salvo en casos de castigos corporales puramente simbólicos, esta opinión calificaría este tipo de penas como tortura o, al menos, como trato inhumano, cruel o degradante.

Según opiniones que podríamos resumir como conciliadoras, es necesario realizar una interpretación intercultural, sobre la base de testimonios de las propias autoridades y del peritaje antropológico. Dentro de estas, la opinión pluralista antepone el derecho del colectivo a ser diferente: solo un acuerdo intercultural puede considerarse vinculante, requisito que no se suele dar en el caso de constituciones políticas o tratados internacionales, que esta corriente considera como imposiciones ilegítimas y, por ende, no vinculantes para los pueblos indígenas. La opinión pluralista solo admite la obligación de los pueblos indígenas de respetar los llamados “mínimos interculturales”: el derecho a la vida, la prohibición de esclavitud, la prohibición de la tortura y el debido proceso penal definido interculturalmente. La cuestión de si un castigo corporal tiene o no que considerarse como tortura, sería respondida a partir de una interpretación intercultural.

Entre la posición liberal absoluta y la pluralista, se ubica la liberal moderada que busca garantizar la supervivencia cultural del pueblo indígena en cuestión, sin sacrificar de manera desproporcional los derechos del individuo. Se propone una ponderación entre la garantía de un alto grado de autonomía para asegurar la supervivencia cultural y el reconocimiento de la diversidad

étnica como un valor constitucional, frente a los derechos individuales afectados. En el ejercicio de esta ponderación, se propone igualmente tomar en cuenta criterios interculturales:

- La libre determinación y autonomía como derecho fundamental colectivo.
- El grado de cohesión de un pueblo indígena (a mayor cohesión y autocontrol → mayor autonomía, y viceversa).
- La primacía del orden público sobre las normas indígenas, siempre que proteja un valor constitucional de mayor peso que el principio de la diversidad étnica y la integridad del grupo indígena.
- Las normas indígenas priman sobre las normas dispositivas o secundarias del derecho nacional.
- La consideración de las especificidades de las sanciones indígenas (justicia restaurativa, reparación, equilibrio social, culpa y confesión).

La diferencia entre las opiniones conciliadoras es de grado, ambas exigen un estudio individualizado del caso concreto. En definitiva, se trata de analizar el acto en cuestión desde la perspectiva de ambas culturas (intercultural) y encontrar un equilibrio que permita respetar o maximizar la validez de los derechos o principios opuestos, aunque cada uno de ellos tenga que soportar limitaciones.

Para la calificación de un castigo corporal como causante (o no) de severo dolor y sufrimiento, desde las posiciones conciliadoras, resulta útil recurrir a los criterios elaborados específicamente por Ruiz Chiriboga (2013), cuyo planteamiento podría ubicarse dentro de esta corriente. Según este autor, si un acto causa severo dolor y sufrimiento en el sentido de la definición de tortura dependerá de 1) los factores objetivos como la naturaleza del castigo y la manera en la que se aplica; 2) los efectos que tal acto tiene sobre una persona promedio prudente; 3) las características particulares y las condiciones de la persona afectada, incluyendo su cultura; (4) el contexto social y cultural en el que se desarrolla el acto. Más allá de una valoración intercultural, lo que el autor propone es, por tanto, tener en cuenta el contexto sociocultural del castigo y cómo lo experimenta la persona afectada.

En la mayoría de los Estados latinoamericanos, dado el marco constitucional y convencional, corresponde seguir las opiniones conciliadoras que proponen una interpretación intercultural:

---

ARGENTINA: Convenio 169 OIT. BOLIVIA: derechos según art. 190 II CP, arts. 4, 5, 6 Ley de Deslinde; unidad según art. 2 CP y 4 a Ley de

Deslinde. **BRASIL:** Convenio 169 OIT. **COLOMBIA:** art. 246 CP, jurisprudencia CC, art. 10 Decreto 1953/2014. **ECUADOR:** art. 344 a, b, e Código Orgánico de la Función Judicial; art. 66 (1), (2), (3), (4), (5), (14) Ley Orgánica de Garantías Jurisdiccionales y Control Constitucional. **GUATEMALA:** Convenio 169 OIT. **MÉXICO:** art. 2 A II CP, Convenio 169 OIT. **PANAMÁ:** implícito en art. 205 CPP. **PERÚ:** Convenio 169 OIT. **VENEZUELA:** arts. 130 y ss. Ley Orgánica de Pueblos y Comunidades Indígenas; Convenio 169 OIT, arts. 8, 9.

---

Para aplicar estos criterios al castigo de Álvaro, en la práctica, sería necesario escuchar a las autoridades tanto como al victimario, al igual que obtener un peritaje antropológico y médico. Al no tener mayores datos en el marco de este ejercicio, partimos de la información proporcionada.

El baño de ají impuesto a Álvaro parece ser un castigo habitual en la comunidad en cuestión, combinado además con otras medidas sancionadoras y restaurativas. No es, por tanto, una sanción excepcional para Álvaro como forastero. La aplicación de tales castigos suele enmarcarse en una ceremonia que busca reconciliar al victimario con la comunidad, reconociendo este su falta, arrepintiéndose y pidiendo perdón a la víctima y al pueblo; el victimario se compromete a no repetir esta clase de conductas, teniendo como objetivo el restablecimiento del equilibrio perturbado y la reconciliación con la víctima.

Suponiendo que en el presente caso se tratara de una aplicación en tales circunstancias, el baño de ají formaría parte de un conjunto de medidas relacionadas, siguiendo una lógica y un objetivo legítimos dentro del contexto sociocultural de la comunidad. Si Álvaro fuera un miembro de la comunidad, probablemente aceptaría el castigo corporal como un elemento del conjunto de medidas tomadas, en el marco de su cultura, para permitirle su permanencia en esta.

No obstante, al ser un forastero, ajeno a las normas comunitarias, la pena corporal le resulta especialmente grave. Una persona promedio prudente del contexto cultural de Álvaro podría percibir un baño de ají, una sanción totalmente desconocida en sociedades no indígenas, como un acto que provoca dolores insoportables, con independencia de si deja o no secuelas físicas (las que a efectos de este caso y sin mayores detalles presumimos inexistentes). No es, por ende, lo mismo someter a una persona indígena, conocedora y acostumbrada a ver o incluso sufrir castigos corporales, a tal pena, que exponer a un forastero a este trato. Como consecuencia de los distintos contextos culturales y la diferente percepción de un castigo corporal, el mismo acto aplicado a una persona no indígena puede, por ende, declararse causante de un severo dolor

y sufrimiento, mientras que su imposición a un miembro de la comunidad no llegaría a calificarse como tal.

De la misma manera, en el caso inverso de un indígena expuesto a una pena carcelaria, percibida por él como gravosa, incluso en comparación con una pena corporal, su calificación como tortura o trato inhumano o degradante podría diferir de la que correspondería cuando el victimario fuera no indígena.

Por último, es preciso valorar si la sustracción de Álvaro a la sanción corporal podría poner en peligro el sistema de justicia propia. En principio, interferencias por parte del Estado con las normas indígenas pueden llegar a poner en peligro la sustentabilidad de la justicia propia y, por tanto, la autonomía cultural. Si, como consecuencia de las interferencias del Estado, el sistema de justicia propia deja de ser efectivo y, con ello, fracasa un elemento fundamental de la organización social de la comunidad indígena, esto socavaría la legitimidad del sistema propio de organización con graves consecuencias para la continuidad cultural. Sin embargo, para conservar el andamiaje social, cultural y jurídico de un pueblo indígena, no tiene una relevancia esencial que personas *ajenas* a la comunidad se tengan que someter al sistema sancionatorio propio, siempre y cuando esté prescrito que el delito reciba una sanción equivalente fuera de la comunidad.

Por todo ello, el juez estatal debe declarar el castigo corporal impuesto a Álvaro como incompatible con la prohibición de la tortura, en su caso concreto, e imponerle de manera sustitutiva una pena equivalente sobre la base del sistema sancionatorio del Estado.

## Entre armas y amapola

### Supuesto

La indígena Carmen Flores Ferra, autoridad de un pueblo indígena y quien entiende castellano, pero no lo habla de manera fluida, fue detenida por la policía nacional fuera del territorio indígena, en posesión de un kilo de bulbos de amapola –que son usados para la extracción de morfina– y un arma de corto alcance sin que tuviera el permiso formal estatal para portarla. La policía la pone a disposición del fiscal y este la remite a la autoridad judicial competente.

Las autoridades del pueblo indígena de Carmen solicitan juzgarla conforme a su derecho propio por considerar que, al ser autoridad, su conducta podría haber agraviado al mismo pueblo. Por entrañar un conflicto de competencia, el tribunal determina que el caso debe ser conocido por el juez penal del Estado y no es competencia de la autoridad indígena.

### Variación

La inculpada acepta que la convencieron de transportar los bulbos de amapola. Argumenta también que estaba haciendo diligencias de su comunidad en la ciudad y por el cargo que ostenta, estos le exigieron portar el arma. Finalmente, señala que las autoridades de su comunidad siempre portan armas.

### Preguntas

- \* ¿Comparte la decisión emitida por el tribunal?
- \* Si Carmen entiende castellano, pero decidió hablar en su propio idioma, ¿el juez se encuentra obligado a proveer un intérprete o traductor? En tal caso, ¿qué características o requisitos deberá tener ese intérprete o traductor?
- \* ¿Cómo resolvería usted si fuera el juez penal del Estado al que fue remitido el caso?
- \* ¿En qué sentido la variación del caso cambiaría su valoración jurídica?

## Resolución del caso

### *¿Comparte la decisión emitida por el tribunal?*

La pregunta que invita a un análisis de la resolución judicial es jurídicamente correcta. El tribunal ha determinado que la judicialización corresponde al juez penal del Estado en lugar de la autoridad indígena. Se plantea, por ende, una delimitación entre las competencias del Estado y las autoridades indígenas en materia penal.

Suponemos, nuevamente, que el ordenamiento jurídico en cuestión reconoce la existencia del pluralismo jurídico y los demás elementos; así, a falta de más datos en el supuesto, se pueden tomar por dados: la comunidad de Carmen Flores Ferra es considerada pueblo indígena en el sentido del derecho; siendo ella la supuesta victimaria, los hechos involucran a un miembro de una comunidad indígena; existen autoridades que aplican un marco normativo propio.<sup>5</sup>

Lo que debe revisarse es la existencia de factores o criterios de vinculación (también llamados “ámbito de vigencia”) para decidir si la justicia penal del Estado es competente o no para conocer el caso. Los ordenamientos jurídicos latinoamericanos estipulan tales criterios de vinculación con más o menos detalle, a veces alternativos, otras veces acumulativos. A falta de una regulación nacional, en muchos casos se aplican reglas convencionales.

---

**BOLIVIA:** acumulativo, art. 8 Ley de Deslinde. **BRASIL:** Convenio 169 OIT. **COLOMBIA:** jurisprudencia CC. **GUATEMALA:** Convenio 169 OIT. **MÉXICO:** art. 2 A II CP, Convenio 169 OIT; normativa especial de los Estados. **PANAMÁ:** leyes comarcales, art. 49 Código Procesal Penal. **PERÚ:** art. 19 pár. 1 Decreto-Ley 22175 de 9/5/1978, Convenio 169 OIT. **VENEZUELA:** arts. 260 CP, Ley Orgánica de Pueblos y Comunidades Indígenas; Convenio 169 OIT, arts. 8 y 9).

---

### *Territorialidad*

Según el criterio de la territorialidad, los hechos tienen que haber ocurrido en territorio del pueblo indígena o tiene que tratarse de cuestiones relacionadas con asuntos locales:

---

**BOLIVIA:** art. 11 Ley de Deslinde. **ECUADOR:** art. 171 CP. **MÉXICO:** Oaxaca, art. 39 a) Ley de Derechos de los Pueblos y Comunidades Indígenas del Estado de Oaxaca; DNUDPI, arts. 4, 5, 34.

---

<sup>5</sup> Véanse consideraciones supra en el caso 1 y el esquema sobre los elementos formales.



En el presente caso, la presunta victimaria fue detenida fuera del territorio de la comunidad indígena e inculpada por portar armas y transportar sustancias fiscalizadas fuera de este territorio. En la medida en que el ordenamiento jurídico en cuestión estipule que la territorialidad es un requisito necesario para dar lugar a la competencia de las autoridades indígenas, este caso no sería competencia de estas, sino correspondería a la justicia estatal.

La normativa internacional no contiene fundamentos para cuestionar esta limitación a asuntos “internos” o “dentro del territorio indígena”. El Convenio 169 de la OIT solo contiene enunciados generales sobre la jurisdicción indígena. La DNUDPI, a su vez, sin ser un instrumento vinculante, sino más bien orientativo (*soft law*), en su artículo 4 no concede el ejercicio del derecho propio más allá del territorio indígena al reconocer los derechos a la libre determinación, a la autonomía o al autogobierno en las cuestiones relacionadas “con sus asuntos internos y locales”. De todos modos, la aplicación del derecho estatal por autoridades estatales a miembros de comunidades indígenas tiene que cumplir con los principios de la interculturalidad, con independencia de donde se haya realizado el hecho juzicable (véanse los detalles infra).

Si en cambio quisiera argumentarse que en Bolivia y Ecuador la limitación legal de la jurisdicción indígena a hechos ocurridos sobre el territorio indígena fuera incompatible con el derecho al pluralismo jurídico, garantizado en la constitución política, tendría que seguirse el procedimiento constitucional previsto para inaplicar o anular los preceptos respectivos. Cabe recordar que, en vista de la normativa internacional sobre el pluralismo jurídico, los principios que rigen en el derecho internacional privado y el derecho internacional penal, parecería difícil defender la competencia de un órgano sobre actos realizados fuera de su ámbito territorial soberano y sin que se trate de cuestiones relacionadas con asuntos locales.

#### *Criterio personal*

El análisis del criterio personal sobraría en este caso, al no cumplirse el criterio territorial, requerido tanto por la normativa especial en los Estados arriba mencionados como por el único instrumento internacional con una mención específica al respecto, la DNUDPI.

Con carácter subsidiario, cabe observar que, al tratarse de una persona indígena, el criterio personal se cumpliría en el caso de Carmen Flores Ferra.

#### *Criterio material*

Igualmente, de manera subsidiaria, se podría analizar si por los delitos imputados a Carmen Flores Ferra se cumpliría con el criterio material. La

jurisdicción indígena es excluida materialmente en aplicación de normas expresas vigentes en algunos Estados o establecidas mediante jurisprudencia en otros.

Así, en algunos Estados se exige que se trate de un asunto atribuido a la jurisdicción indígena o relacionado con asuntos internos, que histórica o tradicionalmente resolvía, y que no esté expresamente excluido de ella:

---

**BOLIVIA:** art. 10 Ley de Deslinde. **MÉXICO:** regulación especial para Oaxaca; DNUDPI, arts. 4, 5, 34. La Ley de Deslinde boliviana, en su art. 10 II, regula las materias excluidas de la jurisdicción indígena.

---

Por ello, en un primer paso corresponde comprobar si existe tal exclusión material. En el presente caso sería necesario, por tanto, revisar si por norma o jurisprudencia los crímenes alegados están asignados a la jurisdicción indígena o si, por el contrario, están excluidos de la misma. Crímenes considerados como “graves” por el Estado, o en los que este tiene un interés importante por tratarse de materias sensibles para la “seguridad nacional”, con frecuencia se excluyen de la jurisdicción indígena.

En un segundo paso también será preciso corroborar si tal exclusión es compatible con el marco legal superior (constitucional y convencional). Si un Estado decide, mediante normas constitucionales o la adhesión a convenios internacionales, salvaguardar el pluralismo jurídico, la jurisdicción indígena no podrá ser reducida de manera arbitraria. Cualquier limitación a determinadas materias tendrá que ampararse en principios constitucionales o derechos fundamentales y deberá ser proporcional.

En el presente caso, no resulta necesario comprobar este aspecto, al estar ya excluida la jurisdicción indígena por falta de cumplir con el criterio territorial.<sup>6</sup>

## Conclusión

Por todo ello, la autoridad indígena no tiene competencia para procesar a Carmen Flores Ferra. Por haber cometido el presunto delito fuera del territorio de la comunidad, es competente la justicia estatal. En consecuencia, la decisión emitida por el tribunal es correcta.

---

<sup>6</sup> Para más detalles sobre cómo proceder en tal caso, véase el desarrollo supra en relación con el caso ¿Justo castigo?

## Pregunta

\* Si Carmen entiende castellano, pero decidió hablar en su propio idioma, ¿el juez se encuentra obligado a proveer un intérprete o traductor? En tal caso, ¿qué características o requisitos deberá tener ese intérprete o traductor?

Las preguntas versan sobre las garantías del debido proceso aplicables a personas indígenas procesadas ante la justicia estatal. El procedimiento y el derecho material aplicable al caso se rigen por el derecho formal, al igual que un procedimiento ante la justicia indígena estaría sujeto al derecho propio. No obstante, cuando una parte en un proceso judicial estatal sea indígena, aplican una serie de garantías específicas de acuerdo con el principio de la interpretación intercultural, como se desprende de la normativa internacional, constitucional y a veces infraconstitucional.

---

**BOLIVIA:** art. 190 CP, art. 4 Ley de Deslinde. **BRASIL:** arts. 8, 9, 12 Convenio 169 OIT. **COLOMBIA:** art. 246 CP, art. 10 Decreto 1953/2014, jurisprudencia CC. **ECUADOR:** art. 66 (1), (2), (3) y, especialmente, (4) y (5) Ley Orgánica de Garantías Jurisdiccionales y Control Constitucional. **GUATEMALA:** art. 142 CPP (Decreto 51 de 1992). **MÉXICO:** art. 2 A II CP, arts. 8, 9, 12 Convenio 169 OIT. **PANAMÁ:** arts. 48, 205 CPP. **PERÚ:** art. 149 CP, art. 19 pár. 2 Decreto-Ley 22175; arts. 8, 9, 12 Convenio 169 OIT. **VENEZUELA:** art. 260 CP, arts. 130 y ss. Ley Orgánica de Pueblos y Comunidades Indígenas; arts. 8, 9, 12 Convenio 169 OIT; CADH, arts. 8 y 25, jurisprudencia Corte IDH; DNUDPI, art. 13 núm. 2.

---

Estas garantías complementarias se podrían agrupar de la siguiente manera:

- Defensa en el propio idioma (interpretación y traducción) y asistencia letrada.
- Interpretación intercultural de las normas procesales.
- Requisitos especiales cuando se trate de víctima indígena.
- Requisitos especiales cuando se trate de mujer indígena.

El artículo 12 del Convenio 169 de la OIT señala que “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”. También, la DNUDPI, en

su artículo 13 núm. 2, señala que “los Estados adoptarán medidas eficaces para asegurar la protección de ese derecho y también para asegurar que los pueblos indígenas puedan entender y hacerse entender en las actuaciones políticas, jurídicas y administrativas, proporcionando para ello, cuando sea necesario, servicios de interpretación u otros medios adecuados”.

Por tanto, cuando en un proceso una de las partes es miembro de un pueblo indígena, el operador de justicia debe asegurarse que el o la indígena entienda los términos que se utilizan en la diligencia judicial y que lo manifestado por él o ella sea comprendido por las autoridades judiciales. Este derecho no requiere que la persona indígena sea monolingüe, además, si se tiene en cuenta que el dominio del lenguaje común no implica un nivel de comprensión suficiente para seguir y participar en un procedimiento judicial. Por ello, el Estado debe proveer una interpretación de calidad en ambos sentidos, incluso cuando la persona indígena entiende y habla el castellano a un nivel coloquial. De ahí se desprende, igualmente, que el intérprete debe ser alguien con formación profesional para que entienda bien los términos legales y sus equivalentes en el idioma del procesado, así como que esté familiarizado con el contexto cultural indígena.

## Pregunta

\* ¿Cómo resolvería usted si fuera el juez penal del Estado al que fue remitido el caso?

La valoración jurídica material de los hechos dependerá de la normativa de cada país. Pero podemos presumir que el porte de armas sin autorización y la posesión de sustancias fiscalizadas, igualmente sin autorización estatal, constituyen, en la mayoría de los Estados latinoamericanos, delitos sancionados por el derecho penal.

En la versión base no se aportan datos que den lugar a una valoración intercultural del caso. No se justifica totalmente el porte del arma, pero lo dicho por la procesada en el sentido de que como autoridad está obligada a portar un arma tendría que ser valorado e investigado; la posesión de sustancias fiscalizadas fuera de su territorio no tiene valoración intercultural, salvo algunos casos relacionados con sustancias o plantas que constituyen elementos ceremoniales o de uso cotidiano esenciales a prácticas culturales de algunos pueblos.<sup>7</sup>

<sup>7</sup> Esto ocurre con el yagé o ayahuasca (*Banisteriopsis caapi*), el peyote (*Lophophora williamsii*) y las hojas de coca (*Erythroxylum coca*), entre otros.

Por ello, por el lado del acto material (*actus reus*) de las infracciones, excepto el porte de arma, no se observan circunstancias especiales que activarían una interpretación intercultural de los requisitos de los delitos. Sin embargo, a la hora de determinar la pena aplicable a Carmen Flores Ferra, el tribunal tendrá que tomar en cuenta preceptos de orden nacional e internacional sobre la aplicación intercultural del derecho estatal:

---

Normas especiales: **BOLIVIA:** art. 4 d) Ley de Deslinde. **COLOMBIA:** jurisprudencia CC. **ECUADOR:** art. 344 (a), (b), (e) Código Orgánico de la Función Judicial. **VENEZUELA:** arts. 130 y ss. Ley Orgánica de Pueblos y Comunidades Indígenas.

---

A falta de regulación especial, se fundamenta en principios generales de pluralismo cultural, del pluralismo jurídico y de la interpretación intercultural contenidos en las CP, y el Convenio 169 de la OIT (para casos penales arts. 9 II, 10).

El artículo 9 par. 2 del Convenio 169 de la OIT prescribe que las autoridades y los tribunales llamados a pronunciarse sobre cuestiones penales deberán tener en cuenta las costumbres de dichos pueblos en la materia. El artículo 10 precisa que cuando se impongan sanciones penales previstas por la legislación general a miembros de dichos pueblos, estas deberán tener en cuenta sus características económicas, sociales y culturales. Además, deberá darse preferencia a tipos de sanción distintos del encarcelamiento. En su caso, será necesario conocer la práctica y el contexto cultural de la comunidad de Carmen Flores Ferra a través de peritaje antropológico para poder determinar una pena que tome en cuenta tanto el derecho estatal como las costumbres del pueblo.

## Pregunta

\* ¿En qué sentido la variación del caso cambiaría su valoración jurídica?

En la variación del caso se nos presentan más detalles. Por un lado, la inculpada acepta que la convencieron de transportar los bulbos de amapola. Esta circunstancia, no obstante, no representa un elemento que, desde la perspectiva del derecho estatal, cambiaría significativamente la valoración jurídica.

Por otro lado, la inculpada argumenta que estaba haciendo diligencias de su comunidad en la ciudad, y por el cargo que ostenta, estos le exigieron portar el arma. Finalmente, señala que siempre las autoridades de su comunidad portan armas. Este aspecto podría influir en dos sentidos: 1) en la valoración

formal sobre la competencia de las autoridades propias para juzgar a la inculpada; y 2) en la valoración del delito de porte de armas sin autorización. Para que el juez pueda formarse una opinión fundada será, en la mayoría de los casos, necesario un peritaje antropológico y la interrogación de las autoridades en relación con la misión que alega la inculpada y la obligación del porte de armas.

1. En relación con la cuestión competencial, el hecho de que Carmen Flores Ferrera hubiera actuado, si esto llegase a probarse, en una misión oficial de la comunidad, podría cumplirse el criterio territorial y activar la competencia de las autoridades indígenas; no porque los hechos se hayan desarrollado (también) en territorio indígena, sino por tratarse de “cuestiones relacionadas con asuntos locales”.<sup>8</sup> Si la inculpada no se desplazó por asuntos propios, sino en misión oficial, dicha orden podría significar un vínculo suficiente con la comunidad para atraer la competencia de juzgar a su autoridad. Sería entonces necesario entrar en un análisis más preciso de la competencia para juzgar determinados delitos. Al ser el porte de armas un ámbito sensible para la seguridad interna, lo habitual es que los Estados reclamen la competencia para ejecutar la normativa correspondiente, más aún cuando las autoridades indígenas consideran obligatorio portar armas y, por ende, no reconocen la prohibición estatal.
2. La obligación de una autoridad indígena de portar un arma cuando cumple con funciones soberanas podría equipararse con la de funcionarios públicos del Estado, por ejemplo, los policías. Las averiguaciones podrían revelar un dilema intercultural para las autoridades indígenas que tendrían que incumplir con los mandatos de su pueblo para cumplir con las normas del Estado, o viceversa. Este conflicto de lealtad es una circunstancia que el juez estatal debería tener en cuenta a la hora de valorar la existencia de causas justificantes del acto o eximentes de la culpa. En la ponderación que el juez tendría que realizar influirían también factores como posibles amenazas a las autoridades indígenas por parte de grupos armados y la capacidad del Estado para protegerlas efectivamente. Más allá de la valoración penal, el caso daría lugar a una coordinación entre las autoridades estatales e indígenas sobre fundamentos y reglas relativas al porte de armas, con el fin de eliminar incompatibilidades entre ambos ordenamientos jurídicos.

---

8 Véanse referencias legales supra, en la resolución de este caso.

## Brujería

### Supuesto

En la localidad de Puerto Colón, del estado de Oaxaca (México), el indígena mixe Saulo Aquino dio muerte con arma de fuego a Eleuterio Aguilar, de su mismo pueblo. Estas personas residían en la vereda El Ají, de Puerto Colón. En su indagatoria, el procesado expresó que el día de los hechos se encontraba en Puerto Colón a donde había acudido para hacerse examinar de un médico tradicional indígena, puesto que se encontraba enfermo de gravedad. Agregó que el médico tradicional le había manifestado que el origen de su enfermedad estaba en un mal que le había hecho otro indígena para matarlo, lo que ya había ocurrido con una hija de Saulo Aquino, menor de edad. Que al salir, preocupado, indignado y enfermo, se encontró con la persona que le habría hecho las brujerías, a quien le preguntó la razón por la cual le hacía males sin ninguna necesidad. Se produjo entonces un altercado y Aquino le increpó a Eleuterio Aguilar que, si lo quería matar, él también tenía cómo defenderse, y como tales personas siempre solían ir armadas, sacó un revólver y le disparó, con las consecuencias conocidas.

Manifiesta la apoderada del accionante que el Juzgado Penal del Circuito, “al no declarar la nulidad de lo actuado por falta de competencia y no ordenar remitir a las autoridades del pueblo indígena las diligencias para que se adelantara el juzgamiento acorde a la competencia jurisdiccional que les corresponde en aplicación al derecho de los pueblos indígenas a su propio derecho, incurrió en manifiesta violación al derecho fundamental al debido proceso”.

Expresa que la conducta del procesado se desarrolló en un contexto cultural indígena dentro del cual resulta explicable la creencia de que la brujería de la cual había sido objeto podría producirle la muerte, motivo que lo habría llevado a defenderse conforme los hechos que fueron objeto del proceso penal.

### Preguntas

- \* ¿A qué jurisdicción, la estatal o la indígena, le corresponde procesar al inculcado?
- \* ¿Las alegaciones de legítima defensa tienen fundamento jurídico?

## Resolución del caso

### Pregunta

\* ¿A qué jurisdicción, la estatal o la indígena, le corresponde procesar al inculcado?

El procesamiento penal del inculcado debe llevarse a cabo por las autoridades de la comunidad indígena de Puerto Colón, si se cumplen los requisitos jurídicos que activan la jurisdicción propia. Caso contrario, la competencia recaería en la justicia del Estado. Dichos requisitos son el reconocimiento del pluralismo jurídico en términos generales en el país en cuestión; el reconocimiento legal del pueblo indígena como tal; la calificación de, al menos, uno de los implicados como perteneciente a dicha comunidad; la existencia de autoridades propias en el pueblo dispuestas a llevar casos penales; la existencia de un marco normativo propio en la materia, aquí la penal, en la comunidad indígena y, por último, el cumplimiento de –según el marco jurídico aplicable– uno o varios criterios de vinculación entre los hechos y el pueblo.

El caso se desarrolla en el estado de Oaxaca en México, donde el pluralismo jurídico es constitucionalmente reconocido (art. 2 A II CP de México, art. 16 par. 7 Constitución Política del estado de Oaxaca,<sup>9</sup> y arts. 28, 29, 34, 38 de la Ley de Derechos de los Pueblos y cComunidades Indígenas del Estado de Oaxaca).

Para otros Estados es preciso revisar la normativa constitucional e infraconstitucional:

---

**ARGENTINA:** no se reconoce expresamente, pero se remite al Convenio 169 OIT. **BOLIVIA:** artículos 30 II inciso 14, 178 I, 179, 190 y ss. CP. **BRASIL:** Convenio 169 OIT. **COLOMBIA:** arts. 1, 7, 246, 329, 330 CP, 1 Decreto 1953 de 7/10/2014, 11 Ley 1653 de 15/7/2013, Convenio 169 OIT, jurisprudencia CC. **ECUADOR:** arts. 57 núm. 10, 76 (i), 171 CP; 17 Código Orgánico de la Función Judicial. **GUATEMALA:** Convenio 169

---

<sup>9</sup> Artículo 16 pár. 7 CP Oaxaca: “Se reconocen los sistemas normativos internos de los pueblos y comunidades indígenas, así como jurisdicción a las autoridades comunitarias de los mismos. La ley reglamentaria establecerá los casos y formalidades en que proceda la jurisdicción mencionada y las formas de homologación y convalidación de los procedimientos, juicios, decisiones y resoluciones de las autoridades comunitarias” (México 1922).



OIT. PANAMÁ: leyes comarcales, art. 30 núm. 10 Código Procesal Penal. PERÚ: arts. 89, 149 CP. VENEZUELA: arts. 260 CP, Ley Orgánica de Pueblos y Comunidades Indígenas; Convenio 169 OIT, arts. 8-10; DNUDPI, arts. 5, 34.

---

Los mixes son reconocidos como pueblo indígena (art. 16 párr. 2 CP Oaxaca).

---

ARGENTINA: Convenio 169 OIT. BOLIVIA: art. 30 CP. BRASIL: Convenio 169 OIT, arts. 1 y 2. COLOMBIA: jurisprudencia TC. ECUADOR: Convenio 169 OIT. GUATEMALA: Convenio 169 OIT. PANAMÁ: art. 1.1 Convenio 107 OIT. PERÚ: Convenio 169 OIT. VENEZUELA: Convenio 169 OIT, arts. 1 y 2.

---

Se entiende del supuesto que el pueblo mixe tiene sus propias autoridades, capaces y dispuestas a aplicar los usos y las costumbres del pueblo a conflictos de índole penal. La jurisdicción indígena presupone, además, que se cumplen, según la normativa respectiva, uno o varios criterios de vinculación:

---

BOLIVIA: acumulativo, art. 8 Ley de Deslinde. BRASIL: Convenio 169 OIT. COLOMBIA: jurisprudencia CC. GUATEMALA: Convenio 169 OIT. MÉXICO: art. 2 A II CP; Convenio 169 OIT; normativa especial de los Estados. PANAMÁ: leyes comarcales, art. 49 Código Procesal Penal. PERÚ: art. 19 párr. 1 Decreto-Ley 22175 de 9/5/1978; Convenio 169 OIT. VENEZUELA: arts. 260 CP, Ley Orgánica de Pueblos y Comunidades Indígenas; Convenio 169 OIT, arts. 8 y 9.

---

En el presente caso, cabe observar que ambas partes pertenecen al pueblo mixe, por lo que el criterio personal se cumple de acuerdo con el artículo 38 I a) de la Ley de Derechos de los Pueblos y Comunidades Indígenas del Estado de Oaxaca. De la misma manera, se cumple el criterio territorial, al haber ocurrido el delito en territorio indígena, de acuerdo con el artículo 39 a) de la citada ley.

---

En relación con el criterio territorial en otros Estados, véase BOLIVIA: art. 11 Ley de Deslinde. ECUADOR: art. 171 CP; DNUDPI, arts. 4, 5, 34. El criterio personal también lo prevé el art. 9 de la Ley de Deslinde de Bolivia.

---

No obstante, el criterio material requiere mayor atención en el presente caso. Algunas normas nacionales reconocen la justicia propia en casos relacionados con asuntos internos, que histórica o tradicionalmente resolvía la justicia indígena y que no estén expresamente excluidos de ella.

---

**BOLIVIA:** art. 10 Ley de Deslinde; a falta de reglas especiales, la DNU-DPI, arts. 4, 5, 34, sirve de orientación.

---

De acuerdo con los arts. 29 y 38 I b) de la ley oaxaqueña citada, la justicia indígena podrá resolver asuntos penales, pero solo cuando “la materia de las controversias verse sobre: delitos que estén sancionados en el Código Penal del estado de Oaxaca, con pena económica o corporal que no exceda de dos años de prisión”, en cuyos casos las “autoridades comunitarias actuarán, a través de sus órganos competentes, como auxiliares del Ministerio Público o del Poder Judicial”.

---

**En BOLIVIA, en su art. 10 II, la Ley de Deslinde también excluye determinados asuntos de la competencia indígena.**

---

La pena mínima para el homicidio, de acuerdo con el Código Penal de Oaxaca, es de 12 años (art. 289) o, cuando se cometiere en riña, de cuatro años de prisión (art. 290), de todos modos, superior a los dos años previstos como límite para la justicia indígena. En consecuencia, el procesamiento del inculgado en el presente caso no sería competencia de las autoridades mixtas.

Podría, sin embargo, cuestionarse dicha limitación material por resultar incompatible con el principio del pluralismo jurídico reconocido constitucional (art. 2 A II CP México, art. 16 II 3ª frase y art. 112 CP estado de Oaxaca) y convencionalmente (art. 8 II y 9 I Convenio 169 OIT), y con el derecho al juez natural (art. 8 I CADH junto con el art. 1 CP México).

Procesalmente, el juez estatal encargado del caso en México tendría la obligación de revisar la constitucionalidad y convencionalidad de esta limitación material a la jurisdicción indígena (art. 1 II 1ª frase CP México). Si llegase a la conclusión de que la restricción a asuntos penales con una pena máxima de dos años fuera incompatible con las normas superiores citadas, y siendo imposible una interpretación conforme (véase art. 1 II CP México) por el claro sentido literal del art. 38 I b) de la Ley oaxaqueña,<sup>10</sup> el juez podría inaplicar la

---

**10** Artículo 38 de la Ley de Derechos de los Pueblos y Comunidades Indígenas del Estado de Oaxaca: “I. Las autoridades comunitarias de los pueblos y comunidades indígenas ejer-

norma limitadora para el caso concreto, a no ser que prefiera someter su duda mediante una petición a la sala constitucional del tribunal de Oaxaca (art. 106 B III CP Oaxaca), con el fin de resolver el interrogante competencial en función de la decisión de dicha sala.

El alcance de la competencia de cada juez para inaplicar o anular una norma inconstitucional, o para someter la cuestión incidental al tribunal competente dependerá de cada regulación nacional o regional. Lo que a los efectos de este caso (y este Manual) nos interesa son los criterios que el juez competente tendría que contemplar para revisar la constitucionalidad o convencionalidad de una limitación a la jurisdicción indígena. Las normas arriba citadas, que sirven como referencia para este control, aluden al artículo 133<sup>11</sup> de la Constitución Federal que dispone el deber de todos los jueces de la república de actuar de conformidad con la constitución y los tratados internacionales ratificados por el Estado.

La CP de México:

... reconoce y garantiza el derecho de los pueblos y las comunidades indígenas a la libre determinación y, en consecuencia, a la autonomía para: [...] II. Aplicar sus propios sistemas normativos en la regulación y solución de sus conflictos internos, sujetándose a los principios generales de esta Constitución, respetando las garantías individuales, los derechos humanos y, de manera relevante, la dignidad e integridad de las mujeres. (Artículo 2 A II)

La ley reglamentaria que debería establecer “los casos y procedimientos de validación por los jueces o tribunales correspondientes”, aún no existe. De acuerdo con el artículo 16 II 3ª frase y artículo 112 CP del estado de Oaxaca, el “Estado reconoce a los pueblos y comunidades indígenas y afromexicanas [...] sus sistemas normativos internos [y] la jurisdicción que tendrán en sus

---

cerán jurisdicción en los casos siguientes. [...] b) Que la materia de las controversias verse sobre: delitos que estén sancionados en el Código Penal del Estado de Oaxaca, con pena económica o corporal que no exceda de dos años de prisión, en estos casos las autoridades comunitarias actuarán, a través de sus órganos competentes, como auxiliares del Ministerio Público o del Poder Judicial” (México 1998).

**11** Artículo 133: “Esta Constitución, las leyes del Congreso de la Unión que emanen de ella y todos los Tratados que estén de acuerdo con la misma, celebrados y que se celebren por el Presidente de la República, con aprobación del Senado, serán la Ley Suprema de toda la Unión. Los jueces de cada Estado se arreglarán a dicha Constitución, leyes y tratados, a pesar de las disposiciones en contrario que pueda haber en las Constituciones o leyes de los Estados. En materia de derechos humanos, se favorecerá en todo tiempo a las personas la protección más amplia”.

territorios”; y la “Jurisdicción Indígena se ejercerá por las autoridades comunitarias de acuerdo con los usos y costumbres de los pueblos y comunidades indígenas, dentro del marco del orden jurídico vigente y en los términos que determine la ley reglamentaria”, es decir, la Ley de Derechos de los Pueblos y Comunidades Indígenas del Estado de Oaxaca. Los artículos 8 II y 9 I del Convenio 169 de la OIT, a su vez, estipulan que los pueblos indígenas “deberán tener el derecho de conservar sus costumbres e instituciones propias, siempre que estas no sean incompatibles con los derechos fundamentales definidos por el sistema jurídico nacional ni con los derechos humanos internacionalmente reconocidos”; y que, dentro los mismos límites, “deberán respetarse los métodos a los que los pueblos interesados recurren tradicionalmente para la represión de los delitos cometidos por sus miembros”.

Mientras que las normas citadas definen el derecho colectivo a la jurisdicción propia, el argumento del juez natural se basa en la perspectiva del individuo. El artículo 8 I CADH (aplicable en México en virtud del art. 1 CP) concede a toda persona el “derecho a ser oída [...] por un juez o tribunal [...] establecido con anterioridad por la ley” (Ibáñez 2019b). Aunque el legislador nacional puede y debe definir la organización interna de los tribunales, de lo cual depende la asignación del juez a un caso concreto, un reparto de competencias contrario a derecho o principios constitucionales no sería compatible con el derecho al juez natural. Aplicado al caso, esto significa que, en México, un indígena inculpado de un delito cometido sobre su territorio, en principio tiene derecho a ser juzgado por las autoridades de su respectivo pueblo indígena. Si una ley asigna como juez natural a un juez del Estado, contrario al reparto de competencias constitucional, el indígena estaría privado de su juez natural.

En síntesis, los preceptos constitucionales y convencionales citados obligan a las autoridades del Estado a respetar la jurisdicción indígena que, a su vez, está sometida al derecho estatal. Esto, sin embargo, no da carta blanca para restringir la jurisdicción indígena libremente mediante ley reglamentaria. Por el contrario, siguiendo las reglas generales relativas a la restricción de derechos y principios constitucionales, cualquier limitación tiene que obedecer, no solo a la reserva legal, sino además al principio de proporcionalidad. Por consiguiente, la reglamentación de la jurisdicción indígena tiene que perseguir un fin legítimo; la medida empleada para conseguir este fin tiene que ser apta, necesaria (no habiendo medidas alternativas menos invasivas) y proporcional en sentido estricto (lo cual requiere una ponderación entre los principios en juego).

Aplicado al caso, la medida por revisar es la restricción reglamentaria de la jurisdicción penal indígena a delitos que en el derecho del estado de Oaxaca no estén sancionados con más de dos años de prisión. Desconocemos el fin

perseguido por el legislador con esta medida, pero es probable que se haya considerado que delitos “graves” (con sanciones superiores a dos años) no pueden ser tratados adecuadamente por la justicia indígena y que, por tanto, para preservar la paz social, resulte necesario asignar tales delitos a la justicia estatal. La preservación de la paz social es un fin legítimo compartido además por las autoridades indígenas. No obstante, la privación de estos asuntos a las autoridades indígenas no es necesariamente una medida apta ni necesaria para conseguir este fin. Es cierto que en casos donde las autoridades indígenas, por una falta de experiencia, de recursos, de legitimidad interna o de medidas sancionatorias a su alcance, no logren procesar delitos de una cierta gravedad, podría ser oportuno y necesario reservar la persecución penal a las autoridades del Estado, al menos cuando estas dispongan de las cualidades y los instrumentos mencionados. De manera generalizada, empero, esto no es así.

De hecho, la preservación de la paz social, cuando el delito haya ocurrido dentro de un pueblo indígena y haya sido cometido por un indígena en contra de otro de su comunidad, se podría obtener incluso mejor mediante un procesamiento por las propias autoridades, más aún tratándose de un delito cuya motivación (brujería), culturalmente, es relevante en pueblos indígenas, pero es ignorada e inexistente en los ordenamientos penales formales de los Estados. Por tanto, la exclusión generalizada de delitos de una cierta gravedad de la jurisdicción indígena no es apta ni necesaria para asegurar la paz social. Una limitación menos gravosa, pero igualmente efectiva, sería activar la competencia estatal cuando las autoridades propias no pueden dar garantía de procesar adecuadamente un delito. Esto, sin embargo, no depende de la gravedad del hecho, sino de la preparación, experiencia y voluntad de las autoridades indígenas encargadas de sancionar delitos. La ley podría, por tanto, presumir la competencia indígena para delitos comunes, salvo que un informe pericial demostrara la incapacidad de las autoridades propias o que estas voluntariamente transfirieran el caso a la justicia formal estatal.

En conclusión, en el presente caso, el tribunal encargado del procesamiento del inculpado podría, por una u otra vía procesal (véase supra), denegar su competencia y transferirlo a las autoridades del pueblo mixe. Cabe observar también que, en otros incidentes de limitaciones a la justicia indígena, puede haber una justificación constitucional para dar preferencia a la justicia estatal, especialmente en el caso de delitos que trascienden el mero ámbito local. Será necesario, en todo caso, realizar un análisis de la constitucionalidad y convencionalidad de tales restricciones, incluyendo la prueba de proporcionalidad, para no desconocer la autonomía indígena consagrada tanto en las constituciones como en convenios internacionales.

## Pregunta

\* ¿Las alegaciones de legítima defensa tienen fundamento jurídico?

El fundamento jurídico de una alegación de legítima defensa contra una amenaza de vida en virtud de un acto de “brujería” dependerá, en primer lugar, de la jurisdicción que procesa el caso. Probablemente, el nivel de predisposición para contemplar semejante argumento en el juicio sería diferente ante un juez del Estado que ante una autoridad indígena que conoce e incluso comparte la creencia de la capacidad de la brujería de inferir daño. Esto, sin embargo, no quiere decir que un juez estatal podría simplemente despachar tal defensa como “ridícula” o privada de todo sentido razonable, ni tampoco que una autoridad indígena tendría toda la libertad para aceptar tal alegación como legítima dentro del marco ideológico y cultural indígena.

En una sociedad plural, el punto de partida para la valoración jurídica –y, de hecho, para cualquier valoración– debe ser una predisposición para escuchar al otro y aceptar que determinadas convicciones pueden variar de un contexto cultural a otro. Con la progresiva homogeneización cultural –una consecuencia prácticamente inevitable de la modernidad–, tal apertura mental es un bien en declive. Ahora bien, esto no implica que cualquier constructo cultural, ideológico o religioso pueda servir para legitimar o justificar cualquier tipo de actuación.

En términos de una valoración jurídico-penal existen diferentes opciones y, desde luego, opiniones dogmáticas para tener en cuenta las alegaciones del inculpado. En el caso presente, la convicción de sufrir un mal a causa de una “brujería” que acabaría con su vida podría considerarse, teóricamente, como un justificante, lo que permitiría un acto normalmente prohibido (p. ej., la legítima defensa). También se podría apreciar como una causa eximente, exculpando un acto prohibido (p. ej., la llamada necesidad exculpante). Se trata de diferenciaciones dogmáticas para captar el nivel de responsabilidad y culpa imputable al infractor. De esta valoración objetiva debe distinguirse aquella subjetiva para tomar en consideración un posible error del infractor sobre la existencia o no de una causa justificante o eximente.

Dependerá del derecho penal de cada Estado, su jurisprudencia y dogmática, la manera de tratar jurídicamente las alegaciones del presunto victimario. No obstante, cabe observar que habitualmente el uso de la violencia en defensa propia o de un tercero requiere una amenaza inmediata para un bien jurídico importante que, además, no es posible evitar de otra manera. Cuando estas circunstancias no se dan, la persona afectada debe recurrir a las vías

institucionales previstas para prevenir amenazas, según la urgencia –la policía o la justicia–, justamente para evitar la justicia por mano propia. De manera correspondiente, el juez penal valoraría la existencia de un error sobre una causa justificante o eximente en virtud de la amenaza de muerte por brujería.

Las autoridades mixtas, posiblemente, no tendrán una dogmática elaborada sobre el tratamiento penal de causas justificantes y los respectivos errores del infractor. Sin embargo, muy probablemente, las consideraciones que tomarían para valorar la culpabilidad de Saulo Aquino estarían, en esencia, compartiendo valores y principios culturales y, por tanto, con mayores posibilidades de aplicar una justicia adecuada al hecho.

En conclusión, las alegaciones del inculpado frente a la justicia ordinaria no valdrían ni para justificar ni para exculpar el homicidio cometido. Una cosa es creer o no en la capacidad de la brujería para infligir mal o incluso la muerte. Otra cosa es qué medidas de defensa permite tomar el derecho o los usos y las costumbres para evitar la amenaza. Las creencias de Saulo Aquino podrían, en todo caso, incidir en mayor o menor medida en la determinación de su castigo.

## Del linchamiento al trabajo comunitario

### Supuesto

En Cantón de Yax fueron capturados tres indígenas sospechosos de intentar robar en una casa. La primera reacción de la comunidad fue lincharlos, por lo que fueron vapuleados y obligados a caminar en paños menores. Cuando algunas personas traían gasolina para quemarlos, la intervención del alcalde indígena (autoridad tradicional) y de mujeres líderes logró convencerlos de no quemarlos vivos y entregarlos a la policía.

Al día siguiente entregaron el memorial al juez de instancia penal en el que exigían que se castigara ejemplarmente a los sospechosos, negando el derecho a la defensa, toda vez que se demandaba que los acusados fueran condenados y advertían, bajo amenazas, que no fueran dejados libres sin castigo. Esto generó una crisis entre los funcionarios de las instituciones de justicia, quienes se mostraban temerosos e inseguros sobre qué camino tomar.

Con el propósito de mejorar los mecanismos de coordinación entre el derecho indígena y el derecho formal en el marco de lo establecido por el Convenio 169 de la OIT en cuanto al debido proceso, la presunción de inocencia y el respeto a la vigencia del derecho de los indígenas a juzgar y aplicar su justicia propia, el juez decidió permitir que fueran juzgados por las autoridades tradicionales.

En una ceremonia especial, las autoridades tradicionales juzgaron a los tres indígenas en coordinación con las autoridades judiciales respectivas. En el curso de la ceremonia los procesados reconocieron su falta y pidieron perdón a la comunidad, a sus hijos y parientes. Seguidamente, pidieron a los familiares de los procesados que subieran al estrado, donde se llevaba a cabo el juicio y, que, de rodillas, cada uno de los acusados les pidiera perdón por su conducta, y se comprometiera a corregir sus vidas, trabajar honestamente y a ser buen ejemplo para sus familias y la comunidad.

Durante el proceso, varias veces se invocaron valores éticos y principios morales de orden cultural, tales como el valor sagrado de la palabra, la dignidad, la armonía, el buen ejemplo y el carácter del trabajo como la más noble forma de comunicación entre los seres humanos y la naturaleza. En algunos momentos de la ceremonia se hizo uso de un libro de origen prehispánico del



que se citaron apartados como los siguientes: “Todos recibimos los dones de la vida, la salud y la dignidad”. “El podrido de los frutos no se tira, sino que cumple una función” y “el castigo no limpia la mente, el trabajo en cambio sí”.

## Preguntas

- \* Si alguno de los sindicatos no estuviera de acuerdo con el proceso y la sanción, ¿a quién recurriría?
- \* Si uno de los procesados no hubiera sido indígena, o si el afectado no lo fuera y demandara que los sindicatos fueran juzgados por la justicia formal, ¿cómo resolvería usted esta situación?
- \* ¿Qué ocurriría si alguien levantara una voz de protesta por el involucramiento en el proceso de parientes y familiares de los procesados?
- \* Algunas de las garantías del debido proceso reclaman la preexistencia de jueces y procedimientos. En el caso descrito esto no se da, hay una improvisación que es resultado de la lectura del texto prehispánico y lo novedoso del mecanismo que opera frente a los hechos. ¿Cómo evalúa usted esta situación?, ¿cree que podría dar lugar a la anulación de lo actuado?
- \* ¿Considera usted que la omisión de la defensa por medio de un abogado letrado podría dar lugar a un vicio en el proceso?
- \* De acuerdo con la manera como se llevó a cabo el proceso, los tres sindicatos se confesaron culpables y, siguiendo instrucciones de quienes controlaban el procedimiento, fueron puestos de rodillas frente a sus familiares para pedir perdón a estos, las autoridades y la comunidad. ¿Considera usted que esto podría reñir con garantías del debido proceso?

## Resolución del caso

### Pregunta

- \* Si alguno de los sindicatos no estuviera de acuerdo con el proceso y la sanción, ¿a quién recurriría?

Se plantea la duda de si el mismo proceso y la resolución de las autoridades indígenas sobre la sanción impuesta podrían ser recurridos, y, en tal

caso, ante qué autoridad. Si en el pueblo indígena concreto existiera un mecanismo para la revisión de resoluciones de las autoridades, la admisibilidad se regiría por lo establecido mediante el derecho propio en dicho pueblo. Con la consolidación de esfuerzos de coordinación entre jurisdicciones, y como consecuencia de un diálogo constructivo entre estas, existen en algunos Estados latinoamericanos instancias de apelación indígenas, justamente para responder a las exigencias constitucionales y de orden internacional de proveer al condenado la posibilidad de apelar, al menos sentencias penales, ante una instancia superior.

Suponiendo que, en el presente caso, no existe tal instancia superior de la justicia propia, la admisibilidad de un recurso contra los actos jurídicos de las autoridades indígenas se rige por la normativa internacional y nacional que regula la resolución de conflictos entre jurisdicciones. Véase, en general:

---

**BOLIVIA:** art. 12 inciso 11 CP, con art. 28 I.10 Ley del TC; arts. 100 a 102 CPC. **COLOMBIA:** arts. 256 núm. 6 CP y 112 núm. 2 Ley 270 de 1996. **ECUADOR:** arts. 171 CP, 344 Código Orgánico de la Función Judicial. **GUATEMALA:** sin reglar. **MÉXICO:** sin reglar. **PANAMÁ:** art. 41 núm. 10 Código Procesal Penal. **PERÚ:** sin reglar. **VENEZUELA:** arts. 260 CP, Ley Orgánica de Pueblos y Comunidades Indígenas; Convenio 169 OIT, arts. 8 y 9.

---

En algunos Estados (Brasil, Guatemala, México, salvo Oaxaca, y Perú), ante la ausencia de reglas específicas, la admisibilidad de un recurso contra una resolución indígena se tendrá que resolver, en atención a la sujeción general de la jurisdicción indígena, “a las leyes y los derechos humanos” conforme al Convenio 169 de la OIT (arts. 8-10) y la DNUDPI (art. 34). En tales casos, dicha sujeción se tendrá que aplicar con criterio intercultural al caso concreto para no desvirtuar la jurisdicción propia (véanse los criterios de interculturalidad contenidos en el esquema de los elementos materiales y debido proceso..

Otros Estados complementan las reglas generales internacionales con normativa o jurisprudencia propia específica sobre la resolución de conflictos entre jurisdicciones:

---

**COLOMBIA:** con jurisprudencia y práctica de la CC. **ECUADOR:** art. 171 CP. **MÉXICO:** Oaxaca. **VENEZUELA:** arts. 260 CP, Ley Orgánica de Pueblos y Comunidades Indígenas.

---

El artículo 12 CP de Bolivia estipula el cumplimiento obligatorio de resoluciones indígenas, no revisable por otras jurisdicciones. Según el artículo 189 CP y el artículo 253 del Código Orgánico de la Función Judicial del Ecuador, los jueces de paz no están facultados para revisar resoluciones indígenas. En el Perú, el artículo 19 pár. 1 del Decreto-Ley 22175 de 9-5-1978 prevé que los “conflictos y controversias de naturaleza civil de mínima cuantía que se originen entre los miembros de una comunidad nativa, así como las faltas que se cometan, serán resueltas o sancionadas en su caso, en forma definitiva, por sus órganos de gobierno”.

En algunos casos está previsto un control de constitucionalidad o convencionalidad *posterior* de resoluciones de la jurisdicción indígena:

---

**BOLIVIA:** art. 12 inciso 11 CP, con art. 28 I.10 Ley del TC; arts. 100 a 102 CPC; autoridades actúan como autoridad pública y como tal están sujetas a la jurisdicción constitucional del TC, arts. 30 II 5, 51 y ss., 290 II CP.  
**ECUADOR:** arts. 171 CP, 343 Código Orgánico de la Función Judicial, 65 y 66 Ley Orgánica de Garantías Jurisdiccionales y Control Constitucional.  
**MÉXICO:** art. 2 A II CP.

---

Solamente en Bolivia existe la figura de un control de constitucionalidad concreto *previo* mediante consulta al TC (Bolivia: arts. 32 Ley del TC, 128 a 132 CPC).

La admisibilidad de un recurso contra la resolución indígena que nos ocupa depende, por ende, del Estado en el que se desarrolla el caso, y varía entre vías de recurso más restrictivas (blindando más la jurisdicción indígena) y otras más garantistas a favor del individuo inconforme con la sentencia. En todo caso, la resolución en el caso concreto deberá tener en cuenta la normativa específica (infraconstitucional) y, al mismo tiempo, las garantías constitucionales y convencionales. Estas últimas contienen, a su vez, ambas perspectivas: las garantías individuales del debido proceso y la protección de los derechos colectivos indígenas de autonomía, también en el ámbito jurisdiccional. En consecuencia, la labor del operador encargado de resolver la cuestión de admisibilidad será la de respetar la voluntad del legislador nacional dentro de los límites de la constitución y la voluntad del constituyente, en el marco establecido por los convenios internacionales aplicables.

En el presente caso se podría, por tanto, partir de la base de que, en principio, la resolución indígena es recurrible si los procesados o condenados al menos alegan la violación de derechos fundamentales o humanos. El órgano competente para verificar el cumplimiento con garantías constitucionales y convencionales

dependería nuevamente de la organización judicial de cada Estado. En algunos Estados es competencia exclusiva de un tribunal constitucional corroborar la violación de derechos fundamentales. En otros, dicha tarea corresponde, en primera instancia, a jueces de amparo o de tutela, o incluso a cualquier juez. Por ende, si los sindicados no estuvieran de acuerdo con el proceso y la sanción aplicada, podrían dirigirse, a falta de una instancia superior de la justicia indígena, al juez competente para la tutela de derechos fundamentales.

## Pregunta

\* Si uno de los procesados no hubiera sido indígena, o si el afectado no lo fuera y demandara que los sindicados fueran juzgados por la justicia formal, ¿cómo resolvería usted esta situación?

Esta pregunta va dirigida a la competencia de uno u otro sistema jurisdiccional, y a qué hacer en caso de conflicto entre jurisdicciones. Suponiendo la existencia del reconocimiento del pluralismo jurídico en el Estado en cuestión, al igual que hubiera algún elemento indígena en los hechos (autores del crimen, víctima o territorio), la existencia de autoridades propias y, finalmente, un marco normativo propio, nos plantearíamos la jurisdicción competente.

Esta depende de factores/criterios de vinculación alternativos o acumulativos según el marco normativo aplicable:

---

Véase nuevamente: **BOLIVIA:** acumulativo, art. 8 Ley de Deslinde. **BRAZIL:** Convenio 169 OIT. **COLOMBIA:** jurisprudencia CC. **GUATEMALA:** Convenio 169 OIT. **MÉXICO:** art. 2 A II CP, Convenio 169 OIT; normativa especial de los Estados. **PANAMÁ:** leyes comarcales, art. 49 CPP. **PERÚ:** art. 19 pár. 1 Decreto-Ley 22175 de 9-5-1978, Convenio 169 OIT. **VENEZUELA:** arts. 260 CP, Ley Orgánica de Pueblos y Comunidades Indígenas; Convenio 169 OIT, arts. 8 y 9.

---

El criterio de vinculación puede ser el *territorial*, es decir, es competente la jurisdicción indígena si los hechos ocurrieron en territorio de la comunidad o se trata de cuestiones relacionadas con asuntos locales (así, en Bolivia: art. 11 Ley de Deslinde. Ecuador: art. 171 CP. México: Oaxaca, art. 39 a) Ley de Derechos de los Pueblos y Comunidades Indígenas del Estado de Oaxaca; DNUDPI, arts. 4, 5, 34). En el presente caso, los hechos ocurrieron en territorio indígena, por lo que un primer criterio de vinculación estaría dado.

También puede ser relevante el criterio *personal*. ¿Se trata de un miembro de pueblo o comunidad indígena? (Así se regula en Bolivia: art. 9 Ley de Deslinde, México, Oaxaca, art. 38 I a) pár. 1 Ley de Derechos de los Pueblos y Comunidades Indígenas del Estado de Oaxaca; con partes mixtas → elección, pár. 2). La pregunta atina al supuesto de que justamente el criterio personal no se dé. No obstante, la normativa nacional o internacional no excluye rotundamente, para tales casos, la jurisdicción indígena si los hechos ocurrieron en su territorio.

Por último, es relevante el criterio *material* que activa la jurisdicción si el asunto es expresamente atribuido a la jurisdicción indígena o si está relacionado con asuntos internos, que histórica o tradicionalmente esta resolvía, y si, por el contrario, no está expresamente excluido de ella (Bolivia: art. 10 Ley de Deslinde. México: regulación especial para Oaxaca; DNU DPI, arts. 4, 5, 34).

Sin embargo, en ambos casos, sea que la legislación infraconstitucional asigne un asunto a la jurisdicción indígena o, por el contrario, lo excluya de esta, cabe controlar si tales preceptos resultan compatibles con normas superiores sobre pluralismo jurídico. El mismo juez encargado de resolver la cuestión competencial debe intentar, en un primer paso, realizar una interpretación conforme de la normativa infraconstitucional. Dentro de los límites de la letra de la norma debe buscar aquella interpretación que resulte conforme con los derechos fundamentales y principios constitucionales, incluyendo las reglas sobre el pluralismo jurídico. Respecto al caso, tendría que asegurar que la aplicación del precepto competencial no resulte en una violación de normas superiores. Si una aplicación respetuosa no fuera posible por el significado literal inequívoco de la norma, sería obligación del juez, de acuerdo con su respectivo derecho, plantear la cuestión constitucional o convencional al juez competente (control concreto incidental) o resolver dicha cuestión él mismo o ella misma.

En un ejercicio de interpretación conforme o de un control de constitucionalidad sería necesario tener en cuenta diferentes aspectos por ponderar, todos ellos recogidos en la mayoría de los textos constitucionales o convencionales aplicables en la región: por un lado, la libre determinación, la autonomía, la pluralidad cultural, la supervivencia cultural, y, por el otro, conceptos como la “función única de la justicia”, la “nación única e indivisible”, la igualdad ante la ley, el núcleo esencial de los derechos humanos, u otros principios constitucionales que podrían verse afectados.

Si no fuera posible determinar una jurisdicción competente, o si hubiera un traslape de competencias, entrarían en juego los *mecanismos de coordinación y cooperación* que en algunos Estados están formalizados, mientras que en otros se han desarrollado por la práctica judicial:

---

**BOLIVIA:** art. 13-17 Ley de Deslinde. **COLOMBIA:** prácticas de coordinación y estándares de la Corte Constitucional (relaciones de reciprocidad y cooperación para aprehensión preventiva y pruebas, intercambio de información, apoyo en medidas coercitivas, evaluaciones, peritajes, acatamiento de decisiones judiciales indígenas). **PANAMÁ:** arts. 236, 322 CPP, práctica judicial. **PERÚ:** Ley de Justicia de Paz, Ley de Rondas Campesinas, política judicial de diálogo. **VENEZUELA:** art. 260 CP, Ley Orgánica de Pueblos y Comunidades Indígenas; Convenio 169 OIT, art. 8 II 2: remisión a procedimientos nacionales.

---

Un problema para tener en cuenta a la hora de coordinar entre diferentes sistemas de justicia es el del llamado *forum shopping* (foro de conveniencia). Si a las partes se les permite un grado demasiado amplio para elegir entre diferentes sistemas de justicia, esto puede conducir al debilitamiento de la cohesión comunitaria indígena. Una adecuada coordinación con buena fe, en cambio, es capaz de prevenir conflictos jurisdiccionales. A los actores del Estado cabe recordar que la justicia indígena hace una contribución importante al sistema integral de justicia estatal. Conviene considerar a las diferentes jurisdicciones como aliadas de un sistema jurídico pluralista, corresponsables de una justicia integral, en lugar de menospreciar el aporte de las autoridades indígenas.

Para el caso de que fracasen los intentos de coordinación, algunos Estados prevén mecanismos de resolución de conflictos entre las jurisdicciones:

---

**BOLIVIA:** art. 12 inciso 11 CP, con art. 28 I.10 Ley del TC, arts. 100 a 102 CPC. **COLOMBIA:** arts. 256 núm. 6 CP y 112 núm. 2 Ley 270 de 1996. **ECUADOR:** arts. 171 CP, 344 Código Orgánico de la Función Judicial. **GUATEMALA:** sin reglar. **MÉXICO:** sin reglar. **PANAMÁ:** art. 41 núm. 10 CPP. **PERÚ:** sin reglar. **VENEZUELA:** arts. 260 CP, Ley Orgánica de Pueblos y Comunidades Indígenas; Convenio 169 OIT, arts. 8 y 9.

---

El presente caso es un buen ejemplo de coordinación entre autoridades estatales e indígenas para reconducir una situación de escalada violenta a un procedimiento reglado, aunque sea inconvencional, con el fin de pacificar la convivencia en una comunidad indígena, respetando el derecho propio, pero también los derechos de los implicados. Tal es la frecuencia con que estos problemas desbordan a las comunidades hacia linchamientos y situaciones que son de una gravedad extrema por violar derechos humanos y disposiciones legales.

La participación de personas no indígenas, probablemente, hubiera llevado a juzgarlos por la justicia estatal, aunque, según la normativa nacional del lugar

donde ocurrieran los hechos y la capacidad de coordinación de las autoridades responsables, también podría resultar viable un procedimiento ante las autoridades indígenas. El hecho de que uno de los implicados no sea indígena no es un elemento absoluto para excluir la competencia de las autoridades tradicionales.

## Pregunta

- \* ¿Qué ocurriría si alguien levantara una voz de protesta por el involucramiento en el proceso de parientes y familiares de los procesados?
- \* Algunas de las garantías del debido proceso reclaman la preexistencia de jueces y procedimientos. En el caso descrito esto no se da, hay una improvisación que es resultado de la lectura del texto prehispánico y lo novedoso del mecanismo que opera frente a los hechos. ¿Cómo evalúa usted esta situación?, ¿cree que podría dar lugar a la anulación de lo actuado?
- \* ¿Considera usted que la ausencia de una defensa por medio de abogado letrado podría dar lugar a un vicio en el proceso?
- \* De acuerdo con la forma como se llevó a cabo el proceso, los tres sindicados se confesaron culpables y siguiendo instrucciones de quienes controlaban el procedimiento fueron puestos de rodillas frente a sus familiares para pedir perdón a estos, a las autoridades y a la comunidad. ¿Considera usted que esto podría reñir con garantías del debido proceso?

Las restantes preguntas del caso versan sobre la observación de las reglas del debido proceso en juicios promovidos por autoridades indígenas. Se entiende que una aplicación integral de normas procedimentales elaboradas para la justicia del Estado resultaría inviable. Los procedimientos ante autoridades indígenas descansan en experiencias y cosmovisiones diferentes; suele ser una justicia más personalizada, más directa y menos formal. Esto conlleva ventajas a la hora de hacer justicia. Las autoridades suelen tener en cuenta las circunstancias personales de los implicados y tienden a buscar y negociar soluciones aceptables para todos, combinando elementos penales y civiles que dan cabida a la justicia restaurativa. La idea de restablecer el equilibrio social, alterado por el autor de un crimen, es consecuencia directa del objetivo de facilitar la convivencia pacífica en un entorno limitado de una comunidad indígena. El nivel de abstracción y anonimato, ni sería viable ni conducente a soluciones prácticas en comunidades en las que todo el mundo se conoce.

No obstante, los riesgos de un abuso de poder no son, por ello, menores en comunidades indígenas. Será, por esto, necesario velar por la observación de las normas esenciales de un debido proceso, aunque formalmente no correspondan a aquellas previstas en los códigos procesales del Estado. Se trata, en definitiva, de garantizar un *debido proceso según interpretación intercultural*. Algunos Estados proponen esta exigencia en sus constituciones políticas o códigos procesales. También la Corte IDH ha buscado maneras de adecuar las reglas del debido proceso a los contextos de comunidades indígenas (Ruiz Chiriboga y Donoso 2019):

---

**BOLIVIA:** art. 190 CP, art. 4 Ley de Deslinde. **BRASIL:** Convenio 169 OIT. **COLOMBIA:** art. 246 CP, art. 10 Decreto 1953/2014, jurisprudencia CC. **ECUADOR:** art. 66 (1), (2), (3) y, especialmente, (4) y (5) Ley Orgánica de Garantías Jurisdiccionales y Control Constitucional. **MÉXICO:** art. 2 A II CP, Convenio 169 OIT. **PANAMÁ:** arts. 48, 205 CPP. **PERÚ:** art. 149 CP, art. 19 párr. 2 Decreto-Ley 22175, Convenio 169 OIT. **VENEZUELA:** art. 260 CP, arts. 130 y ss. Ley Orgánica de Pueblos y Comunidades Indígenas; Convenio 169 OIT, arts. 8, 9; CADH, arts. 8 y 25; jurisprudencia Corte IDH.

---

Empero, existen pocas normas específicas sobre el debido proceso aplicable a los procedimientos ante autoridades indígenas. A partir de una interpretación intercultural y de orientaciones jurisprudenciales se podrían deducir unos mínimos comunes interculturales. Se trata de estándares procesales que trascienden particularidades culturales, garantías que deben respetarse en procesos, especialmente penales, ante cualquier autoridad que decide sobre la libertad e integridad de una persona. Estos estándares podrían ser el resultado de un estudio comparado intercultural en el que tanto autoridades estatales como aquellas de pueblos o comunidades indígenas definieran aquellos mínimos que tradicional o normativamente observan de buena fe a la hora de juzgar a una persona. Son garantías además que se recogen en los artículos 8 y 25 de la CADH (Ibáñez 2019b, 2019a).

- Legitimidad, representatividad e imparcialidad de la autoridad juzgadora.
- Procedimiento previsible, claro y transparente.
- Procedimiento justo: ser oído, pedir pruebas, presentar testigos.
- Uso del propio idioma.
- Presunción de inocencia.



- *Nemo tenetur* (no tener que declarar contra sí mismo ni confesarse culpable).
- Opción de obtener una revisión de la sentencia por una instancia superior.

En el presente caso se plantean varias dudas en relación con la observación de estos estándares mínimos interculturales. Por un lado, se cuestiona que en el proceso se hayan involucrado parientes y familiares de los procesados. La participación de familiares de por sí no tiene por qué ser incompatible con estándares del debido proceso. Los parientes, en este caso, participan como testigos o público del juzgamiento. No existen indicios de que los familiares fueran obligados a declarar en contra de sus parientes. Tampoco existen, según el relato, indicios de que los parientes tuvieron que responder colectivamente por los delitos de los procesados. La responsabilidad penal colectiva de la familia, un concepto que existía y, de hecho, sigue existiendo en algunas culturas y en sistemas políticos totalitarios, sería, desde luego, incompatible con las constituciones latinoamericanas y los convenios de derechos humanos aplicables en el continente (p. ej., el art. 5.3 CADH).

La participación de familiares en el proceso en cuestión responde más bien a la idea de restablecer la confianza entre las personas de la comunidad, y el papel importante que puede jugar la familia a la hora de prestar apoyo al autor del delito para reconocer su culpa, resarcir el daño, arrepentirse y no reincidir. La reinserción y el control social que puede ejercer la familia cuando aún existen lazos de confianza pueden ser elementos que ayudan a asimilar y compensar los daños causados y a prevenir que las reglas de la comunidad se vuelvan a infringir. En este sentido, la participación de familiares en el proceso, de la manera relatada, no estaría en conflicto con los mínimos interculturales del debido proceso.

Otra duda que surge es si los procedimientos y la asignación del juez estaban previamente establecidos. Mientras que el procedimiento no tiene que estar, necesariamente, establecido con anterioridad, sí tiene que ser previsible, claro, transparente y justo en el sentido de que el acusado tiene que ser oído, poder pedir pruebas y presentar testigos, y debe permitírsele hablar en su propio idioma. En cuanto a estos criterios procedimentales, el relato de los hechos no indica que hayan existido vicios. Un procedimiento improvisado no tiene por qué ser menos previsible, claro, transparente y justo, si, de hecho, las autoridades encargadas del mismo procuran que el acusado entienda cada paso y se le dé la oportunidad de defenderse.

En relación con la duda de si el juez del procedimiento estaba “previamente establecido”, esta hace alusión al juez natural generalmente garantizado en constituciones políticas y convenios internacionales (p. ej., el art. 8.1 CADH). Se puede suponer que en la comunidad indígena en cuestión no existe un código del procedimiento penal o una ley de la administración de la justicia que, además, establezca la manera en la que cada tribunal tiene que proveer un mecanismo de asignación previa del juez para cada asunto que se juzgue. No obstante, se puede suponer que determinadas decisiones de importancia se asignan en esta comunidad, como en la mayoría de los demás pueblos indígenas, a una autoridad tradicional, sea una persona o un tribunal colectivo compuesto según criterios fijados en la costumbre. De esta manera, la ausencia de una reglamentación escrita sobre el juez natural no necesariamente implica una violación del derecho al mismo. Si, por las circunstancias del caso, el asunto en cuestión es resuelto por las autoridades que tradicionalmente solucionan semejantes casos, esto podría considerarse en cumplimiento con el requisito del juez natural. Si, por el contrario, pareciera que para un asunto concreto la comunidad decidiera, de manera arbitraria, asignar un tribunal extraordinario al caso, en contra de la costumbre, entonces la garantía del juez natural podría verse afectada. Sin embargo, en el presente caso, no hay indicios de ello.

La ausencia de una defensa por medio de abogado letrado es otro problema que plantea el caso. No obstante, dicha defensa no forma parte de los mínimos interculturales arriba mencionados. Este aspecto podría ser problemático cuando el procedimiento ante las autoridades indígenas resulta complejo y una adecuada defensa haría imprescindible la asistencia de un letrado. Además, incluso sobre la base de convenios internacionales de derechos humanos, la asistencia de un letrado no es obligatoria si el acusado no la solicita. En el presente caso, los acusados no parecen haber solicitado ser asistidos por un abogado letrado.

La confesión no representa un defecto en un procedimiento penal, salvo que haya sido coaccionada (cf. art. 8.3 CADH). En el caso en cuestión, no se relatan detalles sobre una posible coacción de los acusados a confesarse. El mero hecho de que una confesión haya facilitado un desenlace más favorable para ellos no es, de por sí, equivalente a una coacción. De hecho, en el procedimiento penal de la mayoría de los Estados del mundo, el hecho de que el acusado confiese y se arrepienta le suele dar ventajas a la hora de atribuir la pena. Es incluso una práctica muy extendida en Estados adscritos a la cultura jurídica anglosajona y en Alemania que, a cambio de una confesión y la colaboración del acusado, este y el fiscal lleguen a un acuerdo (deal), aprobado por el juez, que le permite al acusado evitar un juicio penal y optar por una pena más leve.

Por último, el hecho de que los acusados se hayan visto obligados a ponerse de rodillas frente a sus familiares para pedir perdón, en realidad, ya se sale del procedimiento penal dirigido a sentenciar unos hechos y más bien representa parte de la sanción. Algunos podrían considerar que el gesto impuesto (o no) sobre los condenados equivale a un trato inhumano y degradante, prohibido por el artículo 5.2 de la CADH. Sin embargo, medidas de reconocimiento de la culpa y de pedir perdón a las víctimas, combinadas con la promesa de una conducta mejor, no tienen por qué ser consideradas sanciones especialmente invasivas, sobre todo si se las compara con penas privativas de la libertad o penas corporales aplicadas en algunos pueblos indígenas. Para conseguir el objetivo de restaurar el equilibrio quebrado por el acto delictivo, tales medidas pueden, además, resultar efectivas. El reconocimiento de haber cometido un error, el arrepentimiento público y ofrecer disculpas ante las víctimas representan instrumentos utilizados con frecuencia en contextos de justicia transicional, justicia restaurativa y la misma justicia indígena. Por todo ello, el hecho de que, en el presente caso, los victimarios se hayan visto obligados a ponerse de rodillas para pedir perdón, no debe ser considerado, de por sí, una violación de derechos procesales o materiales.

## Referencias bibliográficas y normativas

- ALBÓ, Xavier. 1998. “Derecho consuetudinario: posibilidades y límites”. En *XII Congreso Internacional, Derecho Consuetudinario y Pluralismo Legal: Desafíos en el Tercer Milenio*, 1-21. Arica: Universidad de Chile y Universidad de Tarapacá.
- ARGENTINA. 1989. Decreto 155/1989.
- \_\_\_\_\_. 1992. Ley 24.071.
- \_\_\_\_\_. 2012. Decreto 791/2012.
- \_\_\_\_\_. 2016. Decreto 672/2016.
- ASAMBLEA General de la Organización de los Estados Americanos. 1985. Convención interamericana para prevenir y sancionar la tortura.
- \_\_\_\_\_. 2016. Declaración Americana sobre los Derechos de los Pueblos Indígenas.
- ASAMBLEA General de las Naciones Unidas. 1945. “Estatuto de la Corte Internacional de Justicia”. *Carta de las Naciones Unidas*.
- \_\_\_\_\_. 1960. Declaración sobre la concesión de la independencia a los países y pueblos coloniales.
- \_\_\_\_\_. 1966. “Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos”.
- \_\_\_\_\_. 1984. Convención contra la tortura y otros tratos o penas crueles, inhumanos o degradantes.
- \_\_\_\_\_. 2007. Declaración de las Naciones Unidas sobre los derechos de los pueblos indígenas.
- \_\_\_\_\_. 1966. Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos.
- \_\_\_\_\_. Consejo de Derechos Humanos. 2013. Acceso a la justicia en la promoción y protección de los derechos de los pueblos indígenas. A/HRC/EMRIP/2013/2, [https://www.ohchr.org/Documents/Issues/IPeoples/EMRIP/Session6/A-HRC-EMRIP-2013-2\\_sp.pdf](https://www.ohchr.org/Documents/Issues/IPeoples/EMRIP/Session6/A-HRC-EMRIP-2013-2_sp.pdf)
- \_\_\_\_\_. 2014. El acceso a la justicia en la promoción y protección de los derechos de los pueblos indígenas: justicia restaurativa, sistemas jurídicos indígenas y acceso a la justicia para las mujeres, los niños, los jóvenes y las personas con discapacidad indígenas. A/HRC/EMRIP/2014/3, [https://www.ohchr.org/Documents/Issues/IPeoples/EMRIP/Session7/A-HRC-EMRIP-2014-3\\_sp.pdf](https://www.ohchr.org/Documents/Issues/IPeoples/EMRIP/Session7/A-HRC-EMRIP-2014-3_sp.pdf)
- \_\_\_\_\_. 2014. Documento final de la reunión plenaria de alto nivel de la Asamblea General conocida como Conferencia Mundial sobre los Pueblos Indígenas.

- ASSIES, Willem, Gemma VAN DER HAAR y André HOEKEMA. 2000. *The Challenge of Diversity: Indigenous Peoples and Reform of the State in Latin America*. Amsterdam: Thela Publishers.
- BAITENMANN, Helga, Victoria CHENAUT y Ann VARLEY. 2007. *Decoding Gender: Law and Practice in Contemporary Mexico*. New Brunswick, N.J.: Rutgers University Press.
- BELL, Christine. 2009. "Transitional Justice, Interdisciplinarity and the State of the 'Field' or 'Non-Field'". *The International Journal of Transitional Justice*, núm. 3: 5-27.
- BOLIVIA. 2008. Ley 3897/2008.
- \_\_\_\_\_. 2010a. Ley 027/2010.
- \_\_\_\_\_. 2010b. Ley 073/2010.
- \_\_\_\_\_. 2012. Ley 254/2012.
- BONILLA, Daniel. 2006. *La Constitución multicultural*. Bogotá: Siglo del Hombre Editores.
- BOTERO, Catalina. 2003. "Multiculturalismo y derechos de los pueblos indígenas en la jurisprudencia de la Corte Constitucional". *Precedente. Revista Jurídica*, 45-87.
- BRAMONT, Luis. 1988. *Temas de derecho penal*. Lima: SP Editores.
- BRANDT, Hans-Jürgen y Rocío FRANCO. 2007. *Justicia comunitaria en los Andes: Perú y Ecuador. Normas, valores y procedimientos en la justicia comunitaria. Estudio cualitativo en comunidades indígenas y campesinas de Ecuador y Perú*. Lima: Instituto de Defensa Legal.
- BRASIL. 2004. Decreto 5051/2004.
- BUCKLEY-ZISTEL, Susanne, Teresa BECK, Christian BRAUN y Friederike MIETH. 2013. *Transitional Justice Theories*, editado por Friederike Susanne, Buckley-Zistel, Koloma Beck, Teresa Braun, Christian Mieth. New York: Routledge.
- BUENO-HANSEN, Pascha. 2010. "Engendering Transitional Justice: Reflections on the Case of Peru". *Journal of Peacebuilding & Development*, vol. 5, núm. 3: 61-74.
- CARBONNIER, Jean. 1977. *Sociología jurídica*. Madrid: Tecnos.
- CARDOSO, Luis. 2007. "O ofício do antropólogo, ou como desvendar evidências simbólicas". *Série Antropologia*, núm. 413: 6-19.
- CASTRO, Milka. 2014. "Los puentes entre el Derecho y la Antropología", editado por Milka Castro. *Los puentes entre la antropología y el derecho. Orientaciones desde la antropología jurídica*. Santiago de Chile: Programa de Antropología Jurídica e Interculturalidad, Facultad de Derecho, Universidad de Chile.
- CHENAUT, Victoria y María Teresa SIERRA. 1995. *Pueblos indígenas ante el derecho*. Ciudad de México: Centro de Investigación y Estudios Superiores en Antropología Social (CIESAS), Centro Francés de Estudios Mexicanos y Centroamericanos.
- COMISIÓN Económica para América Latina y el Caribe (Cepal). 2018. *Panorama social de América Latina*. Santiago de Chile: Cepal.
- COLOMBIA. 1991. Ley 21/1991.

- \_\_\_\_\_. 1996. Ley 270/1996.
- \_\_\_\_\_. 2013. Ley 1653/2013.
- \_\_\_\_\_. 2014. Decreto 1953/2014.
- COMAROFF, John y Jean COMAROFF. 2006. *Law and Disorder in the Postcolony*. Chicago: University of Chicago Press.
- CONSEJO Superior de la Judicatura, Escuela Judicial Rodrigo Lara Bonilla, y Organización Nacional Indígena de Colombia. 2011. *Módulo de formación intercultural para la sensibilización de la coordinación entre el sistema judicial nacional y la Jurisdicción Especial Indígena*. Bogotá: Consejo Superior de la Judicatura
- CONSEJO Superior de la Judicatura y Organización Nacional Indígena de Colombia. 2006. *Compilación y selección de los fallos y decisiones de la Jurisdicción Especial Indígena 1980-2006*. Bogotá: Legis.
- CONSTITUCIÓN de la Nación Argentina. 1994.
- CONSTITUCIÓN de la República Bolivariana de Venezuela. 1999.
- CONSTITUCIÓN de la República del Ecuador. 2008.
- CONSTITUCIÓN de la República Federativa del Brasil. 1988.
- CONSTITUCIÓN Política de Colombia. 1991.
- CONSTITUCIÓN Política de la República de Guatemala. 1985.
- CONSTITUCIÓN Política de la República de Panamá. 1972.
- CONSTITUCIÓN Política de los Estados Unidos Mexicanos. 1917.
- CONSTITUCIÓN Política de Perú. 1993.
- CONSTITUCIÓN Política del Estado. 2009.
- CORTE Constitucional de Colombia. 1993. Sentencia C-486 de 1993.
- \_\_\_\_\_. 1994a. Sentencia T-254 de 1994.
- \_\_\_\_\_. 1994b. Sentencia T-342 de 1994.
- \_\_\_\_\_. 1996a. Sentencia C-139 de 1996.
- \_\_\_\_\_. 1996b. Sentencia T-349 de 1996.
- \_\_\_\_\_. 1996c. Sentencia T-496 de 1996.
- \_\_\_\_\_. 1997a. Sentencia T-214 de 1997.
- \_\_\_\_\_. 1997b. Sentencia T-523 de 1997.
- \_\_\_\_\_. 1998. Sentencia SU-510 de 1998.
- \_\_\_\_\_. 1999. Sentencia T-266 de 1999.
- \_\_\_\_\_. 2001. Sentencia T-1263 de 2001.
- \_\_\_\_\_. 2002. Sentencia C-370 de 2002.
- \_\_\_\_\_. 2009. Sentencia T-514 de 2009.
- \_\_\_\_\_. 2010. Sentencia T-617 de 2010.

- \_\_\_\_\_. 2012. Sentencia T-002 de 2012.
- \_\_\_\_\_. 2013a. Sentencia T-866 de 2013.
- \_\_\_\_\_. 2013b. Sentencia T-921 de 2013.
- CORTE Suprema de Justicia de Panamá. 2103. Acción de amparo de garantías constitucionales. Expediente, 45-13.
- CRENSHAW, Kimberle. 1989. "Demarginalizing the intersection of race and sex: A black feminist critique of antidiscrimi nation doctrine, feminist theory and antiracist politics". *The University of Chicago Legal Forum*, 139-67.
- DAMMERT, Lucía y Liza ZÚÑIGA. 2007. *Seguridad y violencia: desafíos para la ciudadanía*. Santiago de Chile: Flacso.
- DE SOUSA SANTOS, Boaventura de. 1995. *Toward a New Common Sense: Law, Science and Politics in the Paradigmatic Transition*. New York: Routledge.
- DÍAZ Erika, Nahíeli GÓMEZ, Norma GONZÁLEZ, Cecile LACHENAL, Eduardo LOZANO, Elizabeth MÁRQUEZ, Juan Carlos MARTÍNEZ, Juan Carlos MORALES y Efraín VELÁSQUEZ. 2007. "Estrategias de defensa para pueblos indígenas". En *El litigio estratégico en México: la aplicación de los derechos humanos a nivel práctico. Experiencias de la sociedad civil*, 73-108. Ciudad de México: Oficina del Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Derechos Humanos, [https://www.hchr.org.mx/images/doc\\_pub/litigioestrategico.pdf](https://www.hchr.org.mx/images/doc_pub/litigioestrategico.pdf)
- ECUADOR. 2009a. Código Orgánico de la Función Judicial.
- \_\_\_\_\_. 2009b. La Ley Orgánica de Garantías Jurisdiccionales y Control Constitucional.
- ESCALANTE, Yuri. 2018. "Usos y costumbres del peritaje antropológico". *Desacatos. Revista de Ciencias Sociales*, núm. 57: 72-81.
- ESPAÑA. 1889. Real Decreto de 24 de julio de 1889 por el que se publica el Código Civil.
- ESTRADA, Dorothy. 2018. "Acceso a la justicia y pueblos indígenas en el derecho internacional público. El caso de México". *Anales de Derecho*, vol. 36, núm. 1: 1-40.
- FEIRING, Birgitte. 2009. *Los derechos de los pueblos indígenas y tribales en la práctica. Una guía sobre el Convenio 169 de la OIT*. Organización Internacional del Trabajo.
- FLETCHER, Laurel y Harvey WEINSTEIN. 2002. "Violence and social repair: Rethinking the Contribution of justice to reconciliation". *Human Rights Quarterly*, vol. 24, núm. 3: 573-639.
- FUNDACIÓN para el Debido Proceso. 2018. *Manual para defender los derechos de los pueblos indígenas y tribales*. Washington D.C., [http://www.dplf.org/sites/default/files/pueblos\\_indigenas\\_web\\_c.pdf](http://www.dplf.org/sites/default/files/pueblos_indigenas_web_c.pdf)
- GARCÍA, Fernando y Gina CHÁVEZ. 2004. *El derecho a ser: diversidad, identidad y cambio. Etnografía jurídica indígena y afro-ecuatoriana*. Quito: Flacso-Ecuador.

- GÓMEZ, Herinaldy. 2008. *Jurisdicción especial y justicias indígenas andinas. Pueblos kogui, arhuaco, wiwa, kankuamo, yanacona y camentsa*. Bogotá: Unión Europea, Universidad del Rosario.
- GÓNGORA, Manuel. 2014. “La difusión del bloque de constitucionalidad en la jurisprudencia latinoamericana y su potencial en la construcción del *ius constitutionale commune* Latinoamericano”. En *Ius constitutionale commune en América Latina. Rasgos, potencialidades y desafíos*. Editado por Héctor Fix-Fierro, 301-27. Ciudad de México: Universidad Nacional Autónoma de México, Instituto Max Planck de Derecho Público Comparado y Derecho Internacional, Instituto Iberoamericano de Derecho Constitucional.
- GUEVARA, Armando y Aarón VERONA. 2015. “Introducción”. En *El peritaje antropológico. Entre la reflexión y la práctica*, editado por Armando Guevara, Aarón Verona y Roxana Vergara, 13-20. Lima: Centro de Investigación, Capacitación y Asesoría Jurídica del Departamento Académico de Derecho.
- HASSEL, Germán. 2007. *Primera parte: Introducción y teoría de la Ley Penal*. Santa Fe, Argentina: Publicaciones de la Universidad Católica de Santa Fe.
- HERNÁNDEZ, Carlos. 2010. “La costumbre como fuente del Derecho”. *Criterio Jurídico Garantista*, vol. 2, núm. 2: 142-52.
- HERNÁNDEZ, Rosalva Aída. 2018. “Retos y posibilidades de los peritajes antropológicos: reflexiones desde la experiencia mexicana”. *Abya-yala: Revista sobre Acceso à Justiça e Direitos nas Américas* 2 (2): 57-85.
- IBÁÑEZ, Juana María. 2019a. “Artículo 25. Protección Judicial”. En *Convención Americana sobre Derechos Humanos. Comentario*. Editado por Christian Steiner y Marie-Christine Fuchs (segunda ed.), 736-800. Bogotá: Fundación Konrad Adenauer.
- \_\_\_\_\_. 2019b. “Artículo 8. Garantías Judiciales”. En *Convención Americana sobre Derechos Humanos. Comentario*. Editado por Christian Steiner y Marie-Christine Fuchs (segunda ed.), 256-322. Bogotá: Fundación Konrad Adenauer.
- INSTITUTO Interamericano de Derechos Humanos. 2010. *Acceso a la justicia de los pueblos indígenas: los peritajes culturales y la visión de pobreza desde su cosmovisión*. San José de Costa Rica: Instituto Interamericano de Derechos Humanos.
- KLIKSBERG, Bernardo. 2007. *Mitos y realidades sobre la criminalidad en América Latina. Algunas anotaciones estratégicas sobre cómo enfrentarla y mejorar la cohesión social*. Documentos de Cohesión Social. Guatemala: F & G Editores.
- KROTZ, Esteban. 2004. “La otredad cultural. Entre utopía y ciencia. Un estudio sobre el origen, el desarrollo y la reorientación de la antropología, México”. *Relaciones: Estudios de historia y sociedad*, vol. 25 núm. 100: 346-53.
- LÓPEZ, Francisco. 2007. “Ensayo sobre la ceguera jurídica: las teorías jurídicas y el derecho entre los ñuú savi”. En *Pluralismo jurídico: otros horizontes*. Editado por Óscar Correas, 67-120. Ciudad de México: Centro de Investigaciones Interdisciplinarias en Ciencias y Humanidades de la Universidad Nacional Autónoma de México, Ediciones Coyoacán.



- MARSHALL, Tony. 1999. *Restorative justice an overview*. London: Home Office Research Development and Statistics Directorate.
- MARTÍNEZ, Juan Carlos. 2011. *La nueva justicia tradicional. Interlegalidad y ajustes en el campo jurídico de Santiago Ixtayutla y Santa María Tlahuitoltepec*. Oaxaca: Coordinación de Publicaciones del Colegio Superior para la Educación Integral Intercultural de Oaxaca.
- MARTÍNEZ, Juan Carlos, Víctor JUAN y Violeta HERNÁNDEZ. 2018. *Derechos indígenas, entre la norma y la praxis. Reflexiones a partir del Seminario Internacional: cerrando la brecha de implementación*. Bogotá: Fundación Konrad Adenauer.
- MÉXICO. 1922. Constitución Política del Estado Libre y Soberano de Oaxaca.
- \_\_\_\_\_. 1950. Constitución Política del Estado de Chihuahua.
- \_\_\_\_\_. 1975. La Constitución Política del Estado Libre y Soberano de Quintana Roo.
- \_\_\_\_\_. 1998. Ley de Derechos de los Pueblos y Comunidades Indígenas del Estado de Oaxaca.
- \_\_\_\_\_. 2000. Ley de Derechos, Cultura y Organización de los Pueblos y Comunidades Indígenas del Estado de Campeche.
- \_\_\_\_\_. 2006. Decreto 308/2006.
- \_\_\_\_\_. 2014a. Suprema Corte de Justicia de la Nación. *Protocolo de actuación para quienes imparten justicia en casos que involucren derechos de personas, comunidades y pueblos indígenas*. Ciudad de México.
- \_\_\_\_\_. 2014b. *Protocolo Iberoamericano de actuación judicial para mejorar el acceso a la justicia de personas con discapacidad, migrantes, niñas, niños, adolescentes, comunidades y pueblos indígenas*. Ciudad de México.
- \_\_\_\_\_. 2016. Constitución Política del Estado Libre y Soberano de Chiapas.
- \_\_\_\_\_. 2017. Ley de Derechos y Cultura Indígena del Estado de Baja California.
- MULLUCUNDO, Eugenio. 2006. “Bolivia: acceso a la justicia de las personas y los pueblos indígenas y la Defensoría del Pueblo de Bolivia”. En *Ombudsman y acceso a la justicia de los pueblos indígenas: estudio de casos en Bolivia, Colombia Guatemala y Nicaragua*, 690. San José de Costa Rica: Instituto Interamericano de Derechos Humanos.
- NADER, Laura. 1997. *Law in culture and society*. Berkeley: University of California.
- NOEL, María. 2015. *Hacinamiento penitenciario en América Latina: causas y estrategias para su reducción*. Ciudad de México: Comisión Nacional de los Derechos Humanos.
- OLANO, Hernán. 2004. “Tipología de nuestras sentencias constitucionales”. *Vniversitas*, vol. 53, núm. 108: 571-602.
- ORENTLICHER, Diane. 2005. Informe de Diane Orentlicher, Experta independiente encargada de actualizar el Conjunto de principios para la lucha contra la impunidad. E/CN.4/2005/102. Naciones Unidas, Consejo Económico y Social.

- ORGANIZACIÓN de los Estados Americanos (OEA). 1969. *Convención Americana sobre Derechos Humanos. Pacto de San José de Costa Rica*. San José de Costa Rica: OEA.
- ORGANIZACIÓN Internacional del Trabajo (OIT). 1957. Convenio sobre poblaciones indígenas y tribales.
- \_\_\_\_\_. 1989. Convenio 169 sobre Pueblos Indígenas y Tribales.
- ORTIZ, Héctor. 2018. “De fronteras disciplinarias: diálogos entre la antropología y la criminología”. *Desacatos. Revista de Ciencias Sociales*, núm. 57: 20-35.
- PADILLA, Guillermo. 2016. “Los pueblos indígenas y la consulta previa : ¿normatización o emancipación ? Una mirada desde Guatemala”. *Revista Colombiana de Sociología*, vol. 39: 193-219.
- PAIGE, Arthur. 2009. “How ‘transitions’ reshaped human rights: A conceptual history of transitional justice”. *Human Rights Quarterly*, vol. 31, núm. 2: 321-67.
- PANAMÁ. 1953. Ley 16 de 1953.
- \_\_\_\_\_. 1983. Ley 22 de 1983.
- \_\_\_\_\_. 1993. Ley 27 de 1993.
- \_\_\_\_\_. 1997. Ley 10 de 1997.
- \_\_\_\_\_. 1998. Ley 99 de 1998.
- \_\_\_\_\_. 2000. Ley 34 de 2000.
- \_\_\_\_\_. 2008a. Código de Procedimiento Penal. Ley 63 de 2008.
- \_\_\_\_\_. 2008b. Código Procesal Penal de Panamá.
- PEÑA, Antonio. 2009. *Multiculturalidad y constitución: el caso de la Justicia Comunal Aguaruna en el Alto Marañón*. Lima: Centro de estudios Constitucionales, Tribunal Constitucional.
- PEÑA, Antonio, Vicente CABEDO y Francisco LÓPEZ. 2002. *Constituciones, derecho y justicia en los pueblos indígenas de América Latina*. Lima: PUCP - Fondo Editorial.
- PERÚ. 1978. Decreto-Ley 22175 de 1978.
- \_\_\_\_\_. 1993. Resolución legislativa 26253 de 1993.
- \_\_\_\_\_. 2002. Ley 27908 de 2002.
- \_\_\_\_\_. 2011. Ley 29824 de 2011.
- PIÑACUÉ, Jesús. 1997. “Aplicación autonómica de la justicia en comunidades paeces (una aproximación)”. En *Del olvido surgimos para traer nuevas esperanzas. La jurisdicción especial indígena*. Bogotá: Ministerio de Justicia y del Derecho, Ministerio del Interior.
- PINTO, Mónica. 1997. “El principio *pro homine*. Criterios de hermenéutica y pautas para la regulación de los derechos humanos”. En *La aplicación de los tratados*

- sobre derechos humanos por los tribunales locales, 163-72. Buenos Aires: Editores del Puerto.
- POSPISIL, Leopold. 1971. *Anthropology of Law: A Comparative Theory*. New York: Harper and Row.
- PROGRAMA de las Naciones Unidas para el Desarrollo (PNUD). 2018. *Índices e indicadores de desarrollo humano. Actualización estadística de 2018*. Nueva York: PNUD.
- REINOSO, Fernando. 2009. "Foro de conveniencia, derecho de conveniencia y nulidad". *Revista de Derecho UNED*, núm. 4: 319-42.
- RODRÍGUEZ, Javier. 2006. *Acceso a la justicia de los pueblos indígenas: Guía para la atención especializada por parte de las oficinas de Ombudsman*. San José de Costa Rica: Instituto Interamericano de Derechos Humanos.
- ROLDÁN, Roque. 1999. "La justicia indígena en la Constitución colombiana de 1991", en *Memoria II seminario internacional sobre administración de justicia y pueblos indígenas*, 871. San José de Costa Rica: Instituto Interamericano de Derechos Humanos.
- ROSS, Alf. 1959. *On Law and Justice*. Berkeley: University of California Press.
- RUIZ CHIRIBOGA, Oswaldo. 2013. "Indigenous Corporal Punishments in Ecuador and the Prohibition of Torture and Ill Treatments". *American University International Law Review*, vol. 28, núm. 4: 975-1016.
- RUIZ CHIRIBOGA, Oswaldo y Gina DONOSO. 2019. "Sección Especial. Jurisprudencia de la Corte IDH sobre los Pueblos Indígenas y Tribales Fondo y Reparaciones". En *Convención Americana sobre Derechos Humanos. Comentario*. Editado por Christian Steiner y Marie-Christine Fuchs (segunda ed.), 1131-1202. Bogotá: Fundación Konrad Adenauer.
- SAAVEDRA, Laura. 2018. "Retos y experiencias en la construcción de un peritaje antropológico con perspectiva de género: la lucha de Bertha por la tierra en Chiapas". *Desacatos. Revista de Ciencias Sociales*, núm. 57: 56.
- SÁNCHEZ, Esther. 2002. *Los derechos indígenas en las constituciones de Colombia y Ecuador*, 69-88, <https://www.acnur.org/fileadmin/Documentos/Publicaciones/2008/6273.pdf>
- \_\_\_\_\_. 2010. *Justicia y pueblos indígenas de Colombia: la tutela como medio para la construcción del entendimiento intercultural* (tercera ed.). Bogotá: Universidad Nacional de Colombia, Unijus.
- SÁNCHEZ, Esther y Herinaldy GÓMEZ. 2008. *El peritaje antropológico como prueba judicial*. Bogotá: Instituto Colombiano de Antropología e Historia.
- SIEDER, Rachel. 2002. "Multiculturalism in Latin America: indigenous rights, diversity, and democracy". Editado por Rachel Sieder. Institute of Latin American Studies series. New York: Palgrave Macmillan.
- \_\_\_\_\_. 2017. *Exigiendo justicia y seguridad. Mujeres indígenas y pluralidades legales en América Latina*. Editado por Rachel Sieder. Ciudad de México: Centro de Investigaciones y Estudios Superiores en Antropología Social, Publicaciones de la Casa Chata.

- SIEDER, Rachel y María Teresa SIERRA. 2010. "Indigenous women's access to justice in Latin America". *CMI Working Paper WP, 2*.
- SIERRA, María Teresa. 2004. *Haciendo justicia. Interlegalidad, derecho y género en regiones indígenas*. Editado por María Teresa Sierra. México: Centro de Investigación y Estudios Superiores en Antropología Social.
- SINHORETTO, Jacqueline. 2010. "Campo estatal de administração de conflitos: múltiplas intensidades da justiça". *Anuário Antropológico*, núm. 2: 109-23.
- SOLANO, Édgar. 2000. "La jurisdicción especial indígena ante la Corte Constitucional Colombiana". En *Anuario de Derecho Constitucional*. Bogotá: Universidad Externado de Colombia.
- SOUZA Lima, Antonio de. 2012. *Antropologia e Direito. Temas antropológicos para estudos jurídicos*. Brasília, Rio de Janeiro, Blumenau: Associação Brasileira de Antropologia, LACED.
- STAVENHAGEN, Rodolfo. 2007. *Informe del Relator Especial sobre la situación de los derechos humanos y las libertades fundamentales de los indígenas*. Al HRC/4/32, <https://www.acnur.org/fileadmin/Documentos/BDL/2007/4993.pdf?file=fileadmin/Documentos/BDL/2007/4993>
- TEITEL, Ruti. 2003. "Genealogía de la justicia transicional". *Harvard Human Rights Journal*, núm. 16: 69-94.
- TRIBUNAL Electoral del Poder Judicial de la Federación. México. 2014. *Guía de actuación para juzgadores en materia de Derecho Electoral Indígena*. Ciudad de México.
- VALIENTE, Aresio. 2002. *Derechos de los pueblos indígenas de Panamá. Escuela intercultural de diplomacia indígena. Memoria, derecho y política*. San José de Costa Rica: Centro de Asistencia Legal Popular.
- VALLADARES, Laura. 2010. "El peritaje antropológico: los retos del entendimiento intercultural". En *Pueblos indígenas: debates y perspectivas*, editado por José Gabriel Baeza. Ciudad de México: Universidad Nacional Autónoma de México, Programa Universitario México Nación Multicultural.
- \_\_\_\_\_. 2011. "Los modos de resolver los conflictos sociales en el mundo indígena", en *Derecho Indígena en Panamá*. Ciudad de Panamá: Flacso-Panamá.
- VENEZUELA. 2005. Ley Orgánica de Pueblos y Comunidades Indígenas.
- VERNENGO, Roberto. 1977. "Teoría general del derecho y ciencia jurídica". *Revista de Filosofía Diánoia*, núm. 23: 209-37.
- VERONA, Aarón. 2015. "¿Pluma o espada? La desnaturalización del peritaje antropológico. Análisis de seis peritajes". En *El peritaje antropológico. Entre la reflexión y la práctica*, editado por Armando Guevara, Aarón Verona y Roxana Vergara, 205-15. Lima: Centro de Investigación, Capacitación y Asesoría Jurídica del Departamento Académico de Derecho.
- YRIGROYEN, Raquel. 2004. "Pluralismo jurídico, derecho indígena y jurisdicción especial en los países andinos". *El otro derecho*, núm. 30: 171-95.

- ZAFFARONI, Raúl. 1998. *En busca de las penas perdidas*. Buenos Aires: Ediar.
- \_\_\_\_\_. 2009. “Consideraciones acerca del reconocimiento del pluralismo cultural en la ley penal”. En *Derechos ancestrales. Justicia en contextos plurinacionales, Justicia y derechos humanos, neoconstitucionalismo y sociedad*. Editado por Danilo Caicedo y Carlos Gallegos, 99-121. Quito: Ministerio de Justicia y Derechos Humanos.

## Índice temático

### A

**acceso a la justicia**, 7, 9, 17, 18, 40, 41, 42, 55, 56, 64, 77, 106, 109, 120, 134, 135, 136, 139, 141, 142, 143, 146, 147, 223, 228

**administración de justicia**, 8, 65, 104, 109, 129, 149

**ámbito territorial**, 48, 62, 65, 68, 70, 78, 95, 102, 105, 170, 196

**antropología jurídica**, 10, 41, 45, 119

**arrepentimiento**, 129, 222

**asignación de competencias**, 50, 58, 81

**autonomía indígena**, 110, 168, 170, 177, 208

**autoridades tradicionales**, 21, 22, 25, 66, 112, 144, 155, 165, 173, 211, 218

### B

**bloque de constitucionalidad**, 19, 98, 108, 132, 227

### C

**cohesión social**, 49, 118, 137, 227

**colectividad**, 40, 45, 59, 81, 91, 110, 144, 171

**competencia**, 23, 24, 33, 43, 49, 50, 55, 56, 58, 61, 63, 64, 70, 76, 78, 80, 89, 96, 97, 98, 104, 109, 120, 156, 157, 158, 162, 165, 170, 174, 176, 179, 182, 194, 196, 197, 201, 202, 203, 205, 206, 208, 215, 218

**conciliación**, 39, 41, 42, 78, 93, 127

**confesión**, 129, 151, 168, 187, 191, 221

**constitucionalidad**, 56, 59, 60, 63, 68, 84, 85, 86, 160, 164, 178, 179, 184, 185, 205, 206, 208, 214, 216

**control**, 16, 30, 56, 60, 63, 68, 69, 70, 75, 84, 93, 101, 125, 130, 160, 164, 165, 178, 182, 185, 206, 214, 216, 220

**convencionalidad**, 56, 60, 84, 85, 160, 164, 178, 184, 205, 206, 208, 214

**coordinación**, 15, 17, 18, 19, 25, 31, 43, 47, 48, 49, 50, 54, 57, 58, 60, 61, 63, 65, 66, 68, 70, 71, 74, 77, 78, 79, 80, 81, 82, 84, 85, 105, 141, 162, 163, 170, 201, 211, 213, 216, 217, 218, 225

**cosmovisión**, 32, 40, 59, 80, 95, 117, 132, 141, 143, 144, 166, 169, 227

**costumbres**, 7, 30, 31, 32, 33, 40, 45, 46, 48, 49, 51, 55, 64, 65, 69, 70, 71, 72, 81, 82, 89, 92, 96, 99, 101, 102, 105, 107, 109, 115, 133, 149, 151, 152, 158, 161, 162, 171, 172, 177, 200, 204, 207, 210

**culpable**, 128, 139, 151, 220

**culto**, 21, 32, 118, 155, 165, 166, 167, 168, 169, 170

**cultural**, 21, 24, 25, 30, 31, 32, 39, 40, 41, 43, 45, 46, 47, 49, 52, 57, 59, 65, 69, 72, 73, 79, 80, 81, 84, 89, 90, 91, 94, 95, 96, 97, 98, 99, 100, 101, 106, 109, 112, 115, 116, 117, 118, 119, 120, 121, 122, 123, 129, 131, 132, 133, 136, 139, 142, 143, 144, 150, 152, 155, 160, 162, 165, 166, 167, 168, 169, 170, 171, 177, 179, 180, 182, 188, 190, 191, 192, 193, 199, 200, 202, 209, 211, 216, 227, 232

### D

**debido proceso**, 11, 16, 24, 25, 26, 32, 33, 34, 40, 54, 56, 88, 92, 97, 98, 100, 102, 111, 117, 118, 125, 129, 134, 135, 136, 137, 138, 139, 140, 141, 148, 151, 152, 165, 168, 180, 186, 190, 198, 202, 211, 212, 214, 218, 219, 220

**defensa**, 24, 26, 93, 97, 112, 122, 129, 134, 135, 138, 141, 171, 180, 202, 209, 210, 211, 212, 218, 221

**derecho aplicable**, 32, 59, 89, 156

**derecho consuetudinario**, 46, 48, 67, 78, 82, 105, 107, 113

**derecho indígena**, 15, 25, 67, 69, 70, 75, 101, 102, 112, 138, 139, 140, 177, 179, 183, 188, 211, 231

**derecho propio**, 15, 23, 56, 68, 69, 70, 95, 96, 98, 101, 102, 124, 157, 168, 182, 183, 194, 196, 198, 213, 217

**derechos colectivos**, 49, 52, 56, 62, 68, 71, 74, 109, 110, 147, 160, 161, 179, 186, 190, 214

**derechos humanos**, 10, 11, 16, 17, 30, 31, 33, 37, 41, 43, 44, 46, 49, 53, 56, 57, 62, 68, 73, 75, 81, 82, 84, 85, 89, 92, 101, 103, 107, 108, 110, 111, 112, 113, 119, 124, 129, 130, 131, 135, 137, 139, 149, 160, 162, 163, 164, 170, 179, 181, 183, 184, 185, 186, 187, 188, 190, 206, 213, 216, 217, 220, 221, 229, 231, 232

**diálogo**, 8, 18, 31, 37, 39, 41, 43, 49, 53, 57, 64, 85, 90, 110, 112, 113, 114, 115, 116, 119, 131, 132, 137, 163, 213, 217

**diversidad étnica y cultural**, 117, 150

**doble instancia**, 129, 164

## E

**elementos formales**, 16, 54, 83, 156, 175, 177, 182, 195

**Estado de Derecho**, 8, 9, 10, 14, 15, 16, 17, 54, 55, 83, 89, 111, 134, 148, 162

## F

**forum shopping**, 42, 50, 52, 85, 162, 217

## G

**garantías**, 16, 25, 26, 54, 56, 73, 93, 103, 108, 113, 118, 134, 135, 136, 138, 139, 141, 143, 152, 180, 198, 206, 212, 214, 218, 219, 226

## I

**identidad**, 8, 32, 40, 47, 49, 52, 59, 72, 81, 83, 90, 97, 115, 116, 117, 131, 132, 143, 157, 170, 171, 226

**interculturalidad**, 15, 40, 59, 62, 79, 89, 90, 103, 113, 117, 131, 139, 140, 196, 213

**interpretación**, 14, 19, 31, 33, 53, 55, 56, 60, 73, 88, 89, 92, 96, 100, 101, 102, 103, 104, 105, 111, 115, 120, 132, 139, 140, 141, 142, 144, 151, 152, 160, 165, 167, 170, 177, 178, 180, 182, 190, 191, 198, 199, 200, 205, 216, 219

## J

**jerarquía**, 59, 60, 109, 116, 117, 118, 132, 133, 156, 160, 167, 176, 181

**juez**, 17, 19, 21, 22, 23, 24, 25, 29, 31, 32, 42, 43, 50, 54, 55, 56, 73, 78, 89, 90, 115, 117, 118, 119, 120, 134, 135, 137, 138, 145, 155, 156, 157, 158, 160, 164, 165, 166, 173, 174, 175, 176, 178, 179, 180, 181, 182, 183, 184, 187, 193, 194, 195, 198, 199, 201, 205, 206, 207, 209, 210, 211, 215, 216, 220, 221

**juez natural**, 50, 54, 56, 89, 205, 207, 221

**jurisdicción indígena**, 11, 30, 33, 36, 40, 43, 47, 48, 50, 56, 57, 59, 60, 61, 62, 63, 68, 69, 70, 77, 84, 85, 93, 95, 101, 105, 109, 110, 117, 124, 125, 126, 128, 132, 133, 159, 160, 164, 170, 175, 177, 178, 179, 196, 197, 204, 205, 206, 207, 208, 213, 214, 215, 216

**justicia**, 7, 8, 11, 14, 15, 16, 17, 18, 24, 25, 29, 31, 33, 34, 37, 38, 39, 40, 41, 42, 43, 44, 46, 47, 50, 51, 52, 53, 54, 55, 56, 57, 58, 59, 62, 64, 65, 66, 67, 68, 69, 71, 73, 74, 75, 78, 79, 80, 81, 84, 85, 89, 90, 91, 92, 93, 94, 98, 101, 103, 104, 106, 107, 109, 111, 112, 117, 118, 119, 120, 121, 124, 125, 126, 127, 128, 129, 130, 131, 132, 133, 134, 135, 136, 138, 139, 140, 141, 142, 143, 146, 149, 150, 151, 152, 158, 160, 162, 163, 164, 168, 179, 181, 182, 184, 185, 191, 193, 195, 196, 197, 198, 199, 203, 205, 208, 210, 211, 212, 213, 215, 216, 217, 218, 221, 222, 223, 226, 227, 228, 229, 230, 231

**justicia estatal**, 16, 33, 34, 42, 43, 50, 53, 54, 56, 57, 74, 79, 85, 92, 103, 129, 141, 150, 158, 181, 185, 196, 197, 198, 208, 217

## L

**legalidad**, 52, 100, 111, 119, 131, 134, 135, 182, 184, 189

**libre determinación**, 15, 45, 46, 52, 56, 59, 61, 62, 72, 75, 84, 93, 94, 111, 112, 150, 160, 167, 168, 170, 179, 191, 196, 206, 216

## M

**mujeres**, 24, 68, 69, 71, 73, 93, 101, 103, 111, 112, 113, 146, 147, 149, 183, 184, 206, 211, 223

## N

***ne bis in ídem***, 98, 129

**normas** 15, 16, 19, 30, 31, 32, 48, 50, 51, 54, 56, 57, 60, 61, 63, 65, 67, 68, 69, 70, 76, 80, 82, 84, 92, 93, 95, 96, 99, 101, 102, 103, 105, 106, 108, 109, 110, 111, 112, 118, 121, 124, 125, 126, 129, 130, 133, 135, 137, 141, 149, 151, 152, 156, 160, 163, 165, 166, 168, 170, 171, 176, 177, 178, 180, 183, 184, 185, 190, 191, 192, 193, 197, 198, 201, 205, 206, 207, 216, 218, 219

## O

**ombudsman**, 51

### **Organización Internacional del**

**Trabajo**, 15, 43, 45, 50, 58, 71, 81, 92, 106, 108, 142, 144, 226, 229

## P

**penas**, 33, 41, 93, 98, 100, 119, 124, 125, 126, 127, 129, 130, 131, 150, 170, 185, 186, 187, 189, 190, 222, 232

**peritaje**, 31, 118, 120, 121, 137, 144, 150, 152, 166, 180, 182, 183, 189, 190, 192, 200, 201, 230

**pluralismo jurídico**, 7, 8, 9, 14, 18, 19, 30, 31, 43, 45, 46, 47, 48, 49, 50, 51, 55, 56, 57, 59, 61, 70, 80, 81, 82, 83, 84, 94, 103, 104, 109, 113, 152, 156, 157, 160, 165, 175, 178, 180, 182, 185, 186, 190, 195, 196, 197, 200, 203, 205, 215, 216

**ponderación**, 56, 57, 62, 96, 115, 116, 150, 161, 168, 169, 190, 201, 207

**presunción de inocencia**, 25, 129, 135, 138, 139, 211

**principio de proporcionalidad**, 57, 207

**procedimientos**, 16, 17, 25, 32, 39, 40, 43, 47, 48, 55, 57, 59, 61, 63, 65, 67, 68, 69, 70, 73, 76, 80, 81, 82, 85, 91, 93, 95, 101, 102, 104, 105, 107, 111, 113, 118, 119, 121, 125, 126, 131, 135, 136, 137, 138, 140, 142, 151, 160, 163, 170, 198, 203, 206, 212, 217, 218, 219, 220, 224

## R

**reparación**, 22, 39, 41, 126, 128, 129, 143, 144, 151, 168, 173, 191

**restaurativa**, 39, 42, 129, 130, 151, 168, 191, 218, 222, 223

## S

**sanciones**, 31, 37, 39, 40, 50, 52, 78, 97, 110, 119, 124, 125, 126, 127, 128, 129, 130, 132, 134, 150, 151, 168, 187, 188, 191, 200, 208, 222

**seguridad jurídica**, 52, 54, 55

**sentencias**, 17, 18, 78, 96, 97, 98, 103, 106, 116, 181, 213, 228



EL PLURALISMO JURÍDICO presenta retos considerables en la práctica jurídica. Este *Manual para la práctica de la justicia intercultural* –en su segunda edición completamente revisada y ampliada– se propone ofrecer tanto las bases teóricas como las herramientas empíricas para poder cumplir con esta tarea. En un trabajo colectivo, los autores y editores de la obra presentan un panorama que incluye la normativa y jurisprudencia internacional y nacional de la mayoría de los Estados latinoamericanos, así como claves de interpretación jurídica que pretenden contribuir a la apropiación y el reconocimiento de los derechos colectivos indígenas, al fortalecimiento del diálogo entre los diferentes sistemas de justicia y al funcionamiento de las instituciones judiciales en el contexto de las sociedades pluriculturales, multilingües y plurinacionales latinoamericanas.

Los lectores del Manual accederán a un material elaborado a partir de una metodología de enseñanza basada en el análisis de casos y de problemas específicos que orienta de manera didáctica la solución y aplicación de las herramientas hermenéuticas y conceptuales del pluralismo jurídico.

[iusla@kas.de](mailto:iusla@kas.de)

[www.kas.de/es/web/rspla](http://www.kas.de/es/web/rspla)

Twitter: @KASiusLA

Facebook: <https://www.facebook.com/kasiusla>

Vimeo: <https://vimeo.com/iusla>