

El Pluralismo Jurídico en Iberoamérica: Los Sistemas Jurídicos Indígenas Vs. Los Sistemas Jurídicos Estatales*

VICENTE JOSE CABEDO MALLOL **

Universidad de Valencia.

I.- NOCIONES GENERALES.

II. CONCEPTO DE PLURALISMO JURÍDICO.

Oscar Correas define el pluralismo jurídico como “la coexistencia de dos o más sistemas normativos que pretenden validez en el mismo territorio”¹ o, lo que es lo mismo, “el fenómeno de la coexistencia de normas que reclaman obediencia en un mismo territorio y que pertenecen a sistemas normativos distintos”².

De una forma más amplia podemos definir, con Raquel Yrigoyen³, la pluralidad jurídica como “la existencia simultánea -dentro del mismo espacio de un Estado- de diversos sistemas de regulación

social y resolución de conflictos, basados en cuestiones culturales, étnicas, raciales, ocupacionales, históricas, económicas, ideológicas, geográficas, políticas, o por la diversa ubicación en la conformación de la estructura social que ocupan los actores sociales”. La misma autora, de acuerdo con esta definición, señala como condición general de este pluralismo jurídico la pluralidad cultural⁴. En este sentido, López Bárcenas nos dice que “por principio, hablar de pluralismo jurídico se justifica por la existencia de diversas culturas, cada una con su propia identidad y racionalidad para concebir el orden, la seguridad y la igualdad y la justicia”⁵. Y es que no debemos olvidar que el Derecho, como sistema de regulación social y resolución de conflictos, forma parte de la propia identidad de un pueblo.

* Este artículo forma parte de un trabajo más amplio del autor, todavía inédito, que lleva por título “Regulación constitucional del Derecho indígena en Iberoamérica”.

** Licenciado en Derecho y Magister en Ciencias Políticas en Iberoamérica. E- mail: vijocama@navegalia.com Vid. CORREAS, Óscar. “La Teoría General del Derecho frente al Derecho Indígena”, en *Crítica Jurídica*, revista latinoamericana de Política, Filosofía y Derecho, nº 14, UNAM, México, 1994, p. 26.

2 Vid. CORREAS, Óscar. “Ideología jurídica, derecho alternativo y democracia”, en *InfoJus*, Boletín 81, III-UNAM, México, 1995, p 1.

3 Vid. YRIGROYEN FAJARDO, Raquel Z. . “Un nuevo marco para la vigencia y desarrollo democrático de la pluralidad cultural y jurídica: Constitución, jurisdicción indígena y derecho consuetudinario. Colombia, Perú y Bolivia”, en *Desfajando Entuertos*, Ceas, Lima, 1995, p. 9.

4 *Idem*. p. 10.

5 LÓPEZ BÁRCENAS, Francisco. “El derecho indígena y la teoría del derecho”, en *Memoria del II Seminario Internacional sobre Administración de Justicia y Pueblos Indígenas*, IIDH, Costa Rica, 1999, p. 283.

6 Nosotros en este trabajo usaremos indistintamente las expresiones de sistemas normativos o sistemas jurídicos. La diferencia es de género a especie. En este sentido, puede que sea más preciso hablar de sistema normativo al referirnos al Derecho Indígena, puesto que no existe una separación nítida entre derecho y moral. En cambio, esta separación de órdenes normativos es clara en el sistema estatal, y, por tanto, no hay duda que nos referimos a un sistema jurídico nacional o estatal.

Sobre este particular pueden consultarse los siguiente artículos de Óscar Correas: “La Teoría ...”, *op. cit.*; “Ideología ...”, *op. cit.*; y “El Derecho Indígena frente a la cultura jurídica dominante”, en *Cosmovisión y prácticas jurídicas de los pueblos indígenas: IV jornadas lascasianas*, UNAM, México, 1994.

Por tanto, cuando se habla del fenómeno del pluralismo jurídico en Iberoamérica, se está haciendo referencia a la existencia de dos o más sistemas jurídicos⁷ dentro del territorio de un mismo Estado, uno de los cuales es el sistema jurídico nacional y el otro u otros, a nuestros efectos, los de los pueblos indígenas⁷. Lo cual implica irremediablemente la aceptación del Derecho Indígena como un verdadero sistema jurídico, cuestión que, como veremos⁸, no siempre ha sido pacífica.

Sin embargo, no todos los autores están de acuerdo con la conceptualización que sobre el pluralismo jurídico hemos ofrecido. Destaca especialmente la aportación de Magdalena Gómez⁹, para la cual existe una confusión entre pluralismo jurídico y jurisdicción indígena. Las definiciones ofrecidas, para esta autora, encajarían dentro de lo que denominamos jurisdicción indígena. Por el contrario, el pluralismo jurídico sería un principio que “debe(ría) permear todas las disposiciones jurídicas del orden nacional que se reconozca pluricultural”¹⁰. En este sentido, la jurisdicción indígena sería una expresión de este principio.

I.II. RELACIONES ENTRE SISTEMAS JURÍDICOS EN CONTACTO: SISTEMA JURÍDICO ESTATAL HEGEMÓNICO VERSUS SISTEMAS JURÍDICOS ALTERNATIVOS Y SUBVERSIVOS.

Se dice que un sistema jurídico (o normativo) es hegemónico respecto de otro “cuando puede observarse que, en los casos de alternatividad de normas, las suyas tienen mayor efectividad que las del sistema hegemonizado o subalterno” (Óscar Correas)¹¹. Para comprender esta definición hemos de explicar qué se entiende por “alternatividad de

normas” o, lo que es lo mismo, qué es un sistema jurídico (o Derecho) “alternativo”.

Estamos frente a un Derecho alternativo respecto del dominante, nos

explica Correas, cuando “las normas de un sistema declaran obligatorias conductas que el otro declara prohibidas o facultativas”¹². Dicho de otro modo, “los sistemas son alternativos cuando algunas de las normas que componen a uno de ellos ordenan conductas contradictorias con las ordenadas por el otro”¹³. Pensemos en supuestos en que el Derecho

***“El Pluralismo sería sin principio
que debe permear
todas las disposiciones
jurídicas del orden nacional
que se reconozca pluricultural”***

7 Junto a los sistemas jurídicos indígenas, existen también los sistemas de otros pueblos étnicos y aquellos que se consideran ilegales (vgr. grupos armados como la guerrilla o el narcotráfico). Son todos sistemas múltiples de solución de conflictos, aunque sólo se reconocen, en las Constituciones de algunos Estados iberoamericanos, los sistemas indígenas.

8 Vid. INFRA II. II.

9 Vid. GÓMEZ, Magdalena. “La pluralidad jurídica: ¿principio o sistema?”, en Memoria..., op. cit., pp. 285-306.

10 Idem, p. 291.

11 Vid. CORREAS, Óscar. “Ideología...”, op. cit., p. 1

12 Vid. CORREAS. “La teoría...”, op. cit., p. 27

13 Vid. CORREAS. “Ideología...”, op. cit., p. 2

indígena permita ciertas conductas (o incluso las declare obligatorias) pero que, conforme a las normas del sistema jurídico nacional, están prohibidas.

Correas, reflexionando sobre estas relaciones entre sistemas jurídicos¹⁴, se formula la siguiente pregunta retórica: ¿por qué unos sistemas hegemonizan a otros?. Para responder a esta cuestión, parte de la aparente poco racional represión, por parte del Estado hegemónico, incluso, de conductas, expresiones culturales, que no constituyen delito según el sistema jurídico nacional. Su conclusión final es que “la dominación tiende a ser completa; que no debe dejarse nada del patrimonio cultural del pueblo dominado, tampoco su derecho”¹⁵. Es por ello, que autores como Ordóñez Cifuentes¹⁶ no dudan en considerar que esta hegemonía, trasladada al ámbito del Derecho indígena, se traduce en un auténtico “etnocidio jurídico”.

Llegados a este punto y considerando que, en muchas ocasiones, el Derecho indígena puede ser considerado un derecho alternativo, cabe preguntarse si es también un sistema subversivo. Continuando con Correas, entendemos que un sistema jurídico alternativo es (o tiende) a ser subversivo cuando “la efectividad de sus normas, si llegase a ser hegemónico, es decir, si, por eso mismo, tales sistemas fuesen eficaces, ello implicaría la desaparición del sistema actualmente hegemónico, o al menos su transformación en uno

subalterno o hegemonizado”¹⁷. Este autor observa que en estos sistemas normativos la propia efectividad de sus normas provoca una doble subversión: a) la de los valores que inspiran el sistema hegemónico y b) la de su propia subversión¹⁸. Ejemplos varios de sistemas subversivos podemos encontrar a lo largo de la historia, como los triunfos de las revoluciones cubana o sandinista, o en la actualidad, como el caso de los sistemas normativos de las guerrillas colombianas. Por contra, el Derecho o sistema jurídico indígena no puede considerarse subversivo, puesto que la plena eficacia del mismo no pone en peligro la eficacia general del sistema hegemónico, no implica su desaparición o ineficacia.

I.III. DERECHO ALTERNATIVO Y DEMOCRACIA.

Ya, anteriormente, hemos puesto de relieve la importancia, en los procesos de democratización de los Estados Iberoamericanos, del reconocimiento constitucional de la diversidad étnica y cultural de sus naciones. En este sentido, un Estado democrático, que cuente con población indígena, no puede negar ni ignorar su composición pluricultural y debe, por ello, reconocer a estos grupos étnicos una serie de derechos. A continuación analizaremos brevemente la relación entre la democracia y el reconocimiento de una manifestación de esta pluralidad étnica y cultural a la que venimos aludiendo, como es el pluralismo jurídico.

14 CORREAS. “La teoría...”, op. cit., pp. 15-31.

15 Idem, p. 29.

16 ORDÓÑEZ CIFUENTES, José Emilio R. . Reclamos jurídicos de los pueblos indios, UNAM, México, 1993, p. 68

17 CORREAS. “Ideología...”, Op. Cit., p. 2.

18 CORREAS. “El derecho entre dos mundos”, en InfoJus, Boletín 86, III-UNAM, México, 1997, p 5.

Oscar Correas, reflexionando sobre el significado de la democracia¹⁹, sostiene que ésta “no puede ser excluyente de otros sistemas jurídicos alternativos, so pena de excluir minorías y diferencias”²⁰. En este sentido, considera este autor que un Estado que se precie de democrático tiene que “convivir” con estos sistemas jurídicos alternativos. En la misma línea, Abel Barrera Hernández sitúa la reivindicación del derecho indígena “como parte de un proyecto político que se enmarca dentro de la amplia lucha por la democracia”²¹.

El problema se plantea cuando un Estado democrático ha de “convivir” con un sistema jurídico cuya eficacia podría llegar a destruir el propio régimen democrático. Pensemos en Argel y el integrismo islámico. Surgen, de este modo, contradicciones entre los sistemas jurídicos hegemónicos y los sistemas alternativos. La solución que Correas nos ofrece es que “nuestro concepto de democracia debe incluir el pluralismo jurídico de manera que no será democrático un Estado que desconoce o combate sistemas alternativos también democráticos”²². A sensu contrario, se desprende que podrían combatirse, incluso con la fuerza, sistemas

alternativos no democráticos. Pero de nuevo nos encontramos ante un gran escollo: ¿qué sistemas jurídicos debemos considerar como democráticos?

La cuestión anterior está íntimamente relacionada con otra que abordaremos más adelante al estudiar los límites a la jurisdicción indígena, como es la del respeto de los derechos humanos.

En principio, desde un punto de vista occidental, no habría dificultades en identificar sistemas jurídicos indígenas no democráticos, como serían aquellos en los que, desde nuestra óptica, violan los derechos humanos. Pero, como veremos al analizar los castigos indígenas, la solución no es tan

***“El problema se plantea
cuando un Estado democrático
ha de convivir con un sistema Jurídico
cuya eficacia podría llegar a
destruir el propio régimen democrático”***

simple, mas cuando se cuestionan los propios derechos humanos, tachados por los propios indígenas de “occidentales”.

II.- EL DERECHO CONSUECUDINARIO INDIGENA.

III.I. CONCEPTO.

Resulta ya clásica la definición que sobre el derecho consuetudinario en general escribió en su día Rodolfo Stavenhagen²³. Según este autor “este

19 CORREAS. “Ideología...”, op. cit., pp. 7 y 8.

20 Idem, p. 7.

21 BARRERA HERNÁNDEZ, Abel. “Ritualidad y poder entre los nahuas de la montaña de Guerrero”, en Tradiciones y costumbres jurídicas en comunidades indígenas de México, Comisión Nacional de Derechos Humanos, México, 1997, p. 175.

22 Idem, p. 8.

23 Entre otros trabajos, aparece en las obras de Midori PAPADÓPOLO. El nuevo enfoque internacional en materia de derechos de los pueblos indígenas, Universidad Rafael Landívar, Guatemala, 1995, p. 55 y de Margarita HERRERA ORTIZ. Costumbre indígena jurídica en el Estado de Veracruz. Sustentación teórica, Tomo 1, Editora del Gobierno del Estado de Veracruz, México, 1996, p. 51.

concepto se refiere a un conjunto de normas legales de tipo tradicional, no escritas ni codificadas, distinto del derecho vigente en un país determinado”²⁴.

De una forma más amplia el mismo Stavenhagen define el derecho consuetudinario como “un conjunto de normas y reglas de comportamiento y de convivencia social que contribuyen a la integración de una sociedad, al mantenimiento del orden interno y a la solución de conflictos (incluyendo un sistema de sanciones para quienes violen esas normas) (...) que no ha sido creado por el Estado, a través de los órganos correspondientes, en ejercicio de su propia soberanía”²⁵.

Una vez definido el derecho consuetudinario, resta únicamente concretarlo, pues nos interesa un derecho consuetudinario en particular: el *indígena*. A efectos didácticos, como hace González Galván²⁶, mas que ofrecer una definición sobre el derecho consuetudinario indígena, vamos a analizar el significado de cada uno de estos tres términos.

Por *derecho* entende-mos aquel conjunto de normas y reglas *jurídicas* de comportamiento y

convivencia social, a las que hacía referencia Stavenhagen. Es decir, concebimos el *derecho* como un sistema jurídico²⁷.

El término *consuetudinario* nos indica que estamos en presencia de normas jurídicas no escritas, que se transmiten en forma oral. Se está haciendo referencia, por tanto, a las costumbres jurídicas²⁸. Costumbres jurídicas cuyo estudio, nos aclara Jorge Madrazo, “no puede desvincularse –si no es para fines simplemente analíticos– de las costumbres en general, con las cuales están invariablemente ligadas”²⁹.

Por último, el adjetivo *indígena* nos especifica que esas costumbres jurídicas son las propias de aquellos pueblos que son “consideradas indígenas por el hecho de descender de poblaciones que habitaban en el país o en una región geográfica a la que pertenece el país en la época de la conquista o de 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”³⁰.

24 Vid. STAVENHAGEN, Rodolfo. “Introducción al derecho indígena”, en Cuadernos del Instituto de investigaciones Jurídicas, núm. 17, UNAM, México, 1991, p. 304.

25 Vid. STAVENHAGEN. Derecho indígena y Derechos Humanos en América Latina, El Colegio de México- Instituto Interamericano de Derechos Humanos, México, 1988, p. 99.

26 GONZÁLEZ GALVAN, Jorge Alberto. “El derecho consuetudinario indígena en México”, en Cosmovisión y ..., op. cit., pp. 74 y 75.

27 Sobre la consideración del Derecho indígena como un sistema jurídico vid. INFRA apartado II.II.II. También puede consultarse un interesante artículo de Francisco López Bárcenas que lleva por título “El Derecho indígena y la teoría del derecho”, en Memoria ..., op. cit., pp. 259- 283.

28 Stavenhagen se refiere indistintamente a “Derecho consuetudinario o norma jurídica o costumbre jurídica o sistema jurídico alternativo” y remarca que “lo que caracteriza al derecho consuetudinario es precisamente que se trata de un conjunto de costumbres reconocidas y compartidas por una colectividad (comunidad, pueblo, tribu, grupo étnico o religioso, etcétera)” (STAVENHAGEN. “Introducción...”, op. cit., pp. 304 y 305).

Margarita Herrera define muy descriptivamente la “costumbre indígena jurídica” como “aquellos actos u omisiones realizados por los individuos que integran un grupo étnico dentro de su comunidad, de una manera reiterada y constante, de tal forma que llegan a ser parte de su vida cotidiana y se les considera como jurídicamente obligatorios, teniendo como finalidad ejercer el control social, pero sin estar escritos ni codificados, cuya infracción o incumplimiento provoca la aplicación de sanciones, mediante correctivos económicos, laborales, corporales o sociales, impuestos al infractor por las autoridades tradicionales de lugar o por la autoridad estatal que opera dentro de la comunidad desconociendo, ignorando, contraviniendo o concibiendo en su caso, algo diferente a lo establecido en la legislación vigente creada por el estado” (HERRERA ORTIZ. La costumbre ... Zongolica, Tomo 9, Op. cit., p. 57).

29 Vid. MADRAZO, Jorge. “Introducción”, en Tradiciones y y costumbres jurídicas en comunidades indígenas de México, Comisión Nacional de Derechos Humanos, México, 1997, op. cit., p. 6.

Abel Barrera, en su artículo “Ritualidad...” (Op. cit., p. 175 y 176), nos explica esta vinculación de las costumbres jurídicas con la costumbre en general de los pueblos indígenas, al señalar que “entre las comunidades indígenas el campo jurídico no constituye una esfera diferente autónoma de la estructura social, por el contrario, lo jurídico se encuentra entretreído en todos los ámbitos de la vida comunitaria”, y por ello “lo legal subyace en lo religioso, económico y político y emerge en cualquiera de estos campos”.

30 Esta definición de pueblos indígenas es la que aparece en el artículo 1 del Convenio 169 de la OIT.

Las normas de tradición oral más comunes que integrarían el sistema jurídico indígena, siguiendo al profesor Carlos Humberto Durand³¹, serían:

- a) Las que reconocen a las autoridades tradicionales.
- b) Las que conciernen en su acatamiento a dichas autoridades tradicionales.
- c) Las que surgen de las relaciones de propiedad.
- d) Las que se refieren al parentesco.
- e) Las que corresponden a la socialización del grupo.
- f) Las que se fincan en la experiencia del indígena.

Por último, también formarían parte, precisamente por constituir el Derecho consuetudinario indígena un sistema jurídico, las disposiciones de carácter coactivo, es decir, “el conjunto de disposiciones que procedimentalmente reconocen un posible desequilibrio a la normatividad planteada”³².

II.II.- LA CONSIDERACIÓN DEL DERECHO CONSUETUDINARIO INDÍGENA COMO UN AUTÉNTICO SISTEMA JURÍDICO.

Cuando anteriormente hemos definido el pluralismo jurídico como la coexistencia de dos o

más sistemas jurídicos en un mismo territorio, dábamos por sentado que el Derecho consuetudinario indígena es un sistema jurídico. Por ello, no dudábamos en afirmar que en Iberoamérica, en aquellos Estados que cuentan con población indígena, se daba este fenómeno del pluralismo jurídico (coexisten los sistemas jurídicos nacionales y los sistemas jurídicos indígenas). Sin embargo, esta consideración del Derecho indígena como sistema jurídico, como auténtico Derecho, ha sido negada durante mucho tiempo, como veremos en este apartado, por los Estados y sus sistemas hegemónicos.

“Para hablar de un verdadero pluralismo Jurídico debereconocerse, por un lado el derecho consuetudinario indígena y por el otro el ejercicio de las funciones Jurisdiccionales por las propias autoridades indígenas ”

No cabe duda que ha existido cierta reticencia a considerar el Derecho consuetudinario de los pueblos indígenas como un verdadero sistema jurídico. Para el profesor Óscar Correas³³, el reconocimiento del Derecho Indígena -y con ello del pluralismo jurídico tropieza “con una ideología fortísima que opaca la posibilidad de concebir la coexistencia de varios sistemas normativos en un mismo territorio. Esta ideología es la soberanía”. De ahí surge la concepción de que sólo es Derecho el emanado del poder soberano, del Estado³⁴, y compuesto, además, por normas escritas.

De acuerdo con esta ideología, definiríamos el Derecho como el conjunto de normas abstractas,

31 DURAND ALCÁNTARA, Carlos Humberto. “El derecho consuetudinario indio, base de afianzamiento del territorio étnico”, en Derechos indios en México ... derechos pendientes, Universidad Autónoma Chapingo, México, 1994, pp. 92-96.

32 Idem, p. 96.

33 Vid. CORREAS, Óscar. “La Teoría ...”, op. cit., p. 25.

34 Teoría monista del Derecho y Estado, que enlaza con el etnocentrismo (identificar el Derecho del Estado con la cultura occidental dominante, marginando a las demás culturas del país). Al respecto, Raque Z. Yrigoyen señala que “la violencia institucional que se ejerce mediante la represión de la cultura y los sistemas normativos indígenas, está encuadrada en la teoría monista del Derecho y el Estado, esto es, en la idea de que el Estado tiene el monopolio de la producción jurídica y del uso de la violencia legítima”. Teoría monista que tiene su traducción, continua diciendo esta autora, en “modelos estatales e institucionales etnocéntricos, que organizan toda la institucionalidad jurídica desde un solo referente cultural, el occidental, marginando las demás culturas a pesar de representar vastas poblaciones del país” (YRIGOYEN, op. cit., p. 17).

explícitas y escritas emanadas del Estado asociadas a un aparato de sanción basado en la coacción³⁵. Desde esta perspectiva, al considerar que sólo es Derecho el que está escrito en los Códigos, se concluiría que los pueblos indígenas no cuentan con un sistema jurídico. Es por esta problemática que, como señala Magdalena Gómez³⁶, algunas organizaciones indígenas prefieren hablar de Derecho Indígena en lugar de Derecho consuetudinario, ya que este término denota que está constituido por costumbres y éstas, claro está, son normas no escritas.

Sin embargo, si definimos el Derecho “como conjunto de normas dotadas de poder coercitivo y producidas por funcionarios autorizados” (Oscar Correas)³⁷, no habría obstáculo alguno para aceptar al Derecho Indígena como sistema jurídico. A la misma conclusión llega un trabajo sobre las comunidades mixes³⁸, al definir el Derecho, siguiendo al antropólogo Leopold Pospicil, como un fenómeno universal que se caracteriza por varios criterios en toda sociedad (la autoridad, la intención de aplicación universal, la obligatio y la sanción), y observar que dichos caracteres se dan en las diferentes variantes del sistema jurídico mixe.

Visto todo lo anterior cabe preguntarse por qué realmente no se quiere (o no se ha querido) aceptar al Derecho consuetudinario o Derecho Indígena como sistema jurídico, pregunta que nos

lleva a la respuesta inequívoca de que no se acepta por razones políticas.

Por tanto, para concluir, descartadas las razones políticas que intentan imponer el Derecho del Estado en todo el territorio del mismo desconociendo la realidad, podemos afirmar que existen, junto a los sistemas jurídicos estatales, sistemas jurídicos indígenas creados alrededor de sus cosmovisiones³⁹, que cuentan con sistemas propios de autoridad y representación, decisión, control y regulación social.

II.III. LA VIGENCIA DEL DERECHO CONSUECUDINARIO INDÍGENA: ENTRE EL ROMANTICISMO Y EL ESCEPTICISMO.

Intimamente relacionado con la cuestión anterior está el tema de la vigencia real del Derecho indígena, es decir, de la eficacia del mismo. Y ello porque, de acuerdo con la teoría general del derecho, un sistema jurídico existe cuando es eficaz. Y lo es cuando sus normas son efectivas. Por ello habrá que preguntarse si el Derecho indígena es eficaz y, consiguientemente, si sus normas consuetudinarias son efectivas y, por tanto, válidas. Se trata, en definitiva, de comprobar si las costumbres jurídicas indígenas, que regulan la vida y las relaciones dentro de una comunidad indígena, continúan vigentes hoy en día, siendo obedecidas u observadas por cada uno de sus miembros.

35 Correas, en sus escritos, pone de relieve que esta es la ideología jurídica dominante que se enseña en las facultades de Derecho (CORREAS, “Ideología...”, op. cit., p. 4).

36 Vid. GÓMEZ, Magdalena. Derechos Indígenas. Lectura comentada del Convenio 169 de la OIT, Instituto Nacional Indígena, México, 1995, p. 67.

37 Vid. CORREAS, Óscar. Op. cit., p. 26.

38 Vid. DÍAZ GÓMEZ, Florentino (Coor.), Contribuciones a la discusión sobre Derechos Fundamentales de los pueblos indígenas -Simposio indolatinoamericano-, Servicios del Pueblo Mixe A.C. (SER), México, 1995, p. 33 y 34.

39 José del Val entiende la cosmovisión como “la estructura de relaciones simbólicas que se expresan mediante una particular forma de conciencia y prácticas del papel que en el mundo ocupa el hombre en relación con los otros hombres, con la naturaleza inmediata y con el conjunto inacabable de incógnitas que el estar aquí produce a cualquier hombre en cualquier tiempo y lugar”, y por prácticas jurídicas “el conjunto de reglas que delimitan y sancionan el conjunto de relaciones antes mencionadas y que constituyen un sistema con relativa coherencia interna” (DEL VAL, José. “Cosmovisión, prácticas jurídicas de los pueblos indios”, en Cosmovisión y ... , op. cit., p. 111).

Dos enfoques totalmente opuestos nos ofrece la doctrina respecto a la vigencia actual del Derecho consuetudinario en las comunidades indígenas, por un lado, el romántico y, por otro, el escéptico.

Para explicar estos dos enfoques seguimos, por su claridad, a Yuri Escalante⁴⁰. Este autor considera que aquellos que se adscriben al que hemos denominado enfoque romántico suponen que “la vida cotidiana de las comunidades indígenas está regulada por preceptos justos y ancestrales que mantienen un orden armónico ajeno al derecho que rige la nación. Piensan que los mecanismos de control social internos constituyen, por sí mismos, un sistema de justicia y que, por lo tanto, resulta válido hablar de un derecho indígena propio”. Por el contrario, los que podemos llamar escépticos “consideran que las prácticas jurídicas que aún existen entre los indígenas son restos de un derecho antiguo o reminiscencias de la justicia impuesta por el régimen colonial”. Para estos escépticos, dada la escasa importancia de los asuntos a resolver por las autoridades indígenas, no existiría un Derecho indígena como tal, sino que únicamente persistirían algunas costumbres jurídicas.

Como en todo, siempre que existen o se dan posturas antagónicas, cabe adoptar una posición ecléctica a la que nos sumamos. Este eclecticismo tendría su razón de ser en los diferentes ritmos y grados de asimilación o integración de los grupos étnicos (e incluso, dentro de cada uno de ellos, de las comunidades que los conforman) a la “cultura nacional” dentro de un Estrado, y en las diferencias, en relación a esta aculturación de los indígenas, de un Estado a otro.

Para apoyar esta postura ecléctica, basta comparar Colombia con México. En Colombia, cuya Constitución ha reconocido el Derecho y la jurisdicción indígena, grupos indígenas como los paez o los kogui resuelven todo tipo de faltas y delitos cometidos por miembros de sus comunidades (incluso el homicidio). Por el contrario, en México los mazatecos o los zapotecos, por citar algunos ejemplos, no juzgan los delitos graves, sino que sólo resuelven cuestiones menores. En cambio en el mismo México, J. Ricardo Robles y Carlos F. Vallejo⁴¹ comentan que “el tarahumara tiende, sobre todo en núcleos que mejor han conservado sus tradiciones, a evitar, a todo precio, la acción de la justicia del blanco”, incluso en casos de homicidio. Vemos pues, la gran heterogeneidad que existe entre los diferentes grupos étnicos e incluso de las comunidades que los conforman.

Por lo tanto, no cabe la menor duda de que el Derecho indígena sigue vigente. Un Derecho que ha resistido y que ha ido adaptándose a lo largo de estos siglos.

III. EL RECONOCIMIENTO CONSTITUCIONAL DEL PLURALISMO JURÍDICO.

III.1 SU SIGNIFICADO.

Reconocer el pluralismo jurídico no significa únicamente reconocer el Derecho Indígena. Entendemos, y así lo hemos expresado en todos nuestros anteriores trabajos⁴², que para hablar

40 Vid. ESCALANTE BETANCOURT, Yuri. “Panorama de la normativa interna e instancias jurídicas entre coras, huicholes y tepehuanes”, en Tradiciones y costumbres ..., op. cit., p. 129.

41 Vid. ROBLES O., J. Ricardo y VALLEJO N., Carlos F. “Los juicios del pueblos rarámuri”, en Tradiciones y..., op. cit., pp. 94 y 95.

de un verdadero pluralismo jurídico debe reconocerse, por un lado, el Derecho consuetudinario indígena y, por otro, el ejercicio de las funciones jurisdiccionales, en base a este Derecho, por las propias autoridades indígenas. Ambas caras del pluralismo jurídico son de todo punto inescindibles. Por ello, es posible argumentar que en aquellos Estados que, aun reconociéndose el Derecho indígena, no se permite a los pueblos indígenas el ejercicio de funciones jurisdiccionales, siendo, en todo caso, dicho Derecho aplicado por los órganos judiciales estatales, no existe un auténtico pluralismo jurídico.

Yrigoyen, utilizando estas dos variables de "derecho aplicable" y "jurisdicción" (órganos de aplicación y administración de justicia), nos ofrece en el siguiente gráfico las posibilidades resultantes de la combinación entre Derecho estatal/ Derecho indígena y Jurisdicción estatal/ jurisdicción indígena⁴³.

En la actualidad, de los Estados Iberoamericanos que cuentan con población indígena, únicamente Colombia, Perú, Bolivia y Ecuador reconocen en sus Constituciones el pluralismo jurídico, tal y como nosotros lo entendemos. Las demás Constituciones o bien se limitan a reconocer el Derecho indígena, que en todo caso sería aplicado por la jurisdicción estatal, o bien no regulan esta materia⁴⁴.

III.II LA NECESIDAD DE RECONOCER EL DERECHO Y LA JURISDICCIÓN INDÍGENA

Durante muchísimo tiempo los Estados Iberoamericanos no han reconocido (y continúan bastantes de ellos sin hacerlo) el Derecho consuetudinario indígena. A los indígenas, de acuerdo con el principio de igualdad liberal, se les aplicaba un Derecho, el del Estado, que no era el suyo y eran juzgados de acuerdo con unas normas y unos procedimientos que no entendían.

Los problemas más graves se planteaban en la administración de la justicia penal, pues, como observa Stavenhagen, era evidente la "inadecuación de tipos delictivos a las condiciones de existencia de la población indígena, (la) oposición a las prácticas reglamentadas por el derecho consuetudinario indígena o bien (la) inadecuación de las técnicas del derecho procesal a los medios y recursos de la cosmovisión indígena"⁴⁵. Por ello, no es extraño, como señala Correas⁴⁶, encontrar todavía cárceles repletas de indígenas que aún se preguntan por qué están encerrados allí cuando sólo han realizado conductas obligatorias o permitidas por su propio sistema jurídico.

Pero esta situación de los indígenas ante la justicia penal es todavía más grave si se tiene en cuenta su propia situación socio-económica⁴⁷ y la discriminación y marginación que sufren. Sabido es

42 Vgr. CABEDO MALLOL, Vicente José. "Derecho consuetudinario y jurisdicción indígena El pluralismo jurídico en Colombia, Perú, Bolivia y Ecuador", en Cuadernos constitucionales de la Cátedra Fadrique Furió Ceriol, nº 25, Departamento de Derecho Constitucional y Ciencia Política de la Universitat de València, Valencia, 1999, p. 151.

43 Vid. YRIGROYEN. Op. cit., p. 25.

44 El estudio de la regulación constitucional del pluralismo jurídico en los diversos Estados Iberoamericanos constituye el objeto de la del trabajo "Regulación constitucional del Derecho Indígena en Iberoamérica", pendiente de publicación.

45 Vid. STAVENHAGEN, Rodolfo, et al., Derecho indígena y derechos humanos en América Latina, El Colegio de México e Instituto Interamericano de Derechos Humanos, México, 1988, p. 282.

46 CORREAS. "Ideología...", op. cit., p. 2.

47 "El indígena -nos dice Ordóñez Cifuentes- es por lo general persona sin mayores recursos económicos y le es prohibitivo contratar los servicios de un abogado" (ORDÓÑEZ CIFUENTES, José Emilio R., Reclamos jurídicos de los pueblos indígenas, UNAM, México, 1993, p. 63).

que muchos de ellos son analfabetos y monolingües no castellanos y que, como señala Salomón Nahmad, “no existen mecanismos que permitan asegurar que una causa instruida a un reo indígena no sea en su propia lengua, lo cual se presta -lógicamente- a un sinnúmero de abusos e injusticias por las autoridades mestizas”⁴⁸.

En relación con el tratamiento o la condición penal del indígena resultaba inaceptable considerarle un inimputable cuando por el aislamiento de su comunidad respecto a la cultura nacional no conocía la ilicitud de su conducta. El indígena no tiene sus facultades intelectivas o volutivas disminuidas o afectadas, por lo que debe optarse por la tesis de inculpabilidad como solución técnico penal⁴⁹.

A priori la solución pasaría por reconocer los sistemas jurídicos indígenas, siendo, de este modo, el indígena juzgado de acuerdo a su propia cosmovisión jurídica, pero ello obligaría a una capacitación adicional de jueces y demás operadores del derecho, lo cual resulta hoy por hoy inviable. Téngase en cuenta que América Latina cuenta con unos sistemas judiciales muy deficientes⁵⁰, donde los derechos humanos en la administración de justicia penal son constantemente violados, tanto para la población blanca o mestiza como para la india, por lo que no puede pretenderse que jueces, abogados, fiscales,... conozcan y respeten las costumbres y

prácticas jurídicas indígenas, cuando ni siquiera cumplen los más elementales derechos y principios procesales penales

Por todo ello, consideramos necesario que los Estados Iberoamericanos reconozcan tanto el Derecho consuetudinario indígena como el ejercicio de su propia jurisdicción, es decir, reconozcan el pluralismo jurídico que existe en sus territorios. Con este reconocimiento se evitaría que un procesado indígena monolingüe⁵¹, analfabeta y de precaria situación económica, se encuentre ante toda una burocracia judicial que desconoce su cosmovisión jurídica y que es mono-lingüe castellana.

***“Los derechos grupales o colectivos
deberán ser considerados como
derechos humanos de la medida
en que su reconocimiento y
ejercicio promueve a su vez los derechos
individuales de sus miembros ”***

IV LA COORDINACIÓN ENTRE LOS SISTEMAS JURÍDICOS INDÍGENAS Y EL SISTEMA JURÍDICO NACIONAL

IV.I. CONFLICTOS DE COMPETENCIA ENTRE LA JURISDICCIÓN NACIONAL Y LA JURISDICCIÓN INDÍGENA: EL INDÍGENA ANTE EL RÉGIMEN PENAL.

Si se reconoce el pluralismo jurídico y, por tanto, las autoridades indígenas pueden ejercer funciones jurisdiccionales aplicando su propio Derecho, resulta inevitable que se produzcan

48 Vid. STAVENHAGEN. Derecho indígena y..., op. cit., p. 311.

49 Sobre esta cuestión volveremos al tratar los conflictos de competencia entre el sistema jurídico nacional y los sistemas jurídicos indígenas (vid. IV.I.).

50 Ordóñez Cifuentes, siguiendo a Gómez Grillo, en relación a la problemática de la justicia penal señala un conjunto de problemas, como son: la del “preso sin condena”; la lentitud judicial (retardo en la pronta y cumplida administración de justicia), el castigo no al delito sino a la pobreza; el denominado terrorismo judicial y la discriminación por motivos étnicos (ORDÓÑEZ. Op. cit., pp. 57 y 74).

51 Aunque es cierto que existen traductores o interpretes, éstos, como señala José Emilio Ordóñez, carecen de “conocimientos adecuados en materia de derechos humanos, del sistema jurídico penal en su conjunto (sustantivo y adjetivo)”, realizando “traducciones mecánicas que dejan de lado las cosmovisiones jurídicas del juzgador y del juzgado (colonialismo interno)” (Idem, p. 74).

conflictos de competencia entre dicha jurisdicción indígena y la jurisdicción estatal. En este sentido, se hace necesaria la aprobación de una Ley de coordinación entre ambas jurisdicciones, a la que más adelante haremos referencia, que delimite la competencia de cada una ellas.

Como ya advertíamos en otros trabajos, “aunque la jurisdicción indígena se extiende a los diversos ámbitos que conforman su sistema jurídico (civil, agrario,...), es en el ámbito penal donde se plantean los mayores problemas”⁵².

En Colombia, cuya Constitución, como sabemos, reconoce el pluralismo jurídico, y a falta de la aprobación de la referida Ley de coordinación, su Corte Constitucional ha resuelto de forma satisfactoria la delimitación competencial entre las jurisdicciones indígena y nacional. La Corte, acertadamente, no establece la delimitación competencial en base exclusivamente al criterio territorial de realización del hecho punible, sino que también toma en consideración el fuero personal.

A continuación reproducimos la solución que la Corte Constitucional colombiana ofrece para resolver el caso de un indígena que comete una infracción fuera del ámbito territorial de su comunidad, no siendo, además, la parte ofendida un miembro de la misma.

“a. Cuando la conducta del indígena sólo es sancionada por el ordenamiento nacional, en principio,

los jueces de la República son los competentes para conocer el caso; pero como se encuentran ante un individuo de otra comunidad cultural, tienen el deber de determinar si el sujeto agresor entendía, al momento de cometer el ilícito, que su conducta era realmente negativa, para efectos de reconocerle, o no, el derecho al fuero. En este orden de ideas, las autoridades nacionales pueden encontrarse ante un indígena que de manera incidental entró en relación con una persona de otra comunidad, y que por su particular cosmovisión, no le era dable entender que su conducta en otro ordenamiento era considerada reprochable; o, por el contrario, enfrentar un sujeto que por su especial relación con la comunidad mayoritaria conocía el carácter perjudicial del hecho. En el primer caso, el interprete deberá considerar devolver al individuo a su entorno cultural, en aras de preservar su especial conciencia étnica; en el segundo, la sanción, en principio, estará determinada por el sistema jurídico nacional.

b. En el caso de que la conducta sea sancionada en ambos ordenamientos, es claro que la diferencia de racionalidades no

52 Vid. CABEDO MALLOL, Vicente José. “Derecho consuetudinario...”. Op. cit., p. 152.

influye en la comprensión de tal actuar como perjudicial. Sin embargo, el intérprete deberá tomar en cuenta la conciencia étnica del sujeto y el grado de aislamiento de la cultura a la que pertenece, para determinar si es conveniente que el indígena sea juzgado y sancionado de acuerdo con el sistema jurídico nacional, o si debe ser devuelto a su comunidad para que sea juzgado por sus propias autoridades, de acuerdo a sus miembros y procedimientos”⁵³.

Cuando en su día comentamos esta Sentencia⁵⁴, indicábamos que esta doctrina de la Corte atendía a las circunstancias del caso concreto, teniendo en cuenta fundamentalmente el grado de aislamiento o integración del indígena, de la cultura de la comunidad a la que pertenece, en relación a la cultura mayoritaria. Del mismo modo recordábamos como atrás quedaban los años en que el indígena era considerado un inimputable⁵⁵, como si tuviera disminuidas sus capacidades intelectivas o volutivas, por lo que si un juez en la actualidad determina que un indígena debe ser devuelto a su comunidad sin ser juzgado, al no conocer la ilicitud de su conducta, ello es producto, como señala la Corte en la Sentencia que analizamos, “de una DIFERENCIA valorativa y no de una INFERIORIDAD intelecto-volitiva”.

Esta solución de la Corte Constitucional colombiana es la que debería incluirse en la futura ley de coordinación de jurisdicciones, y a la que también deberían acogerse los otros Estados que reconocen la jurisdicción indígena. Ciertamente esta jurisprudencia es muy respetuosa con la diversidad étnica y cultural que proclaman las Constituciones de Colombia, Perú, Bolivia y Ecuador.

VII. LOS LÍMITES A LA JURISDICCIÓN INDÍGENA

• Planteamientos generales

El Convenio 169 de la OIT sobre Pueblos Indígenas y Tribales en Países Independientes, en sus artículos 8 y 9⁵⁶, establece como único límite del Derecho consuetudinario indígena su compatibilidad con “los derechos fundamentales definidos por el sistema jurídico nacional” y con “los derechos humanos internacionalmente reconocidos”..

En el mismo sentido se pronuncia el Proyecto de Declaración sobre los Derechos de las Poblaciones Indígenas de la ONU, al establecer en su artículo 33 que los pueblos indígenas tienen derecho a “promover, desarrollar y mantener sus estructuras institucionales y sus costumbres, tradiciones,

53 Gr. ST-496 de 1996 de la Corte Constitucional colombiana. Del mismo modo se pronuncian otras Sentencias como ST-344 de 9 de julio 1998, pp. 8-11.

54 CABEDO MALLOL. “La jurisdicción especial de Colombia y los derechos humanos”, en Revista Iberoamericana de Autogestión y Acción Comunal, n.º 35- 36- 37, Instituto Intercultural para la Autogestión y la Acción Comunal (INAUCO), Valencia, 2000. El mismo artículo puede consultarse en Internet dentro del Foro de Alertanet Derecho indígena y Derechos Humanos (<http://geocities.com/alertanet/foros2b.html>).

55 Al igual que en Colombia, en el Perú se ha pasado de considerar al indígena un inimputable, que debía ser civilizado en una colonia agrícola (Código Penal de 1924), a aplicar la doctrina del error culturalmente condicionado (artículo 15 del Código Penal de 1989), que excluya o limita la responsabilidad de la persona.

56 Artículo 8: “1. Al aplicar la legislación nacional a los pueblos interesados deberán tomarse debidamente en consideración sus costumbres o su derecho consuetudinario. 2. Dichos pueblos deberán tener el derecho de conservar sus costumbres e instituciones propias, siempre que éstas no sean incompatibles con los derechos fundamentales definidos por el sistema jurídico nacional ni con los derechos humanos internacionalmente reconocidos. Siempre que sea necesario, deberán establecerse procedimientos para solucionar los conflictos que puedan surgir en la aplicación de este principio”.

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”.

procedimientos y prácticas jurídicas características, de conformidad con las normas de derechos humanos internacionalmente reconocidas”.

Por su parte, las Constituciones Iberoamericanas⁵⁷ que reconocen el Derecho consuetudinario indígena, especialmente aquellas que aceptan la jurisdicción indígena, también establecen este límite del respeto los derechos humanos. Así, la paraguaya, en su artículo 63 (De la identidad étnica)⁵⁸, prescribe que dichas normas consuetudinarias “no atenten contra los derechos fundamentales establecidos en esta Constitución”. Del mismo modo, las Normas Supremas de Colombia, Bolivia y Ecuador, en los mismos preceptos que reconocen la jurisdicción indígena⁵⁹, señalan como límites a dicha jurisdicción que sus normas y procedimientos no sean “contrarios a la Constitución y las leyes” (léase *derechos fundamentales definidos por el sistema jurídico nacional*). Más concreta resulta la Constitución del Perú al establecer como límite el que “no se violen los derechos de las personas”.

De los preceptos del Convenio de la OIT y de las Constituciones citadas, se desprende claramente que los límites a la jurisdicción indígena vienen enmarcados por el respeto de los derechos humanos y, más concretamente, de los derechos

individuales de las personas. Estos derechos, lógicamente, están recogidos en las Constituciones citadas y de ahí la referencia a que el ejercicio de las funciones jurisdiccionales por parte de los pueblos indígenas no sea contrario a la Constitución⁶⁰.

El problema, una vez más, se plantea en el ámbito del Derecho penal, por cuanto determinados procedimientos y sanciones indígenas, como más adelante tendremos la oportunidad de analizar, podrían violar los derechos humanos, lo cual nos conduce irremediamente al debate en torno a la universalidad de los derechos humanos -tachados de occidentales por los indígenas-, y el relativismo cultural. En definitiva, a la polémica entre derechos individuales *occidentales* y derechos colectivos de los pueblos indígenas⁶¹.

Sin entrar en dicha polémica, objeto de anteriores trabajos⁶², quisiéramos a continuación hacer unas breves reflexiones sobre el contenido mismo de los derechos humanos.

Siguiendo a Stavenhagen⁶³, podemos distinguir, por una parte, “un núcleo de derechos humanos básicos universales”, que coincidirían con los derechos individuales; por otra, “una “periferia” de derechos humanos específicos propios de categorías específicas de la población”, entre los que

57 Su estudio se corresponde con la Parte III del presente trabajo (vid. INFRA).

58 Vid. INFRA III.III.I.

59 Vid. INFRA III.II.II.

60 Esta es la interpretación que la Corte Constitucional colombiana sigue en sus sentencias.

61 El tema es sumamente importante por cuanto, como señala Jorge Madrazo en relación con México, pero que es perfectamente trasladable a otros países como Colombia o Perú, “en varias comunidades encontramos un creciente número de disidentes que plantean como demanda central el pleno respeto de sus garantías individuales, violadas por las autoridades indígenas en nombre de la preservación de la unidad, las tradiciones y las costumbres de la comunidad”. Situación que se repite en otros países con población indígena como puede ser Colombia o Perú. De este modo nos encontramos, continuando con Madrazo, con “un dilema: a) la demanda del pleno respeto a la autonomía de los pueblos, municipios y regiones indígenas, y b) la demanda por la plena vigencia del Estado de Derecho y el respeto de las garantías individuales de los disidentes en las comunidades y municipios indígenas” (MADRAZO, Jorge. Op. cit., p. 10).

62 CABEDO MALLOL, Vicente José. “Los derechos humanos desde la perspectiva indígena”, en Paideia, Instituto para el Desarrollo de la Democracia Luís Carlos Galán, Bogotá, octubre 1998, pp. 8-11.

CABEDO MALLOL, Vicente José. La Jurisdicción Op. cit.

63 STAVENHAGEN, Rodolfo. “Los derechos indígenas: algunos problemas conceptuales”, conferencia impartida en el programa de Doctorado Relaciones Interétnicas en América Latina: Pasado y Presente, Universidad Internacional de Andalucía, La Rábida (Huelva), 1998.

estarían los derechos de las minorías étnicas, los derechos colectivos de los pueblos indígenas. Encontrando este autor una relación muy estrecha entre este “núcleo” y esta “periferia”, en el sentido de que “los derechos humanos básicos universales no pueden ser plenamente disfrutados, ejercidos y protegidos si no se disfrutan, ejercen y protegen simultáneamente los derechos “periféricos””.

De las premisas anteriores Stavenhagen extrae dos conclusiones muy importantes:

a) “Los derechos grupales o colectivos deberán ser considerados como derechos humanos en la medida en que su reconocimiento y ejercicio promueve a su vez los derechos individuales de sus miembros”.

b) “No deberán ser considerados como derechos humanos aquellos derechos colectivos que violan o disminuyen los derechos individuales de sus miembros”.

Esta última conclusión nos sirve para enlazar con el punto siguiente, en el cual determinaremos los límites mínimos que deben respetar los procedimientos y las sanciones indígenas, es decir aquellos derechos individuales que no pueden ser violados so pretexto del respeto a la diversidad, del derecho a la autonomía.

• Los límites mínimos aceptables

Somos plenamente conscientes de que no es posible trasladar al ámbito de la jurisdicción (penal)

indígena todos los derechos y garantías con los que contaría un procesado ante la jurisdicción nacional. Pensemos, por ejemplo, en los principios de tipicidad y taxatividad. Estos principios en un Derecho no escrito como el indígena deben modularse en su aplicación.⁶⁴

Por ello, es necesario establecer o fijar unos derechos mínimos, intangibles, que, en todo caso, deberían ser respetados por los sistemas jurídicos indígenas.

La Corte Constitucional colombiana ha tenido ya la oportunidad de pronunciarse en diversas ocasiones sobre los límites de la jurisdicción indígena, resolviendo acciones de tutela planteadas por ciudadanos colombianos indígenas que consideraban violados sus derechos fundamentales por parte de la justicia indígena⁶⁵.

De esta rica jurisprudencia de la Corte nos interesa ahora destacar los siguientes dos aspectos:

- Por un lado, la utilización de la regla de interpretación de *la maximización de la autonomía de las comunidades indígenas y minimización de las restricciones a las indispensables para salvaguardar intereses de superior jerarquía*.

- Y, por otro, de acuerdo con la regla anterior, la determinación de que los límites, en aras del reconocimiento de los pueblos indígenas, han de ser los mínimos, lo que la Corte constitucional denomina “los mínimos aceptables”.

64 La legalidad del delito se correspondería con la interiorización de la prohibición en cuestión por parte de los miembros de la comunidad; mientras que la legalidad de la pena se relaciona con la previsibilidad que de la misma tenga el indígena que ha cometido un delito y los demás miembros de su comunidad.

65 Vid. INFRA II.IV.

La Corte ha optado, como vemos, por un relativismo cultural moderado en torno a los derechos humanos y, en este sentido, estos límites en cuanto *mínimos aceptables* “sólo pueden estar referidos a lo que verdaderamente resulte intolerable por atentar contra los bienes más preciados del hombre”⁶⁶.

De acuerdo con lo anterior, en las Sentencias se señala que estos límites vendrán constituidos por el derecho a la vida, la prohibición de la esclavitud y la prohibición de la tortura⁶⁷, y, por exigencia de la Constitución, la legalidad de los procedimientos, los delitos y las penas.

Sin entrar en este momento a valorar las Sentencias de la Corte sobre determinadas sanciones indígenas⁶⁸ en relación con estos *límites*, si que quisiéramos insistir en la necesidad, en aras de ese derecho a la diferencia y del principio de la diversidad étnica y cultural, de adecuar principios como el de la legalidad del procedimiento, de los delitos y de las penas a la realidad indígena.

IV.III. LA NECESARIA LEY DE COORDINACIÓN O ARTICULACIÓN DE JURISDICCIONES.

- **Situación actual.**

Las cuatro Constituciones que, hasta el momento, han reconocido el pluralismo jurídico, prevén, cuando regulan la jurisdicción indígena, una

ley de coordinación entre dicha jurisdicción indígena y el sistema jurídico nacional. Sin embargo, todavía hoy, no existe en ninguno de estos Estados (ni siquiera en Colombia⁶⁹, nueve años después de promulgada su Constitución) la necesaria Ley de coordinación de las dos jurisdicciones.

En este contexto, si bien es cierto que la no existencia de esta Ley de coordinación no es un impedimento para el ejercicio de la jurisdicción indígena⁷⁰, también lo es que la falta de la misma plantea una serie de problemas. Estos problemas son básicamente los que hemos venido comentando: la delimitación de competencias entre jurisdicciones y los límites al ejercicio de la jurisdicción indígena.

La falta de promulgación de la Ley de coordinación ha provocado, en el caso de Colombia, que su Corte Constitucional se haya convertido, con sus Sentencias, en un auténtico legislador positivo, delimitando competencias y estableciendo los límites mínimos a dicha jurisdicción indígena. De igual modo tendrán que operar los Altos Tribunales de Perú, Ecuador y Bolivia cuando se les planteen estos problemas. Esta situación resulta claramente insostenible, por cuanto no es ésta la labor de un Tribunal Constitucional, sin entrar a valorar los peligros que ello conlleva.

- **El contenido de la Ley de Articulación.**

La futura Ley de coordinación debería ser una Ley que reglamentara la articulación entre la

66 Un sentencia no fue de 1996

67 Para la Corte “este grupo de derechos se encuentra dentro del núcleo de derechos intangibles que reconocen todos los tratados de derechos humanos” (Sentencia T-349 de 1996).

68 Las sanciones del cepo y del fuerte conllevan, sin duda, un trato inhumano o, cuanto menos, degradante. Sin embargo, la Corte constitucional no lo consideró así en sus Sentencias T-349 de 1996 y T-523-1997. Una amplio análisis crítico a estas Sentencias puede consultarse en nuestro trabajo *La jurisdicción especial indígena de Colombia y los derechos humanos*, op. cit. .

69 Se elaboraron en su día dos proyectos de ley sobre esta materia, uno en 1991 por la ONIC y otro en 1992 por el Ministerio de Justicia, pero ninguno de ellos llegó a fructificar.

70 En este sentido se ha venido pronunciando la Corte Constitucional colombiana en relación a la jurisdicción especial indígena colombiana.

Jurisdicción Especial Indígena y el Sistema Judicial Nacional: es decir, lo que se reglamentaría⁷¹ sería la articulación de jurisdicciones y no los sistemas de justicia de los pueblos indígenas, pues ellos están actuando en la práctica y son dinámicos e inherentes a su autonomía. No debe, por tanto, el legislador suplantar la autonomía de los pueblos indígenas en relación con sus sistemas jurídicos.

Conforme a lo indicado, la regulación legal de esta coordinación o articulación de jurisdicciones debería partir del respeto y reconocimiento de una amplia autonomía de la jurisdicción especial indígena y, consiguientemente, de un alto grado de restricción en la intervención del sistema judicial nacional. Intervención que, aunque restringida, es necesaria en aras del respeto de los derechos humanos.

Sobre estos presupuestos, los temas clave objeto de esta Ley de coordinación⁷² serían, principalmente, los siguientes:

a) Establecer las bases para la determinación, en aquellos conflictos en los que

intervengan indígenas, de la competencia del sistema judicial nacional y de la jurisdicción especial indígena, así como para la resolución de posibles conflictos de colisión entre ambas jurisdicciones.

b) Determinar unos límites mínimos en materia de derechos humanos en relación a la jurisdicción especial indígena.

En relación con la determinación de la competencia judicial, creemos que las Leyes de coordinación deberían pronunciarse en términos semejantes a la solución dada por la Corte constitucional colombiana antes estudiada⁷³.

Más polémico resulta el tema del establecimiento de los límites de la jurisdicción indígena. En principio, podría tomarse como referencia el respeto de los derechos mínimos que la misma Corte constitucional fija en sus sentencias⁷⁴, pero podrían ampliarse a otros derechos o principios como la no extensión de la responsabilidad penal a los familiares del indígena condenado⁷⁵.

De todos modos, más que ofrecer una lista exhaustiva y cerrada de los derechos humanos que

71 Sobre los criterios a seguir en la regulación de los sistemas normativos indígenas puede consultarse el artículo de Magdalena Gómez "La pluralidad jurídica: ¿principio o sistema?", en Memoria..., op. cit., pp. 301-306.

72 Perafán propone los siguientes contenidos de esta Ley de coordinación:

1. Definición de aquellos sistemas jurídicos indígenas que son aceptables para el ordenamiento jurídico y que no violan la Constitución ni las leyes de la República.
2. Definiciones acerca de la colisión de competencias.
3. Determinación de la jerarquía de las autoridades en cada una de las tipologías para efectos de su relación con el sistema jurídico nacional.
4. Determinación de formalismos para los efectos de la coordinación, especialmente en los casos de cosa juzgada y de los contratos.
5. Determinación de un cuerpo normativo que regule la inimputabilidad, la responsabilidad atenuada y la pena en el lugar de origen del indígena, en los casos de conductas punibles fuera de su comunidad.
6. Coordinación entre las tipologías de ambos sistemas para efectos de la competencia territorial y personal.
7. Definición del marco de permisibilidad para las penas de los sistemas indígenas respecto a la violación de los derechos humanos.
8. Defricación de las relaciones de coordinación con las autoridades policiales a nivel regional y nacional.
Definición de parámetros de coordinación y apoyo con los funcionarios de policía judicial. (PERAFAN. "Reflexiones sobre la Jurisdicción Especial Indígena", en Anuario Indigenista, vol. xxx, diciembre de 1993, pp. 357 y 358).

73 Vid. SUPRA IV.I.

74 Vid. SUPRA IV.II.

75 Vgr. como ocurre con la sanción del extrañamiento (Gr. Sentencia de la Corte constitucional colombiana 254-94).

deben respetarse por parte de los sistemas jurídicos indígenas, la Ley podría introducir la posibilidad de lo que algunos autores denominan “cláusulas de salida”. Dichas cláusulas permitirían, a través de

acciones de tutela interpuestas por indígenas condenados por sus comunidades, que ese núcleo de derechos mínimos, recogidos en la misma, se fueran concretando y ampliando⁷⁶. [D&S]

76 En este sentido, Gómez Albarello considera que “la aplicación constitucional de derecho al debido proceso podría ser realizada de forma diferenciada y progresiva, dependiendo de las circunstancias que rodeen la impugnación de las decisiones de las autoridades tradicionales por parte de los individuos afectados” (GÓMEZ ALBARELLO, Juan Gabriel: “Sobre la articulación ente la justicia indígena y el sistema judicial nacional”, en *Pensamiento Jurídico*, N7, Universidad Nacional de Colombia, Bogotá, 1998, p.192).