

Pluralismo jurídico, derecho indígena y jurisdicción especial en los países andinos*

RAQUEL YRIGOYEN FAJARDO**



El reconocimiento de los pueblos indígenas y su derecho al control de sus instituciones, hábitat y territorios, autogobierno, sistemas jurídicos, autoridades, identidad, idiomas y cultura, así como su derecho a participar en los planes regionales y nacionales que puedan afectarlos, ha supuesto una larga lucha aún inconclusa en América Latina. El hecho colonial puso a los pueblos originarios en una condición de subordinación política, explotación económica y subvaloración cultural. La ideología de la inferioridad natural de los indios del siglo XVI y la herencia republicana de la idea del Estado-nación y la identidad Estado-derecho del siglo XIX, han impedido el reconocimiento pleno de la dignidad de los diferentes pueblos y culturas, así como de los diversos sistemas jurídicos indígenas. Esta situación ha sido contestada por los diferentes movimientos indígenas y campesinos y también, durante la década pasada, por importantes cambios normativos. Este artículo expone las tendencias de las reformas constitucionales de los países andinos para señalar el marco jurídico semejante que puede dar lugar a un horizonte pluralista que permita ir construyendo las bases de un Estado pluricultural.



Legal Pluralism, Indigenous Law and the Special Jurisdiction in the Andean Countries

The recognition of indigenous peoples and of their right to control their institutions, habitat and territories, to self-government, legal systems, authorities, identity, languages and culture, as well as their right to participate in the regional and national plans that may affect them, has supposed a long, as of yet inconclusive,

* Foro Internacional: pluralismo jurídico y jurisdicción especial. Lima, febrero de 2003. Las ideas centrales del texto que sigue han sido tomadas de Raquel Yrigoyen, *Estado pluricultural, derecho indígena y control penal en los países andinos*. Tesis doctoral en curso para la Universidad de Barcelona.

** Investigadora, candidata a doctorado en Derecho Penal y Ciencias Penales de la Universidad de Barcelona. raquelyf@hotmail.com

struggle in Latin America. The 16th century ideology of the natural inferiority of the indigenous people, the republican heritage of the notion of the nation-state and the state-law identity of the 19th century have impeded the full recognition of the dignity of different peoples and cultures and of the diverse indigenous legal systems. This situation has been contested by the different indigenous and peasant movements and also, over the past decade, by important normative changes. This article exposes the tendencies of the constitutional reforms in the Andean countries to signal to the similar legal framework that may lead to a pluralist horizon that allows the construction of the bases of a multi-cultural state.

En la última década del siglo XX hay una tendencia semejante en las reformas constitucionales emprendidas por los países que conforman la Comunidad Andina de Naciones¹: Colombia, Perú, Bolivia, Ecuador y Venezuela, que hace comparables a dichos procesos. Tales países también han ratificado el Convenio 169 de la Organización Internacional del Trabajo (OIT) sobre Pueblos Indígenas y Tribales en Países Independientes de 1989, lo que les da un marco jurídico semejante. De estas reformas normativas se destaca el reconocimiento de: a) el carácter pluricultural del Estado/nación/república, b) los derechos de los pueblos indígenas y las comunidades campesinas, c) el derecho indígena y la jurisdicción especial. Si bien estas reformas no están exentas de contradicciones y limitaciones, cabe interpretarlas desde un horizonte pluralista que permita ir construyendo las bases de un Estado pluricultural.

EL CONTEXTO DE LAS REFORMAS CONSTITUCIONALES

En la última década del siglo XX emerge lo que podríamos llamar el “horizonte pluralista” como un nuevo modelo de gestión de la multiculturalidad². Se da en el contexto del cuestionamiento internacional a los quinientos años del “Descubrimiento/ Invasión”, la adopción del Convenio 169 de la OIT, los movimientos de reivindicación de derechos de los pueblos indígenas, y las reformas constitucionales en más de una quincena de países en Latinoamérica (Van Coott, 1999). Lo central de estos cambios es que cuestionan tres herencias fundamentales de los periodos anteriores. En primer lugar, se plantea el reconocimiento de los pueblos indígenas como sujetos políticos y no sólo como objetos de políticas que dictan otros, esto es, como sujetos con derecho a controlar sus propias instituciones y autodefinir sus destinos. Esto importa la ruptura de la ideología de la inferioridad y la supuesta necesidad de tutela estatal acuñada en la

¹ Acuerdo de Cartagena, firmado el 10 de marzo de 1996. Ver www.comunidadandina.org

² Durante la Colonia se gestionó la diversidad mediante políticas de subordinación y segregación; durante la Independencia e inicios de la república, mediante políticas de asimilación o desaparición cultural de lo indígena; y desde mediados del siglo XX mediante políticas integracionistas que reconocían parcialmente derechos indígenas, pero manteniendo su estatuto subordinado. (Marzal, 1986); Yrigoyen, 1995).

Colonia para legitimar la subordinación política y la explotación económica de los pueblos originarios. En segundo lugar, se cuestionan dos herencias centrales de la juridicidad republicana: los binomios Estado-nación y Estado-derecho. Se quiebra la idea de que el Estado representa una nación homogénea (con una sola identidad cultural, idioma, religión), y pasa a reconocerse la diversidad cultural, lingüística y legal. Al cuestionarse el monopolio de la producción jurídica por el Estado, se admiten diversos grados de pluralismo legal, reconociéndose a los pueblos y comunidades indígenas/campesinas el derecho de tener su propio derecho, autoridades y formas de justicia.

Junto con las reformas que acogen los planteamientos pluralistas se aprecia otra tendencia internacional: la recepción del modelo socioeconómico neoliberal, que se basa en promover mecanismos de desregulación para facilitar las transacciones internacionales, librándolas a las reglas de la competencia y el mercado. Se abandona la idea de un Estado proteccionista, de bienestar. Como efecto de estas políticas, en varios países se ha facilitado la presencia de empresas transnacionales de extracción (forestal, petrolera, minera) en territorios indígenas, a las cuales los Estados han entregado amplias facultades, restringiendo las de los pueblos indígenas que los habitan. Los conflictos entre dichas empresas y los pueblos indígenas no se han hecho esperar.

CONTENIDO DE LAS REFORMAS CONSTITUCIONALES DE LOS PAÍSES ANDINOS (YRIGOYEN, 2000c)

Los países andinos que han reformado la Constitución, incluyendo alguna fórmula de reconocimiento del derecho y la jurisdicción especial indígena son: Colombia (1991), Perú (1993), Bolivia (1994), Ecuador (1998) y Venezuela (1999). El cuadro comparativo de las reformas constitucionales de tales países permite ver algunos rasgos comunes. Estos Estados, a su vez, son firmantes del Convenio 169 de la OIT sobre Pueblos Indígenas y Tribales en Países Independientes.

Fundamento: caracterización pluralista de la nación y el Estado

El primer cambio que se observa en estos textos constitucionales es el reconocimiento del carácter pluricultural y multiétnico de la configuración estatal o de la nación, lo cual ocurre por primera vez en la historia de tales repúblicas. Esto es muy importante porque es el fundamento del reconocimiento de la pluralidad lingüística y jurídica, así como del reconocimiento de derechos indígenas específicos. El verbo que utilizan las constituciones es “reconocer”, en la medida que el texto constitucional no está “creando” la situación de diversidad cultural sino reconociendo la misma³.

³ Constitución de Colombia de 1991, Art. 7: “El Estado reconoce y protege la diversidad étnica y cultu-

Lo mismo, al asumir oficialmente la preexistencia de los pueblos indígenas, con lo cual salva una negación histórica, reconoce sus derechos precedentes y abre las posibilidades de convivencia y participación democrática. El texto del Convenio 169 de la OIT en su quinto considerando dice expresamente: “Reconociendo las aspiraciones de esos pueblos a asumir el control de sus propias instituciones y formas de vida y de su desarrollo económico y a mantener y fortalecer sus identidades, lenguas, religiones, dentro del marco de los Estados en que viven.”

La fórmula de reconocimiento del pluralismo jurídico en los países andinos

La fórmula empleada por los países andinos para el reconocimiento del derecho consuetudinario o indígena contiene elementos y alcances semejantes, con algunas variantes a considerar. El hecho del reconocimiento de los sistemas jurídicos indígenas posibilita una articulación democrática con el sistema judicial nacional y los poderes del Estado. Igualmente permite la reducción de la violencia institucional⁴.

Las fórmulas constitucionales empleadas en los países andinos comprenden en general el reconocimiento de funciones jurisdiccionales o de justicia a las autoridades de las comunidades indígenas y/o campesinas de acuerdo con su derecho consuetudinario, o con sus propias normas y procedimientos, dentro del ámbito territorial de los pueblos o las comunidades indígenas o campesinas. Es decir, reconocen los órganos de resolución de conflictos indígenas, sus normas y procedimientos. El límite del reconocimiento se asemeja con variantes al del Convenio 169 de la OIT, que señala que no debe haber incompatibilidad entre el derecho consuetudinario y los derechos fundamentales definidos por el sistema jurídico nacional ni con los derechos humanos internacionalmente reconocidos. Algunas fórmulas constitucionales son bastante más limitativas en este punto, pero en este caso prima el Convenio como se analizará luego. Adicionalmente, todos los textos constitucionales hacen referencia a una ley de desarrollo constitucional que coordine o compatibilice la jurisdicción es-

ral de la nación colombiana.” Constitución de Perú de 1993: **Art. 2:** toda persona tiene derecho, **inc. 19:** “A su identidad étnica y cultural. **El Estado reconoce y protege la pluralidad étnica y cultural de la nación.**” Reforma a la Constitución de Bolivia de 1994: **Art. 1:** “Bolivia, libre, independiente, soberana, **multiétnica y pluricultural,**[...]”. Constitución de Ecuador de 1998, Art. 1. “El Ecuador es un **Estado** social de derecho, soberano, unitario, independiente, democrático, **pluricultural y multiétnico.**” Constitución de Venezuela de 1999: Artículo 100: “Las culturas populares constitutivas de la venezolanidad gozan de atención especial, **reconociéndose** y respetándose la **interculturalidad** bajo el **principio de igualdad de las culturas.** (...)” (énfasis agregado).

⁴ Algunos objetan el reconocimiento constitucional de los sistemas jurídicos indígenas bajo el argumento de que se va a generar caos por la “creación” de muchos sistemas, pero los textos constitucionales no están creando sino reconociendo algo que ya existe en la realidad social, lo que permite crear puentes de entendimiento y articulación, y condiciones para su desarrollo.

pecial o las funciones judiciales indígenas con el sistema judicial nacional o los poderes del Estado.

Dado que los países andinos han ratificado el Convenio 169 de la OIT, tal Convenio debe interpretarse conjuntamente con el texto constitucional. Cabe anotar que como criterio interpretativo debe utilizarse el art. 35 del Convenio, el cual establece que priman las normas (o incluso acuerdos nacionales –políticos–) que otorgan más derechos o ventajas a los pueblos indígenas (PI). El análisis que sigue puede aplicarse también, en gran medida, a los Estados que han ratificado el Convenio 169 de la OIT aunque no hayan incluido reformas constitucionales expresas para reconocer el derecho indígena.

El Convenio 169 de la OIT establece, entre otras disposiciones:

Art. 8, 2: dichos pueblos deberán tener el derecho de conservar sus costumbres e instituciones propias siempre que éstas no sean incompatibles con los derechos fundamentales definidos por el sistema jurídico nacional ni con los derechos humanos internacionalmente reconocidos. Siempre que sea necesario, deberán establecerse procedimientos para solucionar los conflictos que puedan surgir en la aplicación de este principio.

Art. 9, 1: en la medida 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.

Objeto de reconocimiento

Lo primero que se desprende del Convenio 169 de la OIT y los textos constitucionales de los países andinos es que hay un reconocimiento de dos contenidos mínimos:

- El sistema de normas o derecho consuetudinario, y por ende de la potestad normativa o reguladora de los pueblos y las comunidades indígenas y campesinas (en los casos de Perú y Bolivia).
- La función jurisdiccional especial o la potestad de impartir o administrar justicia. Ello incluye la validez y eficacia de las decisiones de la jurisdicción especial de modo autónomico, y el sistema institucional o de autoridades, o la potestad de gobernarse con sus propias instituciones, incluidos los mecanismos propios de designación, cambio y legitimación de autoridades.

Antes de la reforma constitucional, la normativa de los diferentes países andinos sólo permitía la costumbre como una fuente secundaria del derecho, a falta de ella y nunca en contra de ella (*contra legem*), en cuyo caso podía constituir delito. Al reconocerse funciones de justicia o jurisdiccionales a los pueblos y las comunidades indígenas/campesinas siguiendo su propio derecho y aplicado por sus autoridades, se admite

explícitamente la existencia de órganos distintos al poder judicial, legislativo y ejecutivo para la producción del derecho y la violencia legítima. Se admite el llamado derecho consuetudinario no sólo como fuente del derecho (estatal), sino como un derecho propio que se aplica incluso contra la ley⁵.

En este sentido se pronuncian los constitucionalistas Bernal y Rubio. El reconocimiento de la jurisdicción especial “permite el ejercicio de la función jurisdiccional por un órgano u organización distintos al poder judicial, limitándose el principio de la unidad y exclusividad del poder judicial para dicha función, consagrado en el inc. 1 del art. 139” (Bernal, 1999: 682). Por tanto, cuando las autoridades indígenas o comunales ejercen estas funciones jurisdiccionales los tribunales ordinarios deben inhibirse de intervenir, so pena de actuar inconstitucionalmente, anota Rubio⁶. En todo caso, tendría que probarse que se trata de hechos que están fuera de la competencia de la jurisdicción especial (por ejemplo cuando los hechos no se realizaron dentro de su ámbito territorial).

La jurisdicción especial comprende todas las potestades que tiene cualquier jurisdicción: *notio, iudicium, imperium o coercio*. Esto es, la potestad para conocer los asuntos que le correspondan, incluyendo funciones operativas para citar a las partes, recaudar pruebas (*notio*); la potestad para resolver los asuntos que conoce, siguiendo su propio derecho (*iudicium*), y finalmente, la potestad de usar la fuerza para hacer efectivas sus decisiones en caso de ser necesario. Ello comprende acciones que pueden restringir derechos, tales como ejecutar detenciones, obligar a pagos, a realizar trabajos, etc. (*coercio* o *imperium*)⁷. La Corte Constitucional de Colombia ha reconocido en reiterada jurisprudencia el carácter de jurisdicción que tienen los pueblos indígenas, con todas las potestades mencionadas.

Los actos de coerción personal derivados del ejercicio de la función jurisdiccional especial (dentro de su territorio y siguiendo su propio derecho) no constituyen, por definición, usurpación de funciones de la jurisdicción ordinaria, o delito de secuestro, privación ilegal de la libertad ni ninguna otra forma delictiva, como no lo son la captura, el trabajo comunitario, la prisión, el embargo, el impedimento de salida que sufren las personas por orden legítima de la jurisdicción ordinaria. Se trata, por pro-

⁵ En el caso del Perú este tema fue explícitamente debatido en el Congreso Constituyente: “que el reconocimiento del pluralismo legal permitía la aplicación del *derecho consuetudinario* aún en contra de la ley, y por eso es que esta norma merecía estatuto constitucional y no sólo legal” (Diario de Debates CCD, 12.4.1993 y 23.6.1993).

⁶ “También entendemos que cuando exista un proceso de este tipo, **los tribunales ordinarios deberán inhibirse**, aún cuando puedan actuar de oficio, pues de no hacerlo estarían actuando inconstitucionalmente contra este artículo (149)” (Rubio, 1999: 208). (Énfasis agregado).

⁷ Ver Sánchez y Jaramillo (2000: 130-131), quienes a su vez citan la Enciclopedia Jurídica Omeba en su definición de Jurisdicción, tomo XVII, p. 538-9, Buenos Aires.

pio reconocimiento constitucional, del ejercicio de un derecho, del derecho de los pueblos y las comunidades de ejercer funciones jurisdiccionales. El ejercicio de un derecho no puede constituir por tanto la comisión de un delito pues no sólo no está prohibido, sino que su ejercicio está legitimado y protegido. En reiterada jurisprudencia la Corte Constitucional de Colombia ha respaldado estas facultades de la jurisdicción especial⁸. Ello incluye claramente no sólo potestades coercitivas generales sino también potestades punitivas específicas las cuales ya no están en manos de la jurisdicción penal ordinaria sino de la jurisdicción especial o tradicional (San Martín, 1999: 90-91).

Sujeto titular del derecho

El Convenio 169 de la OIT tiene como sujeto titular del derecho a los “pueblos indígenas”, mientras que en los textos constitucionales de los países andinos se mencionan “pueblos”, “comunidades”, “comunidades campesinas y nativas” y “rondas campesinas”. El texto constitucional y el Convenio deben interpretarse sistemáticamente, bajo el principio de rescatar lo más favorable a los pueblos indígenas. Con base en el Convenio 169, los pueblos indígenas tienen titularidad para aplicar su derecho consuetudinario y ejercer funciones jurisdiccionales, y no sólo las instancias comunales que algunas constituciones mencionan (Perú). El concepto de pueblo es más comprehensivo que el de comunidad, pudiendo comprender formas de organización comunal que no están reconocidas por ley, o estando reconocidas, que no están tituladas propiamente como indica la ley. Este concepto de pueblo también incluye organizaciones supracomunales, grupos étnicos extensos, federaciones, o los llamados “pueblos no contactados”, al margen de su estatuto legal⁹.

⁸ “Esto implica que los pueblos indígenas pueden tener personas encargadas de conducir a los renuentes ante las autoridades judiciales de la comunidad, [tener] sitios de reclusión o castigo, y también que pueden imponer penas restrictivas de la libertad y tener personas que vigilen el cumplimiento de las penas de cualquier tipo. Además de los límites que se derivan de los derechos humanos, la Corte no ha señalado otros. Por el contrario, ha avalado la actuación de los indígenas en este aspecto. Véase sentencias SR-349 de 1996, T-523 de 1997 y SU-510 de 1998.” (Sánchez et al., 1999: 143). “En el caso de los pueblos indígenas, el derecho de administrar justicia también incluye el derecho de utilizar la fuerza física, teniendo como límite la protección del derecho a la vida e integridad corporal”. Al respecto, la Corte, mediante “sentencia T-349 de 1996... protegió la sanción del cepo... (y) la sentencia T-523 de 1997 ... protegió la sanción del “fuate”... bajo la consideración de que no constituían trato cruel, inhumano ni degradante” (Sánchez, 1999: 142). Esta facultad también incluye el derecho de “impedir la entrada o permanencia en su territorio de personas indeseadas (derecho de exclusión de su territorio)” (sentencias T-257 de 1993, SU-510 de 1998 y T-652 de 1998), entre otros tipos de medidas y sanciones (Sánchez y Jaramillo, 2000: 119).

⁹ El art. 1, inc. 1, literal b) del Convenio 169 establece que el mismo se aplica “a los pueblos en 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 Colonia, o del establecimiento de las actuales fronteras estatales y que, cualquiera que sea su situación jurídica,

Para los efectos de la definición de “pueblo indígena” ha de considerarse el derecho de autodefinition que consagra el Convenio 169 (art. 1, inc. 2). Si bien el término “pueblo” es más amplio que el de “comunidad”, ello no significa que no deban reconocerse estos derechos cuando sólo hay comunidades y no pueblos indígenas con todos sus componentes. Cabe recordar que justamente la historia colonial y republicana ha impactado negativamente en muchos pueblos pulverizándolos en comunidades, y diluyendo y transformando sus elementos identitarios. En algunos casos tal impacto incluye la pérdida de los idiomas indígenas, la propiedad común de la tierra (por la expansión de las haciendas durante la república), las estructuras de poder supracomunal, y el hecho mismo de autodenominarse indígenas, por la connotación negativa que le fue asignada. El término “indígena” fue exitosamente sustituido por el de “campesino” en varios países a partir de mediados de siglo hasta la fecha (Perú, Bolivia, y otros países de Latinoamérica como Guatemala durante la reforma agraria de 1952). Es necesario tener en cuenta que los pueblos y las culturas indígenas no son estáticos, mientras que los conceptos tienden a serlo. Las culturas y formas de organización social se transforman y recrean constantemente; por tanto, hay muchos colectivos que tienen una identidad propia y diferenciada del resto de la sociedad nacional, con su propia cultura legal e instituciones, con herencia andina y también de otras fuentes, pero que ya no hablan idiomas indígenas ni mantienen elementos tradicionales que se consideran parte de una identidad indígena estereotipada¹⁰.

Las autoridades indígenas

Las cartas constitucionales mencionan la potestad de las autoridades de los pueblos/comunidades indígenas/campesinas para ejercer funciones jurisdiccionales o de justicia. Las cartas de Colombia, Perú, Ecuador simplemente hablan de “autoridades”, en cambio la Constitución de Bolivia es más explícita al indicar “autoridades naturales”, así como la de Venezuela, que habla de “autoridades legítimas”. La referencia a las “autoridades de los pueblos o comunidades indígenas” alude a los individuos o

conservan todas sus propias instituciones sociales, económicas, culturales y políticas o parte de ellas” (s/n).

¹⁰ La Constitución del Canadá de 1982 ofrece un interesante ejemplo de cómo otorgar derechos a colectivos que no entran dentro de la categoría “indígena”, pero que tienen herencia indígena e identidad diferenciada del resto de la sociedad nacional. Éste es el caso de los Métis, un colectivo mestizo constituido a partir del mestizaje de miembros de las primeras naciones, Inuit y europeos, pero con una identidad propia, y que reclamaba la aplicación de derechos que se reconocen a los pueblos indígenas. En 1982 se hizo una enmienda a la Constitución del Canadá a fin de que se incluyera a los Métis entre los pueblos aborígenes del Canadá y les reconociera derechos que corresponden a dichos pueblos (Sección 35,2), no obstante no ser un pueblo indígena propiamente. El criterio utilizado es que los Métis consideran que tienen una identidad cultural propia y distinta al resto, que no es ni indígena, ni occidental (Borrows y Rotman, 1998: 465-497).

colectivos (asambleas, cuerpos colegiados) que según los sistemas indígenas tienen potestad para gobernar, resolver conflictos o regular la vida social. Ello incluye la potestad de los pueblos y las comunidades indígenas a tener su propio sistema institucional para el autogobierno, la organización del orden social y la resolución de conflictos, lo que llamaríamos la justicia o función jurisdiccional. Este derecho a contar con sus propias autoridades significa que las mismas son nombradas o designadas bajo las reglas indígenas y tienen las atribuciones que dichos pueblos les asignan. El Convenio 169 de la OIT se refiere al reconocimiento de las “instituciones” de los pueblos indígenas, lo cual incluiría no sólo autoridades específicas sino también la forma de organización institucional. Aquí cabe incluir también a los sistemas institucionales que son apropiados por los pueblos indígenas, no obstante tener un origen foráneo. Las prácticas estatales que implican el nombramiento o la imposición de determinadas personas, indígenas o no, para que sean autoridades de pueblos o comunidades indígenas son incompatibles con el derecho mencionado. Esto además constituiría una violación del derecho a “la propia vida cultural” (art. 27 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos), del derecho de autoidentificación (Convenio 169 de la OIT), y de las normas constitucionales que reconocen la autonomía organizativa de las comunidades y los pueblos indígenas.

Competencias

En cuanto a la competencia territorial, material y personal, las constituciones de Colombia y Perú comparten, grosso modo, los mismos criterios teniendo como base la competencia territorial. La Constitución de Bolivia no hace referencia expresa al tema. La Constitución del Ecuador habla de una competencia con relación a conflictos internos, sin precisar si es en razón de territorio, persona o materia. La Constitución de Venezuela limita la competencia territorial y personal. A continuación se analizará el alcance de las mismas teniendo en cuenta el Convenio 169 de la OIT.

Competencia territorial

En principio, el Convenio 169 de la OIT (arts. 13-15) reconoce a los pueblos indígenas el derecho a tierras y territorio como un espacio de gestión colectiva. Se trata del lugar que ocupan o utilizan de algún modo para realizar actividades que les permitan su reproducción material y cultural. Por tanto, tener competencia sobre los hechos que ocurren dentro de dicho territorio es parte de la definición propia de los derechos territoriales. La competencia sobre el territorio, sin embargo, es un mínimo, pero no un limitante, pues el alcance de la jurisdicción indígena se puede ampliar en razón de la competencia personal y material. De hecho, por razón de competencia personal, la jurisdicción indígena podría tener competencia extraterritorial.

En las constituciones de Colombia y Perú, el criterio fundante de la jurisdicción indígena es la competencia territorial. Esto es, que la jurisdicción indígena y el derecho consuetudinario son los que rigen dentro del espacio territorial del pueblo o la comunidad indígena o campesina. En estos países, la constitución y las leyes reconocen un espacio territorial/ tierras colectivas a los pueblos y/o las comunidades indígenas, campesinas o nativas.

En Bolivia y Ecuador no hay una mención específica a la competencia territorial. Sin embargo, cabe interpretar, en concordancia con los derechos territoriales reconocidos por el Convenio 169 de la OIT que, en tanto se otorgan funciones de justicia o de administración y aplicación de normas propias a las autoridades de pueblos y comunidades indígenas, la competencia de las mismas se da por lo menos dentro de los territorios que dichos pueblos o comunidades ocupan o utilizan de alguna manera. La Constitución de Venezuela señala de modo expreso que las autoridades indígenas tienen competencia para aplicar “sus instancias de justicia” dentro de su hábitat, pero adicionalmente incluye una limitación en la competencia personal que luego se comentará.

Cabe distinguir entre la competencia territorial para conocer casos y para la validez de las decisiones del derecho y la jurisdicción indígena (Sánchez et al., 1999: 132). El derecho indígena y la jurisdicción especial tienen competencia respecto de los hechos, casos, situaciones o relaciones jurídicas que se dan dentro del ámbito territorial de los pueblos indígenas, comunidades campesinas, nativas o rondas campesinas¹¹. Pero la eficacia de dichas decisiones es de alcance nacional¹².

Para dar contenido al concepto de “ámbito territorial” es importante utilizar el Convenio 169 de la OIT que define el territorio como “la totalidad del hábitat de las regiones que los pueblos ocupan o utilizan de alguna manera” (art. 13, 2), e incluye dentro de los derechos territoriales inclusive “las tierras que no estén exclusivamente ocupadas por ellos, pero a las que hayan tenido tradicionalmente acceso para sus actividades tradicionales y de subsistencia” (art. 14, 1). El ámbito territorial no equivale entonces a tierras de propiedad del pueblo indígena, comunidad o ronda, sino al espacio geofísico que utilizan de alguna manera. Esto es importante porque en los diversos países no todos los pueblos o las comunidades

¹¹ La Corte Constitucional de Colombia ha sustentado el mismo criterio: “En la sentencia ST-496 de 1996 (...) se afirma que uno de los elementos de este fuero es (...) de carácter geográfico, que permite que cada comunidad pueda juzgar las conductas que tengan ocurrencia dentro de su territorio (...)” (Sánchez et al., 1999: 132).

¹² “Por otro ha indicado que la validez de las decisiones de la autoridades indígenas en todo el territorio nacional (por ejemplo) ordenando a la policía nacional llevar al territorio indígena respectivo a las personas que han escapado de las autoridades indígenas, para que la pena impuesta se cumpla en territorio indígena. Véase sentencia ST-349 de 1996” (Sánchez y Jaramillo, 2000: 133).

tienen tierras tituladas o perfectamente delimitadas; además, hay comunidades que carecen de algún reconocimiento legal de la propiedad común de la tierra. Incluso, como el caso de la Constitución del Perú de 1993, se permite la venta de tierras comunales sin que por ello desaparezca la comunidad como ente colectivo sujeto de derechos¹³. Lo importante es que se trate del espacio sobre el cual estos pueblos y comunidades interactúan de alguna manera. En tal espacio, por ende, es donde se aplica el derecho y la justicia indígena/comunal. En este sentido se ha pronunciado la Corte Constitucional de Colombia al establecer el precedente de que el término territorio no solamente se refiere a la tierra de propiedad legalmente reconocida, sino a la habitualmente ocupada por una comunidad indígena¹⁴ o a “aquellas áreas poseídas por una parcialidad, comprendiendo en ellas no sólo las habitadas y explotadas sino también aquellas que constituyen el ámbito tradicional de sus actividades económicas y culturales” (sentencia T-384 de 1994) (Sánchez y Jaramillo, 2000: 133).

Un comentario sobre el caso venezolano. El texto de la Constitución de Venezuela es el único que expresamente reduce la competencia territorial a la competencia personal al indicar en el art. 260 que: “Las autoridades legítimas de los pueblos indígenas podrán aplicar en su hábitat instancias de justicia con base en sus tradiciones ancestrales y que sólo afecten a sus integrantes, [...]”

Parecería desprenderse de este artículo, entonces, que la jurisdicción indígena sólo podría ver casos dentro de su territorio o hábitat que afecten a sus miembros, mientras que no podría hacerlo, ni aún dentro de su hábitat, cuando ello afecte a terceros, es decir, personas no indígenas. Aquí hay dos principios en pugna. Uno alude a la idea de que un sistema legal se aplique a quienes participan de los marcos sociales y culturales del mismo. Sin embargo, este principio puede ser contestado con otro: la necesidad de fortalecer y garantizar apropiadamente el conjunto de los derechos colectivos reconocidos a los pueblos indígenas y que están consagrados en varios artículos de la constitución. Aquí se hace necesaria una interpretación sistemática. Si los terceros realizan hechos o actos dentro del hábitat indígena que no afectan en modo alguno los bienes o derechos indígenas, no tendría sentido que el derecho y la jurisdicción indígenas entraran a regir, pero en el caso de que tales terceros afecten o comprometan de algún modo bienes, derechos o intereses relevantes de los pueblos

¹³ En el Perú, las rondas campesinas de estancias y aldeas tampoco tienen tierras de propiedad común pero sí tienen espacios delimitados de actuación de acuerdo con el límite de la estancia, aldea o caserío (que es el espacio de las familias empadronadas y que participan en las asambleas).

¹⁴ “Así por ejemplo en la sentencia T-254 de 1994, a pesar de que la comunidad indígena no había legalizado aún la propiedad sobre la tierra ocupada, la Corte consideró procedente el ejercicio de las facultades jurisdiccionales dentro del territorio en el que estaba asentada la comunidad” (Sánchez et al., 2000: 133).

indígenas o sus miembros, tales pueblos tienen derecho de intervenir para proteger dichos derechos. La Constitución de Venezuela, en los arts. 119 y 121, les reconoce el derecho a la “existencia y organización propia”¹⁵, así como el derecho a sus tierras originarias, cultura, forma de organización, usos y costumbres. Por tanto, si terceros entran a los territorios o hábitat indígenas y realizan hechos o actos que afectan o comprometen de algún modo la existencia, costumbres, derechos o bienes colectivos de los pueblos indígenas o sus miembros, los mismos tienen válidamente el derecho de intervenir y defender sus derechos. Ello no obsta, sin embargo, para que se conciban mecanismos específicos a fin de resolver conflictos interculturales y que no se violen los derechos humanos.

Adicionalmente, cabe una competencia extraterritorial para el caso de indígenas que realizan hechos fuera del ámbito territorial indígena.

Competencia material

La jurisdicción especial indígena tiene competencia para conocer todas las materias que juzgue conveniente, dentro del ámbito territorial propio (del pueblo indígena/comunidad) e, incluso extraterritorialmente, respecto de sus miembros, bajo ciertas circunstancias. Ni los textos constitucionales de los países andinos, ni el Convenio 169 establecen un límite en cuanto a las materias o la gravedad de hechos que puede conocer el derecho indígena. Y donde la ley no distingue, el intérprete no puede distinguir, recortar o reducir. Esta amplitud es coherente con el hecho de que la jurisdicción especial o justicia se imparte de conformidad con “sus normas y procedimientos” (Constitución colombiana), “derecho consuetudinario” (C. peruana), “costumbres y procedimientos” (C. boliviana), “costumbres o derecho consuetudinario” (C. ecuatoriana) o “tradiciones ancestrales, y propias normas y procedimientos” (C. venezolana), es decir, de acuerdo con el sistema jurídico del pueblo o la comunidad indígena que se trate. Como cada sistema jurídico tiene su modo de clasificar y reconstruir los hechos sociales desde sus propios valores y categorías, corresponde al

¹⁵ Constitución de Venezuela, “**Artículo 119, sobre el derecho a la existencia y organización propia.** El Estado reconocerá la existencia de los pueblos y comunidades indígenas, **su organización social, política y económica, sus culturas, usos y costumbres, idiomas y religiones, así como su hábitat y derechos originarios sobre las tierras** que ancestral y tradicionalmente ocupan y que son necesarias para desarrollar y garantizar sus formas de vida. Corresponderá al Ejecutivo Nacional, con la participación de los pueblos indígenas, demarcar y garantizar el derecho a la propiedad colectiva de sus tierras, las cuales serán inalienables, imprescriptibles, inembargables e intransferibles de acuerdo con lo establecido en esta Constitución y la ley.”

“**Artículo 121, sobre el derecho a la identidad étnica y cultural indígena.** Los pueblos indígenas tienen **derecho a mantener y desarrollar su identidad étnica y cultural, cosmovisión, valores, espiritualidad y sus lugares sagrados y de culto.** El Estado fomentará la valoración y difusión de las manifestaciones culturales de los pueblos indígenas, los cuales tienen derecho a una educación propia y a un régimen educativo de carácter intercultural y bilingüe, atendiendo a sus particularidades socioculturales, valores y tradiciones” (énfasis agregado).

mismo definir qué hechos sociales le parecen relevantes como para ameritar su intervención. Es más, la construcción de los hechos relevantes está condicionada culturalmente, y no siempre coincide o corresponde con las categorías del derecho oficial, si bien para efectos comparativos puede utilizarlas. Esta amplitud de materias también está contemplada en el Convenio 169, que menciona, de manera ilustrativa, materias referidas a la propiedad y el manejo de la tierra, los métodos de persecución de delitos, la forma de organización social, política y económica. En síntesis, los sistemas jurídicos indígenas tienen competencia para conocer todo tipo de materias y de toda gravedad o cuantía en tanto tengan interés en hacerlo de acuerdo con sus normas y procedimientos¹⁶.

Una nota con relación a la Constitución venezolana. Esta carta señala que la aplicación de instancias de justicia en su hábitat se hace “con base en sus tradiciones ancestrales”; esto no significa que los pueblos indígenas estén sujetos al pasado y no puedan innovar. Por ello es necesario subrayar, para efectos de una interpretación sistemática, que el reconocimiento del derecho y la jurisdicción especial indígena que hacen la Constitución y el Convenio 169 de la OIT no se refiere a normas, tradiciones, costumbres o procedimientos específicos, sino a la potestad de autoregularse y resolver los conflictos sociales que consideran relevantes.

En síntesis, la jurisdicción especial tiene competencia para ver hechos que considera relevantes para que –estén o no tipificados por el derecho oficial– sean considerados leves o graves, o sean calificados como penales o civiles por el derecho oficial, ya que la jurisdicción especial no se rige por la ley estatal, sino por su propio derecho (Bernaes, 1999; Rubio, 1999; San Martín, 1999; Yrigoyen, 1994, 1995). El constitucionalista peruano Marcial Rubio aclara este punto al analizar el alcance del art. 149 de la Constitución del Perú de 1993:

La función jurisdiccional será ejercida de conformidad con el derecho consuetudinario. Quiere decir esto que aplicarán las costumbres del lugar (...). Podrán aplicar todo tipo de costumbre: las que llenan los vacíos de la ley y las que secundan la ley porque son llamadas por ella (...) pero también las que van contra la ley (tradicionalmente prohibidas en nuestro derecho), y que son precisamente aquéllas para las que sirve esta autorización. (Rubio, 1999: 200).

El penalista César San Martín también coincide con este punto de vista al señalar que la jurisdicción especial (también llamada comunitaria, indígena o tradicional) constituye una excepción a la jurisdicción ordina-

¹⁶ Algunos proyectos de ley de desarrollo constitucional de varios países (como Perú, Argentina, México) pretenden reducir la competencia material de los pueblos indígenas a casos de menor cuantía o gravedad, o sólo a casos civiles o donde se juegan bienes negociables y no públicos, o que corresponderían al derecho penal. Sin embargo, esta limitación no tiene fundamento legal alguno ni en las cartas constitucionales ni en el Convenio 169 de la OIT que menciona expresamente la materia penal.

ria, y en tal caso es la jurisdicción ordinaria la que no debe intervenir¹⁷. En este sentido se ha pronunciado la jurisprudencia de la Corte Constitucional de Colombia, reconociendo competencia a la jurisdicción especial incluso en casos de homicidios (Sánchez y Jaramillo, 2000: 132). Una reducción externa de las materias que pudiese conocer la jurisdicción especial iría en contra del reconocimiento constitucional y afectaría el cumplimiento del Convenio 169 de la OIT. En todo caso, es la propia jurisdicción especial la que podría, si así lo estimara conveniente, delegar materias o casos para el conocimiento de la jurisdicción ordinaria, o pedir el apoyo de la fuerza pública. La carencia de argumentos jurídicos para fundamentar una posición limitativa de las competencias jurisdiccionales de los pueblos indígenas refleja la pervivencia de la concepción colonial de que los indios sólo son competentes para conocer casos pequeños o marginales, sin afectar la ley.

Competencia personal

La competencia personal sólo ha sido mencionada expresamente en una constitución. De la redacción de los textos constitucionales de Colombia y Perú se entendería que la jurisdicción indígena comprende a todas las personas que están dentro del ámbito territorial indígena, pues lo que rige es el criterio de competencia territorial. En Bolivia depende de lo que establezcan “sus costumbres y procedimientos”. Y en Ecuador depende de lo que defina su propio derecho como “asunto interno”, pues hay casos en los que las comunidades y los pueblos indígenas consideran un asunto como propio o interno cuando se ha realizado en su territorio o afecta a personas o bienes indígenas, aún cuando en tales casos participan personas no indígenas. En casi todos los países las comunidades son mixtas, las tasas migratorias son altas y las relaciones interétnicas son frecuentes y complejas.

El derecho al propio derecho tiene dos fundamentos. Uno, que podríamos calificar como cultural, es el hecho de la participación de la persona en un sistema cultural determinado. En principio cada persona o grupo humano tiene derecho a ser juzgado dentro del sistema normativo que pertenece a su cultura. Otro, que podríamos calificar como político, es la protección de la potestad de un colectivo para controlar sus instituciones y determinar lo que pasa dentro de su territorio, pues es el modo en el

¹⁷ “Las infracciones penales son de conocimiento de la **jurisdicción ordinaria**, que es la básica o común. Esta jurisdicción conoce todos los procesos que no estén expresamente atribuidos a las otras, cuyos campos de actuación han de estar casuísticamente señalados y constituyen excepción. Desde este punto de vista se tiene, como ya se anotó, tres jurisdicciones especiales; en primer lugar, la jurisdicción tutelar [menores]. En segundo lugar, la jurisdicción militar [...]. En tercer lugar, la **jurisdicción tradicional**, dedicada a la **aplicación del derecho penal consuetudinario** para las conductas penales que determina la ley, cometidas por los integrantes de las Comunidades Campesinas y Nativas en su ámbito territorial” (San Martín, 1999: 90-91) (énfasis agregado).

que garantiza su reproducción como colectivo y los derechos de sus miembros. Este segundo fundamento permite evitar que personas ajenas a los pueblos o comunidades indígenas (no-indígenas) cometan hechos dañinos dentro de tales bajo el amparo de que no pueden ser juzgadas por dichos sistemas. En general, los hechos dañinos realizados dentro de comunidades indígenas por agentes no indígenas suelen quedar sin reparación alguna, pues aquéllos buscan librarse de los controles indígenas y están lejos de los estatales. Además, la intervención de los aparatos estatales dentro de comunidades o pueblos indígenas ha mellado los sistemas jurídicos indígenas, afectando con ello la vida comunitaria misma. Los textos constitucionales de los países andinos muestran una clara vocación para proteger la existencia biológica y cultural de los pueblos indígenas, así como para fortalecer dicho derecho. Y el Convenio 169 de la OIT señala entre sus considerandos “las aspiraciones de los pueblos indígenas a controlar sus instituciones”. En esta línea, es consistente que el derecho indígena sea fortalecido afirmando su aplicación sobre el territorio/hábitat indígena tanto respecto de indígenas como no-indígenas, con el objeto de proteger los bienes y derechos indígenas. Esto permitiría fortalecer la vida comunitaria indígena y evitar la intervención o presencia de policías, jueces u otros agentes del derecho estatal, que secularmente han debilitado a las comunidades y pueblos indígenas. Ésta a su vez es la lógica de funcionamiento de cualquier sistema jurídico. En síntesis, apegándonos al objetivo constitucional de reconocer y fortalecer la jurisdicción especial dentro de su ámbito territorial, no encontramos argumentos para, a priori, sustraer de la misma a no-indígenas que realizan hechos susceptibles de juzgamiento dentro del ámbito territorial comunal¹⁸.

Otro tema de cuestionamiento con relación a la competencia personal tiene que ver con la voluntariedad u obligatoriedad del sistema para los indígenas. Es decir, si los indígenas que no desean ser sometidos a su jurisdicción están obligados a la misma o pueden recurrir a otra. Los textos de las diferentes constituciones andinas establecen claramente que la potestad para aplicar el derecho y la jurisdicción especial o justicia indígena corresponde a las autoridades de los pueblos y comunidades indígenas, es decir, que reside en tales pueblos y sus órganos de decisión colectiva. No es una atribución de los individuos decidir si se someten o no al derecho y la justicia indígenas. Como todo sistema jurídico, también el indígena tiene campos de intervención obligatoria, cuando se afectan bienes que

¹⁸ Este punto es materia de discusión en la jurisprudencia colombiana, así como en otros países, y se busca tener en cuenta si los extraños conocían o no las costumbres indígenas. En términos prácticos, las comunidades aplican algunas reglas a extraños, especialmente en lo que se refiere a reparación de daños, pero no otras que dependen de la participación en la cultura de la comunidad. La pertenencia cultural es un criterio importante para el juzgamiento de cualquier persona –de un pueblo indígena o no–, pero ello no debe utilizarse como pretexto para que los extraños busquen eximirse de su responsabilidad ante hechos o daños causados en pueblos/comunidades indígenas/campesinas.

el sistema considera de interés público, y campos de intervención facultativa, librada a la acción de los individuos o familias, pero el sistema en su conjunto es obligatorio y se impone sobre los individuos, de otro modo se debilitaría la vigencia misma del sistema. El Convenio 169 de la OIT señala el derecho de los pueblos indígenas de aplicar sus propios métodos para la persecución de delitos cometidos por sus miembros (art. 9,2). Ello establece, de una parte, el derecho de sus miembros ante el Estado, de ser juzgados por los métodos de sus propios pueblos y no por el derecho estatal. Pero al ser una atribución de los pueblos indígenas como colectivos, no es facultativo de las personas en tanto individuos, y por tanto no están en condiciones de huir legalmente de su sistema cuando no les conviene reparar una falta, trabajar o cumplir una sanción. En todo caso, al ser la jurisdicción especial potestativa de los pueblos indígenas, tales pueblos sí están en la facultad de considerar bajo qué circunstancias intervienen y en cuáles no, qué casos juzgan directamente o, incluso, en cuáles piden colaboración de la fuerza pública o la jurisdicción ordinaria. La jurisprudencia de la Corte Constitucional colombiana es consistente en este punto, al sostener que no son los individuos sino la comunidad o pueblo el que tiene la potestad de jurisdicción, fallando que sus miembros no pueden escaparse de ella cuando les conviene (para huir de una sanción). La jurisdicción especial incluso tiene el derecho de contar con el auxilio de la fuerza pública cuando algunas personas pretendan escaparse de la justicia indígena sin reparar daños causados dentro de la misma¹⁹.

Otro tema es el de la competencia personal respecto de indígenas fuera de su territorio/hábitat. Aquí aplicaría el fundamento cultural del derecho. Cuando se trata de situaciones o hechos que sólo afectan a indígenas, aunque se realicen fuera del territorio comunal (por ejemplo un conflicto de pareja o familiar, o una sucesión), es claro que el derecho y la jurisdicción indígena podrían intervenir, pues el marco cultural y normativo del mismo sigue rigiendo para tales personas. En estos casos dependería de la jurisdicción indígena si interviene o no. Aquí cabe hacer un paralelo con el derecho internacional pues hay situaciones civiles, e incluso penales, en las que los sistemas nacionales rigen extraterritorialmente para definir derechos y obligaciones o sanciones, como las relaciones de familia, sucesión, y algunos tipos de delitos. Insistimos en que esto depende de la decisión de los órganos indígenas de aceptar intervenir o no. En caso de que fuese parte de la práctica jurídica de un determinado pueblo o comunidad, bastaría que la persona afectada reclamara la intervención de su sistema y cuestionara la intervención de la jurisdicción ordinaria. Si la

¹⁹ En este sentido se ha pronunciado la Corte Constitucional de Colombia. Para garantizar la potestad coactiva de la jurisdicción especial indígena (*ius imperium*) ha ordenado a la policía colombiana colaborar con las autoridades indígenas para capturar a quienes salieron del territorio indígena tratando de evadir el cumplimiento de una sanción. Sentencia ST-349 de 1996. Ver Sánchez y Jaramillo (2000: 142).

jurisdicción especial estuviera dispuesta a intervenir, la jurisdicción ordinaria tendría que inhibirse.

En los casos de competencia de la jurisdicción ordinaria, cuando los hechos ocurren fuera del ámbito territorial indígena y afectan bienes o derechos de terceros la misma está obligada a considerar el condicionamiento cultural de los indígenas al momento del juzgamiento y la sanción. Esto podría dar lugar incluso a la exención o atenuación de la pena cuando los hechos no son considerados reprobables dentro de la cultura indígena que se trate²⁰. Aquí operan dos principios. De una parte no se puede condenar a una persona que no se ha podido motivar en contrario por tener tales hechos como aceptables dentro de su cultura. En segundo lugar, cuando se trata de hechos que son valorados culturalmente de modo distinto por diversas culturas, la igual dignidad de éstas no justificaría que una orientación cultural criminalice una práctica que es aceptada por otro pueblo. En todo caso, aquí cabe una vasta tarea de diálogo y acuerdo intercultural.

LÍMITE O MARCO: DERECHOS HUMANOS

El Convenio 169 (art. 8,2) sólo establece como límite del derecho consuetudinario la no violación de derechos fundamentales ni humanos. De este modo, quienes pretenden decir que la jurisdicción especial debe estar subordinada a la jurisdicción ordinaria, o que no puede interferir con ella, o que debe estar controlada o reducida, están haciendo una interpretación que no se condice con el texto ni con el espíritu del Convenio 169, ni los principios de interpretación sistemática, teleológica y progresiva.

La Constitución peruana, en su art. 149, establece un límite semejante al del Convenio 169 al indicar que el ejercicio de las funciones jurisdiccionales especiales debe hacerse de conformidad con el derecho consuetudinario “siempre que no se violen los derechos fundamentales de la persona”. Los textos constitucionales de los demás países andinos suelen ser más restrictivos. Las cartas de Colombia, Bolivia, Ecuador y Venezuela limitan el reconocimiento de la jurisdicción especial (Colombia) o justicia indígena (Bolivia), funciones de justicia (Ecuador) o instancias de justicia (Venezuela) al respeto de la Constitución y las leyes. La de Venezuela añade además el orden público. En tal supuesto, es obvio que el margen del derecho y la jurisdicción especial indígena sería sumamente limitado. Dado que tal limitación es menos ventajosa para los pueblos y comunidades indígenas que la previsión del Convenio 169 de la OIT, regiría la norma que concede más derechos y ventajas a los dichos pueblos, como señala el art. 35 del Convenio 169 de la OIT, con fuerza legal en todos

²⁰ Como lo contempla el art. 15 del Código Penal peruano de 1991, bajo la figura del error de comprensión culturalmente condicionado. También lo establece el Convenio 169 de la OIT (arts. 9 inc. 2; 10 y 12).

los países andinos. Al respecto, la Corte Constitucional de Colombia ha señalado que si la jurisdicción especial tuviera que respetar toda la Constitución y las leyes, devendría vacía, de tal modo que sólo debe respetar lo que ella llama los mínimos fundamentales: el derecho a la vida (no matar), integridad física (no torturar), libertad (no esclavizar) y la previsibilidad de la sanción como principio del debido proceso (Sánchez, 1998; Sánchez y Jaramillo, 2000).

Aparte, en líneas anteriores se ha argumentado que el ejercicio de funciones jurisdiccionales, con las restricciones de derechos que pueda implicar (detenciones, investigaciones, sanciones, algunas formas de coerción personal, etc.), al ser legítimo y legal, no implica la comisión de delitos o violación de derechos humanos per se. Si una medida es violatoria de derechos humanos debe ser analizada en sí misma, pero no lo es el mero hecho del ejercicio de la jurisdicción especial por las autoridades indígenas/comunitarias.

Interpretación intercultural de los derechos humanos

En las diferentes cartas constitucionales de los países andinos, el Estado reconoce el carácter pluricultural de la nación/Estado/república y, consecuentemente, el derecho a la diversidad cultural. Además, reconoce el pluralismo legal, con el correspondiente derecho a la jurisdicción especial indígena/campesina (con sus autoridades jurisdiccionales y derecho). Por tanto, la definición e interpretación de los derechos humanos no puede quedar en manos de una sola orientación cultural ni un solo aparato institucional, sin peligro de violentar el derecho a la diversidad. Los derechos humanos deben ser definidos e interpretados con base en el diálogo intercultural. En primera instancia, cualquier presunta vulneración de los mismos debe ser tratada al interior de la jurisdicción especial. En ningún caso puede considerarse que el mero ejercicio de la jurisdicción especial, cuando ella corresponda, constituye una violación de los derechos humanos –dado que su ejercicio constituye un derecho constitucional–.

En caso de posibles conflictos entre el derecho consuetudinario y los derechos humanos y fundamentales, el Convenio 169 de la OIT señala que deberán establecerse procedimientos adecuados para resolver dichos conflictos (art. 8,2). Estos procedimientos no han sido establecidos y deberían crearse en consulta con los pueblos indígenas (art. 6 del Convenio). El objetivo de los mismos sería garantizar la interpretación intercultural de los hechos y el derecho mismo, para honrar el reconocimiento del derecho a la diversidad que hacen las diferentes cartas de los países andinos. Una propuesta podría ser la conformación de tribunales mixtos o escabinados compuestos por jueces estatales y autoridades indígenas/comunitarias que resuelvan mediante reglas de equidad los presuntos conflictos entre la jurisdicción especial y los derechos humanos (y no con base en un solo derecho: el estatal o el derecho consuetudinario), tratando de entender las

diferentes posiciones (desde su propio marco cultural) y promover arreglos para prevenir la violencia o violación de derechos (atendiendo las demandas y necesidades de todas las partes)²¹. El objetivo es que los pueblos y las autoridades indígenas/comunitarias no queden como simples espectadoras de un ejercicio siempre ajeno del poder jurisdiccional y sometidas pasivamente a la interpretación de los jueces ordinarios, sino que se constituyan en autoridades jurisdiccionales con todas las potestades que la constitución les ha reconocido. La construcción de un Estado pluricultural debe partir del respeto a la igual dignidad de los diferentes y basarse en el diálogo y la negociación. En este sentido se pronuncia Will Kymlicka, uno de los máximos exponentes de la teoría de la ciudadanía multicultural, al sostener que en situaciones de multiculturalidad con presencia de pueblos indígenas, minorías nacionales o culturas societales con un nivel de autogobierno, el sometimiento de los mismos a un marco de derechos humanos no significa necesariamente que deban responder a una ley nacional ni a sus tribunales, sino que podrían crearse tribunales con participación equitativa tanto de la jurisdicción federal (nacional estatal) como de dichos pueblos indígenas o minorías²².

LA COORDINACIÓN

Las diferentes cartas establecen que debe haber una ley de coordinación entre la jurisdicción especial y el sistema jurídico nacional (Colombia), poder judicial (Perú) o sistema de justicia nacional (Venezuela). Ecuador y Bolivia utilizan el término de “compatibilización”²³. En primer lugar, cabe subrayar que se trata de una ley de coordinación y no de reglamentación como algunos han entendido erróneamente. Y la vigencia de la jurisdicción especial no está supeditada a esta ley, como ha esclarecido la reiterada jurisprudencia de la Corte Constitucional de Colombia, cuya Constitución es fuente de las demás constituciones andinas²⁴. En segundo lugar, cabe subrayar que la palabra “coordinación” establece una rela-

²¹ En otros trabajos he planteado esta propuesta (Yrigoyen, 1994, 1995 y 1999). La conformación de estos tribunales mixtos no excluye el apoyo de peritos antropológicos o comunitarios. Una propuesta semejante ha sido planteada por las rondas campesinas en su encuentro regional (2000) y nacional (2001).

²² Kymlicka cuestiona el supuesto de que los pueblos indios tengan que someterse a la constitución o a tribunales federales compuestos exclusivamente por jueces no indios. Sugiere que se podría “acordar la creación de un tribunal bilateral de derechos humanos (...), en el cual ambas partes [estuviesen] equitativamente representadas” (Kymlicka, 1996: 232-3).

²³ Se plantean algunos contenidos posibles de una ley de coordinación en Yrigoyen (1994) y (1999).

²⁴ “El derecho a administrar justicia dentro de su territorio y a regirse por sus propias normas y procedimientos (...) se trata de un derecho de aplicación inmediata y que por tanto no requiere una reglamentación del Estado colombiano para ser reconocido”. Sentencias de la Corte Constitucional de Colombia: T-254 de 1994, C-139 de 1996, C-349 de 1996, T-496 de 1996 y T-23 de 1997 (Sánchez y Jaramillo, 2000: 118). Esto también es sostenido por Rubio (1999), Bernales (1999), Yrigoyen (1994, 1995).

ción horizontal y no de control, revisión o alguna forma de subordinación. Lo que se busca es establecer un sistema que posibilite la relación armónica y pacífica entre las jurisdicciones especial y ordinaria en condiciones democráticas y no de subordinación. Entre las necesidades de coordinación se encuentran el establecimiento de reglas que permitan resolver conflictos de competencia, mecanismos de cooperación y auxilio mutuo. En tercer lugar, y dentro de una lógica democrática de diálogo intercultural, la ley también debería establecer los procedimientos para resolver presuntos conflictos entre derechos humanos y jurisdicción especial. Pero esta función de coordinación no otorga por anticipado una potestad a las autoridades de la jurisdicción ordinaria de controlar o supervigilar a las autoridades de la jurisdicción especial. En cuarto lugar, la ley también tendría que regular mecanismos adecuados de coordinación directa entre la jurisdicción especial y diversos entes públicos como la policía, el Ministerio Público, los gobiernos locales, los registros públicos (por ejemplo para registrar decisiones de la jurisdicción especial que modifican registros de la propiedad o el estado civil). En quinto lugar, la ley debería hacer una adecuación normativa entre la Constitución, el Convenio 169 de la OIT y el resto de la normativa nacional, así como desarrollar aspectos que no son claros en la constitución. Lo que de ninguna manera puede hacer la ley es recortar o restringir derechos, pero sí puede ampliarlos o desarrollarlos. Esta ley tendría que ser consultada con los pueblos indígenas para tener legalidad (lo ordena el art. 6 del Convenio 169 de la OIT) y legitimidad (consenso), como un primer paso en la construcción del Estado pluricultural.

BIBLIOGRAFÍA

- Alertanet- Portal de Derecho y Sociedad/ Portal on Law & Society.
www.derechoysociedad.com
- América Indígena* (1999), "Pluralismo jurídico y derechos indígenas en América Latina", México, Instituto Nacional Indigenista, Instituto Indigenista Interamericano.
- BERNALES, Enrique (1999), *La Constitución de 1993. Análisis comparado*, Lima, Constitución y Sociedad ICS.
- BORJA, Emiliano (2001), *Introducción a los fundamentos del derecho penal indígena*, Valencia, Tirant lo Blanch.
- BORROWS, John y Leonard ROTMAN (1998), *Aboriginal Legal Issues*. Markham, Ontario, ButterWorths.
- CLAVERO, Bartolomé (2000), *Ama Llunku, Abya Yala: constituyencia indígena y código ladino por América*, Madrid, Centro de Estudios Constitucionales.
- Congreso Constituyente Democrático (1993), Actas del Debate, 29a. "P" Sesión permanente (vespertina) 20-7-1993 (referentes a los artículos 88 y 89, sobre tierras de las comunidades campesinas y nativas).
- HURTADO POZO, José (1995), "Impunidad de personas con patrones culturales distintos", en Revista *Derecho* N° 35, Lima, Facultad de Derecho, PUCP.

- KYMLICKA, Will (1996), *Ciudadanía multicultural*, Barcelona, Paidós.
- MARZAL, Manuel (1986), *Historia de la antropología indigenista: México y Perú*, Lima, PUCP.
- Mesa de Pluralidad Jurídica y Derechos Étnicos (1994); Pluralidad Cultural y Derechos Étnicos. Propuesta de reforma constitucional, en *Desfaciendo entuertos*, N° 3-4.
- RUBIO CORREA, Marcial (1999), *Estudio de la Constitución Política de 1993*, tomo V, Lima, PUCP.
- SÁNCHEZ BOTERO, Esther (1998), *Justicia y pueblos indígenas de Colombia*, Santafé de Bogotá, UNC y UNIJUS.
- SÁNCHEZ, Esther e Isabel C. JARAMILLO (2000), *La jurisdicción especial indígena*, Bogotá.
- SAN MARTÍN, César (1999), *Derecho procesal penal*, Vol. I, Lima, Ed. Grijley.
- SANTOS, Boaventura de Sousa (1998), *La globalización del derecho*, Bogotá, ILSA.
- (1994), Entrevista, en *Desfaciendo entuertos*, N° 3-4.
- (1991), *Estado, derecho y luchas sociales*, Bogotá, ILSA.
- VAN COTT, Donna Lee (1999), "Constitutional reform and ethnic rights in Latin America", en *Parliamentary Affairs: A Journal of Comparative Government*.
- YRIGOYEN FAJARDO, Raquel (2000a), "Tratamiento judicial de la diversidad cultural y la jurisdicción especial en el Perú", en XII Congreso Internacional. Derecho Consuetudinario y Pluralismo Legal: Desafíos del Tercer Milenio, Arica, Universidad de Chile y Universidad de Tarapacá.
- (2000b), "Un balance de la post-reforma: constitución pluralista, judicatura monista", en Institute of Latin American Studies, University of London, abril, 2000.
- (2000c), "Reconocimiento constitucional del derecho indígena y la jurisdicción especial en los países andinos (Colombia, Perú, Bolivia, Ecuador)", en *Revista Pena y Estado* N° 4, Buenos Aires, Inecip y Editorial El Puerto.
- (1999), *Pautas de coordinación entre el derecho indígena y el derecho estatal*, Guatemala, Fundación Myrna Mack.
- (1996), "Control penal y diversidad étnico-cultural", en María Diego, et al. (coord.), *Conflicto social y sistema penal*, Salamanca, Colex y Universidad de Salamanca.
- (1995a), De la criminalización de la diferencia cultural a la legitimación de un orden pluralista (Perú, Países Andinos). Tesis de maestría en sistema penal y problemas sociales, Barcelona, Universidad de Barcelona.
- (1995b), *Constitución, jurisdicción indígena y derecho consuetudinario*, Lima, CEAS y *Desfaciendo entuertos*.
- (1994), "Apuntes sobre el artículo 149 de la Constitución Peruana: alcances, límites, consecuencias y retos", en *Desfaciendo entuertos* N° 3-4.
- (1993), *Las rondas campesinas de Cajamarca. Una aproximación desde la antropología jurídica*, Lima, PUCP, Facultad de Derecho.
- (1992), Pluralidad jurídica y propuestas de reforma constitucional, en Primer Taller Nacional sobre Rondas Campesinas, Justicia y Derechos Humanos, Cajamarca, CEAS, Obispado de Cajamarca y CEAS.

RECONOCIMIENTO DEL PLURALISMO LEGAL Y DERECHO INDÍGENA EN LOS PAÍSES ANDINOS

PUNTOS DE COMPARACIÓN	CONVENIO 169 OIT	CONSTITUCIÓN POLÍTICA DE LA REPÚBLICA DE COLOMBIA DE 1991	CONSTITUCIÓN POLÍTICA DE LA REPÚBLICA DEL PERÚ DE 1993	REFORMAS A LA CONSTITUCIÓN POLÍTICA DE LA REPÚBLICA DE BOLIVIA DE 1994	CONSTITUCIÓN POLÍTICA DE LA REPÚBLICA DE ECUADOR DE 1998	CONSTITUCIÓN POLÍTICA DE LA REPÚBLICA DE VENEZUELA DE 1999
1. FUNDAMENTO: Estado reconoce Pluriculturalidad de la Nación o se define como tal	-Considerando... la evolución del derecho internacional desde 1957 y la situación de los pueblos indígenas (...) hacen aconsejable adoptar nuevas normas internacionales en la materia, a fin de eliminar la orientación hacia la asimilación de las normas anteriores; -Reconociendo las aspiraciones de esos pueblos a asumir el control de sus propias instituciones y formas de vida y de su desarrollo económico y a mantener y fortalecer sus identidades, lenguas, religiones, dentro del marco de los Estados en que viven.	Art. 7: El Estado reconoce y protege la diversidad étnica y cultural de la nación colombiana.	Art.2: Toda persona tiene derecho, inc. 19: A su identidad étnica y cultural. El Estado reconoce y protege la pluralidad étnica y cultural de la nación.	Art. 1: Bolivia, libre, independiente, soberana, multiétnica y pluricultural , constituida en República unitaria, adopta para su gobierno la forma democrática representativa, fundada en la solidaridad de todos los bolivianos.	Art. 1. El Ecuador es un Estado social de derecho, soberano, unitario, independiente, democrático, pluricultural y multiétnico . Su gobierno es republicano, presidencial, electivo, representativo, responsable, alternativo, participativo y de administración descentralizada. (...)	Art. 100: Las culturas populares constitutivas de la venezolanidad gozan de atención especial, reconociéndose y respetándose la interculturalidad bajo el principio de igualdad de las culturas . (...)
2. Texto de reconocimiento del pluralismo legal a) El Derecho Indígena o Consuetudinario, b) La Jurisdicción Indígena y c) La institucionalidad indígena (autoridades e instituciones propias).	Art. 8, 2: Dichos pueblos deberán tener el derecho de conservar sus costumbres e instituciones propias siempre que éstas no sean incompatibles con los derechos fundamentales definidos por el sistema jurídico nacional ni con los derechos humanos internacionalmente reconocidos. Siempre que sea necesario, deberán establecerse procedimientos para solucionar los conflictos que puedan surgir en la aplicación de este principio. Art. 9,1: En la medida que ello sea compatible con el sistema jurídico	Art. 246: 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 leyes de la República. La ley establecerá las	Art. 149: Las autoridades de las Comunidades Campesinas y Nativas con el apoyo de las Rondas Campesinas , pueden ejercer las funciones jurisdiccionales dentro de su ámbito territorial de conformidad con el derecho consuetudinario siempre que no violen los	Art.171: (...) Las autoridades naturales de las comunidades indígenas y campesinas podrán ejercer función de administración y aplicación de normas propias como solución alternativa de los conflictos, en conformidad a sus costumbres y procedimientos .	Art. 191: (...) Las autoridades de los pueblos indígenas ejercerán funciones de justicia , aplicando normas y procedimientos propios para la solución de conflictos internos de conformidad con sus costumbres o derecho consuetudinario , siempre que no	Art. 260: Las autoridades de los pueblos indígenas podrán aplicar en su hábitat instancias de justicia con base en sus tradiciones ancestrales y que sólo afecten a sus integrantes , según sus propias normas y procedimientos , siempre que no sean contrarios a esta Constitución, a

	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.	formas de coordinación de esta jurisdicción especial con el sistema jurídico nacional.	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.	siempre que no sean contrarios a esta Constitución y las leyes . La ley compatibilizará estas funciones con las atribuciones de los poderes del Estado.	sean contrarios a la Constitución y las leyes . La ley hará compatibles aquellas funciones con las del sistema judicial nacional.	la ley y al orden público . La ley determinará la forma de coordinación de esta jurisdicción especial con el sistema judicial nacional.
3. Objeto de reconocimiento y respeto	1. Costumbres propias/ derecho consuetudinario. 2. Instituciones propias. 3. Métodos propios de control de los pueblos indígenas (incluidos métodos de control de delitos).	1. Propias normas y procedimientos, 2. Autoridades de los pueblos indígenas, 3. Funciones jurisdiccionales.	1. Derecho consuetudinario, 2. Autoridades de las comunidades y RC/ PI, 3. Funciones jurisdiccionales.	1. Normas, costumbres y procedimientos propios. 2. Autoridades <i>naturales</i> de comunidades/ PI. 3. Función de administración y aplicación de normas propias como solución alternativa de los conflictos.	1. Derecho consuetudinario, normas, costumbres y procedimientos. 2. Autoridades de los pueblos indígenas. 3. Funciones de justicia.	1. Normas y procedimientos, y tradiciones ancestrales. 2. Autoridades de los pueblos indígenas. 3. Aplicación de instancias de justicia.
4. Titular del derecho (Sujeto beneficiario del reconocimiento)	1. Pueblos indígenas en países independientes. 2. Pueblos tribales.	1. Pueblos indígenas.	1. Comunidades campesinas, 2. Comunidades nativas, 3. Rondas campesinas. 4. Por la ratificación del Convenio 169 OIT, también: Pueblos indígenas.	1. Comunidades indígenas, 2. Comunidades campesinas. 3. Por la ratificación del Convenio 169 OIT, también: Pueblos indígenas.	Pueblos indígenas.	Pueblos indígenas.

RECONOCIMIENTO DEL PLURALISMO LEGAL Y DERECHO INDÍGENA EN LOS PAÍSES ANDINOS (continuación)

PUNTOS DE COMPARACIÓN	CONVENIO 169 OIT	CONSTITUCIÓN POLÍTICA DE LA REPÚBLICA DE COLOMBIA DE 1991	CONSTITUCIÓN POLÍTICA DE LA REPÚBLICA DEL PERÚ DE 1993	REFORMAS A LA CONSTITUCIÓN POLÍTICA DE LA REPÚBLICA DE BOLIVIA DE 1994	CONSTITUCIÓN POLÍTICA DE LA REPÚBLICA DE ECUADOR DE 1998	CONSTITUCIÓN POLÍTICA DE LA REPÚBLICA DE VENEZUELA DE 1999
5. Competencia territorial	No se menciona expresamente.	Dentro de su ámbito territorial: ámbito territorial de los pueblos indígenas.	Dentro de su ámbito territorial: ámbito territorial de las comunidades campesinas, nativas y rondas campesinas/ y PI.	Dentro de su ámbito territorial: ámbito territorial de las comunidades indígenas y campesinas/ y PI.	No se indica, pero se habla de "conflictos internos" (no se sabe si es por la materia, los sujetos o el territorio).	Dentro de su hábitat.
6. Competencia material	1. Todas, no se limita. 2. Inclusive la materia penal: "represión de delitos cometidos por sus miembros".	Todas las materias, no se limita.	Todas, no se limita.	Todas, no se limita.	Todas, no se limita.	Todas, no se limita.
7. Competencia personal	1. En general: no se hace mención (art. 8, 2). 2. En materia de represión de delitos: miembros de pueblos indígenas (art. 9, 1).	No se hace mención si sólo se limita a indígenas. Sólo se establece criterio territorial sin límite de materias. Cabe entender que es para todos dentro del ámbito territorial indígena.	No se hace mención si sólo se limita a campesinos y nativos. Sólo se establece criterio territorial sin límite de materias. Puede entenderse incluso que es para todos dentro del ámbito territorial campesino/ indígena	No se hace mención si sólo se limita a indígenas. Sólo se establece criterio territorial sin límite de materias. Puede entenderse incluso que es para todos dentro del ámbito territorial indígena.	Se habla de "conflictos internos" (no se explicita si es por el territorio, los sujetos o la materia).	Que sólo afecten a sus miembros (PI).
8. Límite	1. En general: que costumbres e instituciones propias no sean incompatibles: a) con los derechos fundamentales reconocidos por el sistema jurídico nacional, y b) con los derechos humanos internacionalmente reconocidos.	Que normas y procedimientos no sean contrarios a: 1. Constitución, y 2. Leyes de la República.	Que no violen: 1. Los derechos fundamentales de la persona.	Que costumbres y procedimientos no sean contrarios a: 1. Constitución, y 2. Leyes de la República.	Que normas y procedimientos del Derecho Consuetudinario no sean contrarios a: 1. Constitución, y 2. Leyes. Que normas y	procedimientos no sean contrarios a: 1. Constitución, 2. la Ley, y 3. el orden público.

	2. En materia penal, que métodos de control sean compatibles con: a) el sistema jurídico nacional, y b) con los derechos humanos internacionalmente reconocidos.					
9. Ley de Coordinación o Compatibilización	(...) deberán establecerse mecanismos para solucionar los <i>conflictos en la aplicación del principio</i> de la incompatibilidad entre a) la conservación de costumbres e instituciones propias y, b) los derechos fundamentales y humanos.	La ley establecerá las formas de coordinación: a) de la <i>jurisdicción especial</i> , con b) el <i>sistema jurídico nacional</i> . -No hay ley, pero si jurisprudencia.	La ley de coordinación: a) de la <i>jurisdicción especial</i> , con b) los juzgados de Paz y Poder Judicial. -Aún no se da ley.	Ley compatibilizará: a) estas funciones (administración y aplicación de normas propias), con b) las atribuciones de los <i>poderes del Estado</i> . Hay varias normas, pero no ley específica.	Ley compatibilizará: a) funciones de justicia de los pueblos indígenas, con b) las del sistema judicial nacional. -Todavía no se da ley.	La ley determinará la forma de coordinación de: a) esta jurisdicción especial con b)el sistema judicial nacional. -Todavía no se da ley.
10. Ubicación sistemática	Parte I: Política general. - Artículo 8, inc. 2 - Artículo 9, inc. 1	Capítulo referido a la Función Jurisdiccional. Señala dos tipos de jurisdicciones: a) ordinaria, b) especial o indígena, dentro de un régimen de autonomía de los PI.	Capítulo referido al Poder Judicial. Ubicación al final del capítulo. También la llama <i>jurisdicción especial</i> . No es muy sistemático el tratamiento.	Capítulo referido a la Función Judicial. Ubicación al final del capítulo.	Título VIII De la Función Judicial. Artículo único sobre potestad judicial. Tratamiento sistemático.	-Capítulo III Del Poder Judicial y el Sistema de Justicia. Sección Primera: De las Disposiciones Generales.
11. Ratificación del Convenio 169		Ratificado en 1991	Ratificado en 1993 (depósito en 1994)	Ratificado en 1992	Ratificado en 1998	Ratificación: 22: 05:2002

Raquel Yrigoyen Fajardo raquelyf@hotmail.com

Fuente: Estado Pluricultural, derecho indígena y control penal (tesis U.B. en curso).