

Los pueblos indígenas y el Estado pluralista en Latinoamérica

The indigenous peoples and the pluralist state in Latin America

Luísa BRANDÃO BÁRRIOS

Universidad de Salamanca

Recibido: 26/02/2020

Aceptado: 05/10/2020

Resumen

El reconocimiento constitucional de la configuración multiétnica y pluricultural de sus poblaciones por parte de una serie de Estados latinoamericanos, reforzado por las ratificaciones del Convenio 169 de la Organización Internacional del Trabajo (OIT), constituye un rompimiento simbólico con el pasado, tal vez se pueda hablar de un sistema multicultural dentro de una región. Las normas internacionales y el nuevo constitucionalismo pluralista implican una Declaración de derechos colectivos y sugieren el Reconocimiento explícito por parte del Estado de derecho de los pueblos indígenas, en un determinado territorio y en un grado especificado, de acuerdo con sus propias costumbres políticas y jurídicas. Tal reconocimiento formal presenta el desafío

Abstract

The constitutional recognition of the multiethnic and multicultural configuration of their populations by Latin American States, reinforced by the ratifications of Convention 169 of the International Labor Organization (ILO), constitutes a remarkable symbolic break with the past, maybe we can talk about a multicultural system within a region. International norms and the new pluralist constitutionalism imply a recognition of collective rights and suggest explicit recognition by the State of the right of indigenous peoples, in a given territory and to a specified degree, in accordance with their own political and legal customs. Such formal recognition presents the challenge of achieving a balance between indigenous participation in the State and its institutions

de lograr un equilibrio entre la participación indígena en el Estado y sus instituciones y el respeto para la autonomía de las instituciones indígenas.

Palabras clave: multiculturalidad; pueblos indígenas; Estado pluralista; Latinoamérica; Convención 169 de la Organización Internacional del Trabajo (OIT); derechos colectivos.

and the respect for the autonomy of indigenous institutions.

Keywords: Multiculturalism; Indigenous peoples; Pluralist State; Latin America; Convention 169 of the International Labor Organization (ILO); collective rights.

1. GENERALIDADES

El hombre es fundamentalmente un ser de cultura¹ una vez que durante el largo proceso de hominización, iniciado hace más o menos quince millones de años, pasamos de una adaptación genética al medio ambiente natural a una adaptación cultural.

La noción de cultura es inherente a la reflexión de las ciencias sociales, que necesitan de este concepto, de alguna manera, para pensar la unidad de la humanidad en la diversidad sin hacerlo en términos biológicos, así las cosas, la vinculación de la historia de la palabra «cultura» con las luchas sociales deviene de compromisos sociales fundamentales, siendo que el término cultura proviene del latín cultura, que significa «cuidado de los campos» o «cuidado del ganado».

Durante el siglo XIX, la idea de cultura se vincula cada vez más con nación y se acentúa no solo el esfuerzo por definir el carácter alemán, sino también su superioridad, optando por una concepción esencialista y particularista de cultura asociada a la concepción étnico-racial de nación.

La cultura era considerada como la expresión de un pueblo, y se entendía por civilización el progreso material relacionado con el desarrollo económico y técnico.

Generalmente la cultura se concibe como el conjunto de todas las formas y expresiones de una sociedad determinada, concepción esta que engloba costumbres, prácticas, códigos, normas y reglas de manera de ser, vestimenta, religión, rituales, normas de comportamiento y sistemas de creencias.

Actualmente, la cultura se concibe como un derecho fundamental, definiéndose de acuerdo a dos nociones básicas: desarrollo del espíritu (individual y colectivo) y naturaleza de las sociedades y de las personas².

1. CUCHE, D. 2004: La noción de cultura en las ciencias sociales. Buenos Aires: Nueva Visión (sobre la noción de cultura y la evolución del concepto nos basamos en la obra de este autor).

2. La primera está orientada al estímulo de las artes y las ciencias, mientras la segunda se orienta a la defensa y protección de las identidades y las tradiciones.

A lo largo del siglo XX sucedieron diferentes transformaciones que han determinado la configuración del concepto de cultura que hoy se utiliza en los ámbitos político y jurídico, tanto en Latinoamérica como en el ámbito internacional. El reconocimiento de la diversidad cultural por parte del Estado, un elemento que está vinculado con las transformaciones del concepto de cultura, ha supuesto una especie de autorización para existir que se concede a los diversos grupos culturales, particularmente patente en el caso de los pueblos indígenas.

El multiculturalismo, la multiculturalidad y la interculturalidad han sido criterios desarrollados en diferentes ámbitos de las ciencias sociales para explicar el fenómeno de la diversidad cultural y, ante la coexistencia de diversas culturas dentro de un mismo espacio geográfico, han surgido teorías que han tratado de dar respuestas a esta innegable realidad³.

1.1. Pluralismo jurídico del Estado

La concepción bajo la cual se estructuró el Estado de Derecho en los países latinoamericanos que emergieron en el siglo XIX estaba fundamentada en la doctrina napoleónica de la unidad del Estado. La progresiva consolidación de esta doctrina en los novísimos países respondía a las premisas siguientes: una sola nación, un solo pueblo, una sola forma de organizar las relaciones sociales, una sola ley, una sola administración de justicia. Como consecuencia de ello se adoptó como principio fundamental la igualdad ante la ley de todos los ciudadanos que integran al Estado, independientemente de su origen.

Indudablemente, las naciones de Latinoamérica no desconocían las diversas realidades sociales existentes entre los distintos grupos indígenas que conformaban el Estado, pero no es menos cierto que tal diversidad no tuvo reconocimiento jurídico, precisamente por el predominio de los principios de igualdad de todos ante la ley y la imposibilidad de alegar su ignorancia⁴.

En este sentido, nos inclinamos por la idea de que el Estado vendría a ser la personificación política de la nación, en otras palabras, la entidad que gobierna a los asociados. Un ejemplo característico de lo antes planteado se encuentra en el idioma, así observamos que algunos Estados tienen un idioma común y único, pero existen otros, como Suiza, India y Canadá, en donde conviven dos o más lenguas. Delimitando,

3. ZAMBRANO RODRÍGUEZ, C. V. 2007: Derechos, Pluralismo y Diversidad Cultural. Bogotá: Universidad Nacional de Colombia, 40.

4. BRONSTEIN, A. S. 1998: «Hacia el Reconocimiento de la Identidad y de los Derechos de los Pueblos Indígenas en América Latina: Síntesis de una Evolución y Temas para Reflexión», convocado conjuntamente por el Organismo Judicial y la Corte Suprema de justicia de Guatemala. Equipo Técnico Multidisciplinario (ETM), Pueblos Indígenas, Organización Mundial del Trabajo [Online] <https://www.oit.or.cr/mdtsanjo/indig/bronste.htm>

además, que las situaciones antes reseñadas también son propias de los países formados por grupos de personas que pertenecen a diversas razas, caso que se ajusta claramente al de los países latinoamericanos integrados por etnias indígenas.

Otro aspecto que necesariamente debemos abordar, enfocado desde un ámbito netamente jurídico, lo encontramos en el hecho de que el reconocimiento constitucional o legal de la plurinacionalidad y la interculturalidad puede traer como consecuencia el surgimiento de la plurilegislación dentro del Estado en el que se presentan. Por su parte, los juristas que se han dedicado al estudio del tema indígena coinciden en señalar que el pluralismo legal en un Estado es el que permite hablar de la convivencia de varios sistemas jurídicos o normativos dentro de un mismo espacio geopolítico o social.

Desde la perspectiva que aquí adoptamos, debemos precisar que el pluralismo jurídico⁵ debe ser entendido como el acceso a la tolerancia para los distintos pueblos que integran un mismo país, con el fin de alcanzar, dentro de ese entorno, relaciones basadas en la igualdad y no en el dominio.

De lo antes expuesto deducimos que un Estado plurilegislativo o complejo es aquel en el que dentro de sus fronteras cohabitan y se interrelacionan una diversidad de sistemas jurídicos simultáneamente vigentes que, como se ha establecido, es una condición propia de los Estados latinoamericanos con población indígena, en cuyas Constituciones se ha alcanzado el reconocimiento de sus derechos consuetudinarios y sus foros especiales.

Desde inicios del siglo XX comenzaron a sentirse internionalmente las protestas, disputas y exigencias de los líderes indígenas por lo que consideraban la negación de sus derechos. La Organización Internacional del Trabajo (OIT), organismo especializado de las Naciones Unidas, en 1921 comenzó a tratar de manera especial el tema de los pueblos indígenas, iniciando una serie de estudios sobre el trabajo de los jornaleros de esos grupos étnicos. En el año 1926, la OIT creó el Comité de Expertos sobre Trabajo Nativo y, en 1951, un segundo comité de expertos instó a los Estados a la promulgación de una normativa interna que protegiera la fuerza laboral indígena. Fue en 1957 que la OIT adoptó la Convención n.º 107 sobre Poblaciones Tribales y Semitribales en Estados independientes que, a pesar de ser un reflejo de las políticas de asimilación que imperaban en los años 40 y 50, no dejó de ser un significativo avance en el tema⁶.

La inclusión de los pueblos indígenas dentro de los beneficiarios de los derechos que exigen las minorías étnicas o nacionales ha sido motivo de cuestionamiento

5. CABEDO MALLOL, V. 2012: *Pluralismo Jurídico y Pueblos Indígenas*. Barcelona: ICARIA Editorial S.A.

6. ROCHA, M. 1995: «El Estatuto de los ‘Pueblos Indígenas’ en el Derecho Internacional». En *Derecho y Poder: la cuestión de las tierras y los pueblos indios*. Chapingo: Universidad Autónoma de Chapingo, 53-54; OLGUÍN MARTÍNEZ, G. 2000: *Los Mecanismos de Control de la OIT en Materia de Derechos Indígenas (Aplicación Internacional del Convenio Número 169)*. México, D.F.: Ce-Acatl, 15-17.

doctrinal. Por una parte, se ha establecido que, con el progresivo reconocimiento de los indígenas como pueblos en distintas normativas internacionales, se ha superado de manera definitiva su consideración como minorías. Pero otro sector ha expresado que tratar de forma paralela e independiente el tema de los derechos indígenas y el de las minorías carece de fundamento, pues no es sencillo afirmar que un pueblo indígena no sea una minoría étnica dentro de un Estado soberano.

Compartimos la idea de que un pueblo indígena puede ser una minoría étnica —de hecho, es un ejemplo que muestran algunos expertos en la materia que hemos citado—, sin embargo, consideramos que no siempre estamos ante realidades equiparables. Recordemos que a nivel normativo la regulación internacional de las minorías y de los pueblos indígenas se desarrolló de manera independiente. Existe una Declaración sobre los derechos de las personas pertenecientes a minorías nacionales o étnicas, religiosas y lingüísticas (1992) y, autónomamente, fue necesaria la promulgación de una Declaración de las Naciones Unidas sobre los Derechos de los Pueblos Indígenas (2007), que se ocupa de las particularidades de estos colectivos, producto de un Grupo de Trabajo especializado en esta materia.

Consideramos que, en la gran mayoría de los casos, los pueblos indígenas y las minorías comparten contextos, pero los primeros están rodeados de ciertos rasgos que requieren un tratamiento particular. Inclusive, los propios pueblos indígenas han sido renuentes a ser considerados minorías culturales, reclamando su condición de pueblos originarios cuya soberanía fue erosionada por el proceso de conquista y colonización, siendo además, obligados a integrar los modernos Estados-nación.

Para KELSEN⁷, estructurar el Derecho como ciencia autónoma exige separar de esta todo lo que pertenezca a otras ciencias, sean valores, conductas, etc., que se encuentran más relacionados con la moral, la religión o la sociología política, y, por tanto, la «Teoría pura del Derecho» tendrá como sustento la norma jurídica válida y el sistema eficaz que regulan las conductas de los sujetos y la sociedad en su conjunto. Una norma jurídica solo se considera objetivamente válida si el comportamiento humano que regula se ajusta de manera eficaz a la misma, al menos en cierto grado. Para KELSEN la unidad del orden jurídico se encuentra en la norma básica o fundamental, que sería el vértice de su clásica pirámide.

El renacimiento del Derecho consuetudinario en la época contemporánea es un hecho innegable. Aunque en la estructura política de las sociedades modernas y en la evolución que la actividad legislativa ha tenido en ellas se ha dejado escaso margen al Derecho consuetudinario constituido por costumbres generales, se debe reconocer que hoy en día las manifestaciones de dicho Derecho tienen plena vigencia en los medios sociales restringidos y especializados.

Hemos adoptado los términos costumbres y Derecho consuetudinario indígena, al ser esta la tendencia acogida a nivel de instrumentos internacionales y estatales.

7. KELSEN, H. 1982: Teoría Pura del Derecho. Traducción de la 2.^a ed. en alemán, por R. J. Vernengo. México: Universidad Nacional Autónoma de México, 206.

Hoy en día ha cobrado auge el término Derecho propio de los pueblos y comunidades indígenas, concebido como una simbiosis relativamente equilibrada entre el mismo Derecho propio, el Derecho consuetudinario y el Derecho positivo⁸.

Desde nuestro punto de vista, los cuerpos normativos de los pueblos indígenas latinoamericanos gozan del carácter de sistemas jurídicos, inclusive antes de su consagración constitucional. No obstante, aún se observan tendencias contrarias, se puede citar el artículo 54 de la Ley 19253 de Chile, que establece normas sobre protección, fomento y desarrollo de los indígenas, crea la Corporación Nacional de Desarrollo Indígena y consagra: «La costumbre hecha valer en juicio entre indígenas pertenecientes a una misma etnia, constituirá derecho, siempre que no sea incompatible con la Constitución Política de la República».

Sin embargo, la discusión sobre el valor jurídico de las costumbres indígenas quedó saldada en el momento que la Asamblea General de las Naciones Unidas, en los artículos 34 y 40 de la Declaración de Derechos de los Pueblos Indígenas (2007), reconoció de manera universal que los órdenes normativos de estos grupos humanos son considerados sistemas jurídicos.

1.2. *Derecho consuetudinario y Derecho estatal (actualidades)*

La cuestión indígena, como se la conoce en la mayoría de países latinoamericanos, es asumida jurídicamente desde una perspectiva amplia, confrontando normas constitucionales e internacionales, doctrina y jurisprudencia, para facilitar su comprensión en las personas interesadas. Un ejemplo de tema complejo es el referido a los Derechos Fundamentales o Derechos Humanos desde una perspectiva universal en contraste con la perspectiva relativista.

La realidad indígena, presente en la mayoría de los Estados de Latinoamérica, ha sido, durante mucho tiempo, silenciada, ignorada, en los textos constitucionales de estos países; la pretendida homogeneidad cultural de las sociedades latinoamericanas era una ficción que contrastaba con la propia realidad social.

En Latinoamérica, únicamente 6 Estados reconocen en sus constituciones el pluralismo jurídico que representan en los sistemas jurídicos indígenas: Colombia, Perú, Bolivia, Ecuador, México, Venezuela. Las cuales vienen a reconocer tanto el Derecho como la propia jurisdicción indígena.

Los nuevos Estados latinoamericanos, surgidos en el siglo XIX tras lograr su independencia de España y de Portugal, adoptaron el modelo de Estado-nación liberal europeo. Las constituciones de estos nuevos Estados, de acuerdo con este modelo de Estado-nación, partían del principio de igualdad formal liberal, haciendo tabla rasa

8. TOLIMA. JURISDICCIÓN ESPECIAL INDÍGENA. 2005: Ejercicio del derecho propio, El caso del Tribunal Superior indígena de Tolima-CRIT. Colombia, Ibagué: Corporación Gestión y Desarrollo Ciudadano, 10.

de las diferencias. Con este reconocimiento se ha producido un cambio trascendental en el principio de igualdad, puesto que la tan mitificada igualdad ante la Ley deja de tener su fundamento en la uniformidad, entendiéndose que esta, para que sea efectiva, solo es posible reconociendo el derecho a la diferencia. Se pretendía fundamentar la construcción nacional a través de la homogeneización cultural impuesta por la sociedad dominante (blancos y mestizos). De ahí los procesos de aculturación y asimilación a los que los pueblos indígenas fueron sometidos.

A finales de la década de los años ochenta del siglo XX, las nuevas constituciones de los Estados latinoamericanos (o sus reformas) comenzaron a reconocer la diversidad étnica y cultural presente en sus territorios, y el derecho a la diferencia que representan los pueblos indígenas, incorporado al más alto nivel normativo, no se contraponen al principio de igualdad⁹. El reconocimiento de los derechos indígenas está estrechamente vinculado con los procesos de democratización de Latinoamérica.

En este proceso de juridicidad en el ámbito estatal de los derechos de los pueblos indígenas, ha tenido un papel importante el Convenio 169 de la OIT de 1989, que sustituye al Convenio 107 de 1957, abandonándose las políticas integracionistas con respecto a estos pueblos que este último Convenio preconizaba, sin embargo, resulta importante destacar que la Declaración de Derechos de los Pueblos Indígenas de NACIONES UNIDAS tardó más de dos décadas en aprobarse.

Así las cosas, el derecho a su propio Derecho resulta de la libre determinación o autodeterminación interna, y no está reñido con la integración nacional. La integración solamente se puede lograr, por un lado, reconociendo a los pueblos indígenas su identidad y todo lo que la misma representa y, por otro, en cuanto ciudadanos del Estado del cual forman parte, reconociendo su derecho de participación en la conformación de la voluntad nacional.

Para la libre determinación de los pueblos indígenas, tener el derecho a su Derecho indígena sería una importante mención a los derechos fundamentales del pueblo; para tal el estudio del Derecho consuetudinario indígena es interdisciplinar y, por tanto, puede ser analizado desde una perspectiva antropológica, sociológica, histórica y, por supuesto, jurídica.

El Derecho indígena es, efectivamente, Derecho, y su preservación resulta vital para la reproducción cultural de los pueblos indígenas, al igual que sucede con su lengua. Sin embargo, una vez determinado que el término Derecho indígena podría ser el más acertado, se nos plantea el problema de Perú, una vez que allí se alejó el término indígena y actualmente no se habla de comunidades indígenas, sino de comunidades campesinas — con lo cual no estamos de acuerdo—. Parece evidente, una vez que no queremos excluir dichas comunidades — indígenas, sin duda —, que debemos retomar el adjetivo consuetudinario, que muchos autores peruanos lo utilizan en sus ensayos para referirse a esta normatividad de las comunidades campesinas. Por tanto, y para

9. La igualdad para que sea real y efectiva no puede basarse en la uniformidad, sino en el respeto a la diferencia, a la diversidad.

concluir, creemos que el término más adecuado para referirse a los sistemas jurídicos indígenas es el de Derecho consuetudinario indígena, de esta forma se caracteriza este tipo de derecho y se circunscribe al caso concreto de los pueblos indígenas, diferenciándolo de otros sistemas normativos.

Merece especial atención el carácter dinámico del Derecho consuetudinario indígena; precisamente gracias a este dinamismo, a esta capacidad de adaptación y cambio, el Derecho consuetudinario indígena ha podido sobrevivir y continúa hoy en día vigente entre los pueblos indígenas.

Con el reconocimiento de la jurisdicción indígena surgen importantes vicisitudes en relación con los derechos humanos, que determinan algunos supuestos generalizadores del pensamiento liberal sobre la relación entre los derechos colectivos y los individuales.

El debate actual gira, en gran medida, en torno a la cuestión de la relación entre los derechos humanos individuales y los derechos colectivos, siendo cierto que parece ganar terreno la opinión de que el uso de los derechos humanos individuales solo puede realizarse plenamente en contextos sociales específicos y que, por lo tanto, su concepción como principios universales aplicables a los individuos en lo abstracto es insuficiente. La idea subyacente es que los derechos colectivos son instrumentales para la realización de los derechos individuales, que resulta ser la opinión de STAVENHAGEN¹⁰.

En este debate surge la opinión de KYMLICKA¹¹, que entre las protecciones externas y las restricciones internas ha llegado a ser una referencia central, una vez que da el ejemplo del derecho colectivo de la tierra —como medida de protección deben asegurar la existencia continua del pueblo, restringiendo la posibilidad de que los miembros individuales vendan sus tierras o las usen como garantía para créditos—.

KYMLICKA defiende el punto de vista liberal, en el cual los derechos colectivos (o diferenciados por grupo) pueden aceptarse cuando representan una protección externa, no colocando los intereses del grupo por encima del individuo.

El autor defiende que no puede aceptarse que las protecciones externas impliquen más bien un principio de justicia en las relaciones entre los grupos y buscan la protección en contra de decisiones tomadas por la sociedad mayor, y en contraste las restricciones internas implican el reclamo de un grupo para regular las relaciones entre sus miembros y de imponer restricciones sobre ellos, sin embargo, KYMLICKA reconoce que la línea que separa las protecciones externas y la restricción interna es frecuentemente de difícil definición.

10. STAVENHAGEN, R. 1994: «Indigenous Rights: Some Conceptual Problems». En Willem Assies y André J. Hoekema: *Indigenous Peoples' Experiences with Self-Government*. Copenhague: IWGIA y Universidad de Amsterdam.

11. KYMLICKA, W. 1995: *Multicultural Citizenship*. Oxford: Clarendon Press.

Cuanto al Derecho indígena actual, en palabras de STAVENHAGEN¹²: «puede contener elementos cuyo origen puede trazarse desde la época precolonial, y otros elementos de origen colonial, y como más que hayan surgido en la época contemporánea». Este dinamismo continúa, puesto que el Derecho indígena, como cualquier Derecho, debe responder a las necesidades sociales cambiantes.

Este análisis no puede desconocer su interrelación con el Derecho estatal, que se repercute en el pluralismo jurídico en Latinoamérica, una vez que no podemos entender el Derecho de los pueblos indígenas si no es en relación con el Derecho hegemónico estatal. No se dan, por tanto, en la práctica, en palabras de HAMEL¹³, campos separados con prácticas jurídicas aisladas y culturalmente puras, ambos sistemas jurídicos interactúan.

Rechazada actualmente por todos la consideración del Derecho indígena como un conjunto de normas ancestrales inmutables, provenientes de los incas, de los mayas o del resto de civilizaciones que habitaban América a la llegada de los españoles, parece evidente que el mismo se ha ido conformando a lo largo de esos siglos. De lo anterior se concluye que en la relación del Derecho indígena y el Derecho estatal se combinan resistencia, adaptación mutua y un sincretismo jurídico. Resistencia, nos dirá Tamayo¹⁴, del primero (Derecho indígena) frente aquellos elementos del segundo (Derecho estatal) que lo agreden, para, al mismo tiempo, existir una constante adaptación a aquel.

Uno de los autores más incisivos en explicarnos esta interrelación o interacción entre los sistemas jurídicos indígenas y los sistemas jurídicos estatales es, sin duda, Iturralde¹⁵. Este autor nos explica esta relación a través de lo que él denomina el uso de la Ley y el uso de la costumbre por parte de los pueblos indígenas:

El uso de la costumbre: «Los indígenas recurren a sus costumbres jurídicas —a su derecho consuetudinario— como una táctica para sustraer del impacto del régimen jurídico nacional algunos asuntos que consideran de su competencia exclusiva, o que quedan mejor protegidos al margen de tal régimen».

El uso de la Ley está muy presente entre los pueblos indígenas; el uso del sistema jurídico oficial que no es reciente (basta consultar el Archivo General de Centroamérica

12. STAVENHAGEN, R. 1999: «Derecho consuetudinario indígena en América Latina». En R. Stavenhagen y D. Iturralde (comps.): Entre la Ley y la costumbre. México: Instituto Indigenista Interamericano e Instituto Interamericano de Derechos Humanos, 27-46.

13. HAMEL, R. E. 1990: «Lenguaje y conflicto en el derecho consuetudinario y positivo». En R. Stavenhagen y D. Iturralde (comps.): Entre la ley y la costumbre. México: Instituto Indigenista Interamericano e Instituto Interamericano de Derechos Humanos, 205-230.

14. TAMAYO, E. 1997: «Derecho indígena en Honduras». En América Latina en movimiento, https://alainet.org/active/show_text.php3?key=206-.

15. ITURRALDE, D. 1993: «Usos de la Ley y usos de la costumbre; La reivindicación del derecho indígena y la modernización del Estado». En AA. VV.: Derecho, pueblos indígenas y reforma del Estado. Quito: Abya-Yala, 125-150.

—ciudad de Guatemala— o el de Indias —Sevilla—). Los pueblos indígenas siempre se empeñaron en salvar toda clase de limitaciones u obstáculos, mostrándose dispuestos a aprender la utilización de todos los mecanismos aprovechables del Derecho oficial.

Reconocemos que la ley y la costumbre se utilizan como tácticas o criterios de oportunidad para la consecución de sus demandas, intereses o derechos; consideramos que son estrategias de supervivencia de la propia comunidad que, con relación al Derecho, conllevarían una suerte de actitud dual, según se trate de relaciones intraétnicas o interétnicas. Sin embargo, ello no debe hacernos caer en la ingenuidad, nos recordará Hamel¹⁶:

Los mismos indígenas [...] recurren tanto a las normas y costumbres tradicionales como a la «ley», según su conveniencia y las ventajas comparativas que piensan obtener a través de cada uno de los sistemas. Sus estrategias son variables, sin embargo, no rebasan salvo excepcionalmente el marco de la asimetría general, características por las múltiples desventajas que sufren los grupos e individuos indígenas frente al aparato jurídico-administrativo, desventajas que incluyen la subordinación lingüística.

SÁNCHEZ BOTERO¹⁷ se refiere a la utilización positiva de las jurisdicciones indígena y la estatal, considerando que los pueblos indígenas vienen manejando la incorporación de derechos que el sistema hegemónico les impuso, así estos toman forma particular al apropiarlos. Los han hecho suyos como derechos externos porque valoran y protegen los derechos internos. El sistema interno no dispone siempre de la capacidad para moverse en el sistema externo con relación a algunos aspectos. Sin embargo, los pueblos indígenas saben que tienen que asumir las exigencias del sistema nacional externo. Cada uno ofrece ventajas y, por tanto, se refuerzan entre sí.

1.3. La mediación en el Derecho Penal indígena

Llegados a este punto, nos preguntamos: ¿existirá un sistema de enjuiciamiento autónomo de los pueblos indígenas de Latinoamérica? ¿Tendrían los pueblos originarios un catálogo de ilícitos y sanciones similares a los que poseemos los occidentales y, de esta forma, el sistema de enjuiciamiento de los sospechosos cómo sería?

Por razones de espacio, no podemos tratar este tema con la profundidad debida, los principios básicos sobre los cuales se estructura el Derecho Penal Oficial y las razones en virtud de las cuales dichos principios encuentran dificultades para que constituyan la base del ordenamiento punitivo amerindio. Es posible, y también necesario,

16. HAMEL, R. E. 1990: «Lenguaje y conflicto en el derecho consuetudinario y positivo». En R. Stavenhagen y D. Iturralde (comps.): Entre la ley y la costumbre. México: Instituto Indigenista Interamericano e Instituto Interamericano de Derechos Humanos, 216.

17. SÁNCHEZ BOTERO, E. 1999: La jurisdicción especial indígena. Bogotá: Procuraduría General de la Nación, 61.

otorgar a la costumbre el rango de primera fuente de los delitos y de las penas en los sistemas normativos indígenas porque la transmisión oral de los conocimientos, cultura y tradiciones sustituye los procedimientos escritos de información social propios de los sistemas occidentales. Se requieren mecanismos assemblearios de participación de todos los miembros de la comunidad a través de procesos de democracia directa.

La jerarquía judicial, si así podemos referirnos, sería el juez: sustituido por el cabildo o el consejo; el abogado: se encuentra plasmado en un lego que conoce las reglas y normas consuetudinarias; el fiscal: no existe porque la acusación puede proceder de la misma comunidad, del hechicero o del jefe.

Puesto esto, no podemos exigir la implantación del principio de legalidad penal, de sus garantías y manifestaciones, en ámbitos sociales con sistemas de vida, de cultura, de comprensión del existir cotidiano y trascendental tan diferentes a la concepción social, política y cultural del mundo occidental. Es la propia comunidad quien impone los enjuiciamientos, el catálogo de comportamientos humanos que se consideran delictivos y las correspondientes sanciones. De esta forma, el principio de igualdad adquiere una dimensión muy distinta en el ámbito jurídico-penal de los pueblos indígenas de Latinoamérica. El individuo es miembro de una determinada comunidad, siendo este pensamiento el que modifica notablemente la concepción de los derechos fundamentales y de las libertades públicas que a él, por el mero hecho de ser un ser humano, se le atribuyen.

La presunción de inocencia, el derecho a la defensa y al debido proceso en general necesitan, mediante estos parámetros, ser interpretados bajo una lectura diferente, pues los valores de la paz y del equilibrio social requieren que se tomen en consideración otros componentes supraindividuales de gran importancia.

Algunas características que manifiestan otros principios propios del sistema de infracciones y de sanciones de los pueblos indígenas, a ejemplo, tomamos en consideración el principio de culpabilidad. Los sistemas sociales arcaicos o primitivos se estructuran bajo una intensa cohesión del grupo, de tal forma que mantener la paz o el equilibrio entre las diversas familias se presenta como función rectora de toda la vida de la colectividad. En los sistemas indígenas, principios como la paz social y el mantenimiento de las fuerzas comunitarias en pugna son de gran relevancia, y así explican los principios de mediación y de fuerte prevención especial en el ámbito de la elección y de la imposición de la pena al infractor declarado culpable.

La mediación en el Derecho Penal indígena constituye una de las bases de su sistema jurídico merced a la clase de estructura social que impera en su seno. El Derecho Penal indígena es un Derecho de mediación, y el delito¹⁸, en las sociedades originarias de Latinoamérica, refleja el desvincular del grupo y la división social. Como consecuencia jurídica del delito, existe la pena que no pretende expresar un castigo de reprobación social, sino, sobre todo, restaurar el equilibrio de la vida social del grupo

18. Existen 3 delitos que suelen ser desconocidos en las legislaciones occidentales, tales como el delito de adulterio, de ociosidad y de brujería.

y alcanzar la paz destruida por el comportamiento del autor (Sentencia de la Corte Constitucional colombiana T-523/97, 15.10.97¹⁹, cuando establece el fundamento y razón de ser en determinadas sanciones en una y otra comunidad).

De esta forma, la imposición de una sanción afecta a toda la comunidad en su totalidad, y por esta razón en muchos ordenamientos punitivos indígenas la decisión de la pena a imponer constituye un auténtico proceso de negociación que se abre en direcciones distintas: la asamblea reúne a toda la comunidad para determinar la culpabilidad o inocencia del sujeto, e imponerle la pena en su caso; los diferentes tipos de clanes y familias tratan de llegar a un acuerdo sobre el tipo de sanción, su duración y forma de cumplimiento para evitar de esta forma las guerras ancestrales y mantener el orden en la comunidad (Sentencia de la Corte Constitucional Colombiana, T-349/96, 08.08.96, opiniones de peritos antropólogos que realizaron el estudio respecto a la comunidad embera-chamí). La segunda vía se lleva a cabo entre la misma comunidad (representada por las distintas autoridades) y por el condenado, se intenta siempre mantener la paz, se pretende incluso que el propio infractor quede conforme con la resolución de la asamblea para de esta forma poder alcanzar el orden y el equilibrio respecto de todos los miembros de la misma, incluyendo al delincuente, en suma, la función de la pena en los pueblos indígenas es que el infractor quede en paz consigo mismo y con su sociedad nativa, y por esta razón se rechazan aquellas penas que implican la separación del reo con su entorno natural.

Existen 3 delitos que suelen ser desconocidos en las legislaciones occidentales, tales como el delito de adulterio²⁰, de ociosidad y de brujería.

Existen muchas otras penas, pero queríamos referir la pena más grave, más severa, que no atenta contra la integridad física, sino que se concreta en la pena de expulsión de la comunidad, considerada tan dura porque su aplicación supone la muerte social del sujeto, su exclusión del poblado, significando para el indígena una ruptura total con toda su existencia anterior. Desde la cosmovisión, borrar de la memoria la existencia de un miembro del grupo puede significar una sanción más grave que sufrir un menoscabo de la integridad corporal o la pérdida de la propia vida: puesto esto, en muchos ordenamientos indígenas la pena de expulsión es concebida como la más grave de las consecuencias jurídicas que se pueden aplicar a un sujeto por la perpetración de un acto prohibido, tan solo está prevista para supuestos excepcionales, reincidencia del sujeto o por la misma entidad lesiva del hecho.

Hay que decir que aunque la pena de muerte está prácticamente abolida en la mayoría de los países latinoamericanos, subsiste en ciertos pueblos amerindios (en la

19. Sentencia de Tutela. T-523/97 de la Corte Constitucional, 15 de octubre de 1997, https://cor-te-constitucional.vlex.com.co/vid/-43561162?_ga=2.244252421.1692753945.1581027322-1322800423.1581027322.

20. Hoy en día, el adulterio sigue siendo un comportamiento castigado en la mayoría de los países musulmanes y en otros del área latinoamericana, como México; RICO, J. M. 1998: Crimen y justicia en América Latina. México: Siglo veintiuno editores, s.a. de c.v.

comunidad amazónica de los záparos la pena de muerte es la más común de las sanciones para los delitos graves). Esto se explica porque, en la medida que no existe la pena de prisión, los crímenes de mayor trascendencia como el homicidio, las agresiones sexuales o torturas son difíciles de amoldar a sanciones que produzcan un fuerte efecto de prevención general.

Por otra parte, debemos tener en cuenta que el proceso de aculturación de los pueblos indígenas se ha presentado en grados distintos, provocando que muchas etnias y comunidades pertenecientes a las mismas no resuelvan, como antes, todo tipo de conflictos²¹. Incluso puede darse el caso de encontrarnos con una comunidad que resuelva delitos graves, como pueden ser una violación o un asesinato, pero que la autoridad propia, por ejemplo, por razones de parentesco, no pueda entregar al presunto violador o asesino a la jurisdicción estatal. Se trata de relaciones dialécticas, en un marco en el que el Derecho indígena y el Derecho oficial se rechazan, se niegan, se influyen, se complementan y hasta se definen recíprocamente, concepto este relacional del derecho indígena, como afirma YRIGOYEN²²: «Lo que los indígenas perciben como suyo frente al Derecho estatal u otros sistemas, en un determinado momento histórico».

Así las cosas, reconociendo este dinamismo, esta adaptabilidad del Derecho indígena a la realidad, ello no significa que ciertos elementos de este Derecho, de su contenido —la esencia de la normatividad—, que están intrínsecamente unidos a la propia identidad de los pueblos indígenas, no hayan permanecido con el paso del tiempo. El núcleo duro del Derecho indígena que permanece, en cierto modo, inmutable hace que este Derecho tenga una visión cosmológica —destacando la estrecha vinculación del indígena con la tierra—, valores como la solidaridad, la reciprocidad o el carácter comunitario, entre otros elementos.

A título de conclusión ¿sería más justo aplicar su propio derecho o recurrir al ordenamiento punitivo estatal? El ordenamiento originario debe respetar unos mínimos en el marco del reconocimiento y tutela de los derechos humanos: salvaguarda de la vida y de la integridad física; en la prohibición de la esclavitud y de la tortura, y en el acatamiento de los fundamentos de las reglas básicas del debido proceso. Puesto esto nos parece más adecuado y conveniente que se tomen en consideración las normas vigentes propias de la tradición y costumbres de los pueblos indígenas de Latinoamérica. No estamos de acuerdo, obviamente, y en el siglo XXI, con castigar a una persona a sufrir 40 latigazos, etc., sin embargo, la pena privativa de libertad no cumple ninguno de los fines que persigue el Derecho Penal indígena, mientras estas otras, mismo acarreado una carga ritual, muestran una idoneidad para alcanzar los principios de prevención especial, de reciprocidad, equilibrio y salvaguarda de la paz social, como

21. WRAY, A. 1993: «El problema indígena y la reforma del Estado». En Derecho, pueblos indígenas y reforma del estado. Quito: Abya-Yala, 11-61.

22. YRIGOYEN, F. R. 1999: Pautas de coordinación entre el derecho indígena y el derecho estatal. Ciudad de Guatemala: Fundación Mirna Mack, 30.

siendo los objetivos fundamentales de este sistema. Cuanto al principio de humanidad de las penas, y el concepto de humanidad, encontraríamos distintas valoraciones en una y en otra cultura, y dejamos, en este punto, una cuestión, ¿seríamos capaces de entender el mundo de algunas civilizaciones desde su concepción cultural, y aceptaríamos sanciones que parecen inhumanas, pero que en realidad lo son menos que las penas privativas de libertad? Cuanto a la codificación del Derecho consuetudinario indígena, al tratarse de un Derecho consuetudinario (no escrito) de carácter dinámico, la codificación de las normas indígenas plantea un problema, a nuestro juicio, todavía hipotético, que reside en la diversidad de los sistemas jurídicos indígenas. Podemos pensar en el gran número de etnias existentes en Latinoamérica, y que cada comunidad indígena difiere de otra —aun perteneciendo a una misma etnia— en la aplicación de sus costumbres jurídicas, lo que conllevaría miles de códigos o reglamentos que tendrían que elaborarse.

Así las cosas, no consideramos que los sistemas jurídicos indígenas deban ser codificados, en parangón al Derecho positivo estatal —no obstaculiza el reconocimiento de la utilidad de recopilaciones, como las actas de los casos concretos resueltos por las autoridades indígenas—. Estas recopilaciones no deben confundirse con códigos de leyes directamente aplicables, una vez que seguirán siendo aplicables las costumbres jurídicas indígenas, transmitidas oralmente de generación en generación, con su dinamismo característico.

A esta conclusión llegó, entre otros, DURAND²³: «No sugieren bajo que técnica jurídica sería posible mantener a este sistema de derecho». Critica a algunos autores, tales como STAVENHAGEN y HAMEL²⁴, a título de ejemplo, que defienden, respectivamente: «Una posible codificación del derecho consuetudinario tendría la desventaja de despojarlo precisamente de su naturaleza dinámica y flexible, en la cual reside su utilidad para los pueblos indígenas» y «Significaría o significa de hecho, trasladar una parte sustancial de las prácticas étnicas al terreno de la cultura occidental». Puesto esto, DURAND fija su atención en el Common Law inglés para que se recojan en documentos escritos los casos concretos resueltos por la jurisdicción indígena.

23. DURAND ALCÁNTARA, C. H. 1998: Derecho nacional, derechos indios y derecho consuetudinario indio. Los Triquis de Oaxaca, un estudio de caso. México: Universidad Autónoma Chapingo y Universidad autónoma Metropolitana, 280.

24. STAVENHAGEN, R. 1990: «Derecho consuetudinario indígena en América Latina». En R. Stavenhagen y D. Iturralde (comps.): Entre la ley y la costumbre. México: Instituto Indígena Interamericano de Derechos Humanos, 43; HAMEL, R. E. 1990: «Lenguaje y conflicto en el derecho consuetudinario y positivo». En R. Stavenhagen y D. Iturralde (comps.): Entre la ley y la costumbre. México: Instituto Indigenista Interamericano e Instituto Interamericano de Derechos Humanos, 25.

Por su parte, TAMAYO FLORES²⁵ presenta el «caso boliviano de los Guaraní-izozeño y de los yuracaré — en que gran parte de los procedimientos de administración de justicia son registrados de forma escrita».

Puesto esto, no cabe duda de que la escritura está siendo utilizada por los pueblos indígenas, y NÚÑEZ PALOMINO²⁶ señala como primera característica del Derecho comunal andino el que este combine la escritura (estatuto interno, acuerdos alcanzados en asambleas generales) con la oralidad (principios y valores tradicionales y en la consecución de acuerdos). Esta recopilación escrita de actas de acuerdos o de resolución de casos concretos también la están implementando algunos pueblos en sus sistemas en la forma de Derecho positivo con la ayuda de asesores no indígenas —a título de ejemplo, tenemos los reglamentos internos de las comunidades indígenas Kunas²⁷ en la comarca Kuna Yala de Panamá—.

1.4. *Los Derechos Humanos y las leyes indígenas*

La tercera generación de derechos humanos, conformados por los denominados derechos de los pueblos o de solidaridad, surge en nuestro tiempo como respuesta a la necesidad de cooperación entre las naciones, así como de los distintos grupos que las integran. Los derechos de los pueblos son la autodeterminación; la independencia económica y política; la identidad nacional y cultural; la paz; la coexistencia pacífica; la justicia social internacional; el uso de los avances de la tecnología, al igual que la solución de los problemas alimenticios, demográficos, educativos, ecológicos; derecho al medio ambiente; al patrimonio común de la humanidad; y al desarrollo que permita la vida digna.

Recordemos que los pueblos indígenas, al ser un colectivo que goza de la condición de pueblo, deberían disfrutar, sin más, de todos los derechos de la tercera generación. Pero, además, cada uno de los miembros de estos grupos étnicos, como personas individuales, no renuncia a los derechos humanos que integran el amplio catálogo del resto de generaciones.

25. TAMAYO FLORES, A. M. 1998: «Balance y perspectivas de la jurisdicción indígena y el derecho consuetudinario, a partir del contexto de vulnerabilidad que enfrentan los pueblos indígenas amazónicos». En C Yáñez (ed.): Normas y los otros: Avances en la afirmación de los derechos de los pueblos indígenas amazónicos. Lima: Defensoría del Pueblo, 131-202.

26. NÚÑEZ PALOMINO, P.G. 1996: «Derecho y comunidades campesinas en el Perú 1969 — 1988». Lima: Centro de Estudios Regionales «Bartolomé de las casas» y Centro Ocupacional «Jesús Obrero», p.30

27. Los Kunas son un pueblo amerindio localizado en Panamá y Colombia. Esta etnia ha aparecido en medios internacionales, al ser uno de los primeros pueblos que podrían ver afectada de manera drástica su vida por el cambio climático.

En definitiva, en relación con nuestro objeto de estudio, se debe tener presente que exaltar el particularismo generalmente ocasiona una objeción de los derechos humanos y ciudadanos, al ser considerados como una manifestación patente del imperialismo cultural. Desde ese punto de vista, solo hay un paso a la defensa de formas convencionales de arbitrariedad, injusticia y explotación, sustentadas en el razonamiento que las considera modelos propios y particulares, avalados por la tradición, de modos de vida ajenos a la civilización europea occidental.

Finalmente, debemos decir que compartimos la idea que sostiene la existencia de una dimensión de la universalidad de los derechos humanos que no termina de materializarse, mediante el diálogo intercultural. Esta interlocución, si se realiza desde la igualdad de las partes, permitiría afinar con más precisión los aspectos decisivos de los derechos humanos, concernientes a todas las personas independientemente de la cultura a la que pertenezcan, y permitiría, además, establecer diferentes matices de ese núcleo, al personificarse en contextos culturales diversos. De esta manera, la particularidad cultural se convertiría no en enemigo de la universalidad de derechos, sino en su mediación, en aquello a través de lo cual se realiza.

Desde la perspectiva del Derecho procesal, se debe entender que todo juez, que juzga y hace ejecutar lo juzgado, se presentará, en primer lugar, como titular o sujeto activo de los derechos fundamentales. De este modo, concebir al juez como una persona y ciudadano titular de derechos nos hace entender que lo que está garantizando no es algo que le sea extraño, sino que es algo inherente a la condición humana y a la comunidad política de la que forma parte.

El juez es un sujeto pasivo, en otras palabras, sujeto de una obligación de respetar los derechos, y se presenta como objeto del derecho fundamental. Se deduce que, dada su magistratura, está en situación de quebrantar los derechos de los particulares y figuras como el amparo constitucional están presentes en los ordenamientos jurídicos para subsanar cualquier violación u omisión. Una falsa apreciación de los derechos fundamentales por parte del juez los dejaría desamparados y al proceso con falta de eficacia. El derecho a la tutela judicial efectiva es la máxima expresión de la concepción del juez como objeto de derecho voluntario y que no implique imposición o transgresión cultural²⁸. Consideramos que los tres enfoques de la función del juez como protector de los derechos fundamentales, según lo prevén el Convenio n.º 169 de la OIT y las legislaciones nacionales, no escapan a las autoridades indígenas cuando ejercen su potestad de administrar justicia. Esto independientemente de que la figura de esa categoría de derechos esté presente en la cosmovisión de esos pueblos; de allí que se otorgue a los tribunales constitucionales de cada país la labor de observación, revisión y control de las decisiones de la jurisdicción especial indígena, cuando se sospeche de una violación a los derechos humanos universales.

28. CRUZ VILLALÓN, P. 2003: «El juez como garante de los derechos fundamentales». En Constitución y Poder Judicial. XXV Aniversario de la Constitución de 1978. Madrid: Consejo General del Poder Judicial, 31-32.

1.5. Los convenios de la Organización Internacional del Trabajo (OIT) sobre pueblos indígenas

Durante el siglo XX, los Estados han suscrito diversos tratados o convenios vinculados al reconocimiento de la existencia y derechos de los pueblos indígenas, en algunos casos en el marco regional de los Estados de América y en otros en el contexto del sistema de protección universal de la OIT, habiendo sido estos últimos el Convenio n.º 107, «Convenio relativo a la Protección e Integración de las Poblaciones Indígenas y de otras Poblaciones Tribales y Semitribales en los Países Independientes», y el Convenio n.º 169.

La OIT, tal como se ha indicado anteriormente, revisó el Convenio n.º 107 y el 27 de junio de 1989 adoptó el Convenio n.º 169. Esta nueva concepción de las relaciones Estado-pueblos indígenas, que refleja el indicado Convenio 169 de la OIT, es consecuencia de todo un proceso de cambio que se inició en los años 70. En este Convenio no solo se hace un reconocimiento de la autonomía de los derechos indígenas, sino también de la jurisdicción indígena, entendida esta como la impartición de la justicia por los propios indígenas (artículo 7.2). Respecto al contenido del Convenio 169, debe señalarse que recoge y reconoce una amplia gama de derechos colectivos de los pueblos indígenas, prestando una especial atención a las relaciones entre el Derecho consuetudinario indígena y el sistema jurídico estatal.

En la misma línea establecida por el Convenio n.º 107 sobre el derecho de la autonomía indígena limitada en materia de solución de conflictos en base a su derecho consuetudinario, el artículo 8.2 del Convenio n.º 169 de la OIT²⁹.

GALVÁN³⁰, tomando como base la complejidad de Edgar MORIN, describe las características de este reconocimiento del Derecho y la jurisdicción indígena: Reconocimiento de la originalidad, por cuanto el Derecho indígena existe como sistema original de los pueblos indígenas; Reconocimiento de la complementariedad, puesto que el Derecho indígena coexiste con el Derecho estatal; Reconocimiento de las contradicciones, al prescribir que el derecho y la jurisdicción indígena serán respetados en la medida que no resulten incompatibles con los derechos humanos.

Respecto a esta última característica, HOEKEMA³¹ comenta que «el quid de la cuestión es precisamente el reconocimiento de sistemas distintos hasta contrarios de derecho y de autoridad», para este autor el Convenio 169 de la OIT «no va más allá de este tipo de pluralismo jurídico unitario».

29. Puede consultarse el Convenio 169 de la OIT, en Compendio de legislación para los pueblos indígenas y comunidades nativas, 2000, pp. 31-54.

30. GONZÁLEZ GALVÁN, J. A. 2000: «El reconocimiento del derecho indígena en el Convenio 169 de la OIT». En J. E. O. Ordóñez Cifuentes (coord.): Análisis interdisciplinario del Convenio 169 de la OIT. México: IX Jornadas Lascasianas, UNAM, 84-94.

31. HOEKEMA, A. 1998: «Hacia un pluralismo jurídico formal de tipo igualitario». América Indígena, 1998, vol. LVIII, n.º 1 y 2: 279.

Puesto esto, el Convenio 169 de la OIT, siendo un instrumento internacional, una vez ratificado pasa a ser ley nacional, sirve de base a las sucesivas reformas constitucionales que, en materia de derechos indígenas, van teniendo lugar en Latinoamérica. Resta referir que, al margen de los derechos indígenas que reconoce, el referido Convenio es especialmente importante por cuanto engendra auténticas obligaciones jurídicas para los Estados que lo ratifican, en contraposición a la Declaración de las Naciones Unidas sobre los Derechos de los Pueblos Indígenas.

A título de conclusión, debe procederse, en aquellos Estados que han reconocido los sistemas jurídicos indígenas, a la aprobación de una ley de coordinación o articulación entre el sistema jurídico estatal y los sistemas jurídicos indígenas; ley que deberá, cuando menos, determinar la competencia de la jurisdicción indígena, establecer mecanismos para resolver los conflictos positivos de competencia entre la jurisdicción estatal y la indígena. Deberá esta ley prescribir que las violaciones de los derechos humanos por parte de la jurisdicción indígena serán resueltas por el Alto Tribunal del país (Tribunal, Corte o Sala constitucional) y subrayar las formas simples de reconocimiento de las decisiones y resoluciones indígenas.

La democracia implica el reconocimiento del pluralismo, sea político, religioso, étnico-cultural o bien jurídico, por ello, los Estados latinoamericanos deben reconocer constitucionalmente la diversidad étnica y cultural que representan sus pueblos indígenas. Este reconocimiento implica una serie de derechos colectivos de estos pueblos, entre los cuales debe incluirse el derecho a su propio Derecho y jurisdicción, caso contrario no podrían ser calificados estos Estados como democráticos.

América destaca por el masivo reconocimiento del pluralismo jurídico por parte de Bolivia, Perú, Ecuador, Colombia y México, quienes se acogen al convenio 169 de la OIT y modifican sus legislaciones para dar cabida y reconocimiento, muchas veces de rango Constitucional a las formas de administrar justicia de sus comunidades indígenas. Del mismo modo, todos estos países anteriormente enunciados coinciden en que el límite a tales costumbres son los Derechos Humanos contenidos en instrumentos internacionales y sus legislaciones internas.

El Estado boliviano, es la caracterizado por ser un Estado jurídicamente plural — Estado Plurinacional de Bolivia. A partir de la reforma constitucional de 1994 en Bolivia, se visibilizó a los pueblos indígenas reconociéndose sus derechos, inicialmente de manera reservada y con limitaciones establecidas inclusive por las leyes y no solo por la Constitución. Con la aprobación y puesta en vigencia de la Constitución Política del Estado de 7 de febrero de 2009, Bolivia se declara como un Estado unitario social de Derecho, intercultural, comunitario, plurinacional, que se funda en la pluralidad y pluralismo político, económico, jurídico, cultural y lingüístico; asimismo, reconoce expresamente la jurisdicción indígena originaria campesina a la cual coloca en igualdad jerárquica con las jurisdicciones ordinaria y agroambiental. Puesto esto, se reconoció la comprensión de la existencia de diversos órdenes jurídicos en el espacio geográfico de Bolivia.

Puesto esto, la primera Constitución que expresamente alude al pluralismo jurídico (art. 1)³² y a los sistemas jurídicos de las naciones y pueblos originarios indígenas (art. 30.II.14)³³ es la Constitución Boliviana de 2009. La consideramos un hito en este tema, una vez que los tabúes dejan de existir, y deseamos que otros Estados sigan su ejemplo y reconozcan un pluralismo jurídico de tipo igualitario con relación a los sistemas jurídicos indígenas y los Estados.

Por ende, el pluralismo jurídico debe ser estudiado tanto en las ciencias sociales como en las jurídicas, y ha adquirido en los últimos años un protagonismo que crece a cada día en la disciplina constitucional, siendo que las próximas reformas o promulgaciones de nuevas cartas magnas latinoamericanas reconozcan también los sistemas jurídicos de los pueblos indígenas.

2. ESFERAS PÚBLICAS PLURALIZADAS

Cuando los pueblos indígenas reclaman su autonomía y autodeterminación, se encuentran con un rival de doble cara, el Estado, siendo este su adversario e interlocutor a la vez, una vez que las exigencias indígenas buscan una participación autónoma en un sistema político democratizado, no dejando de lado el aspecto de la identidad y la manera en que esta queda reformulada a través de su interacción con la sociedad dominante. Se abre la puerta de la ambigüedad y crítica tanto en relación con la sociedad dominante como con la sociedad indígena misma. Es precisamente esta doble cara la que alimenta los procesos de reorganización étnica que, hasta ahora, han estado caracterizados en buena medida por relaciones de poder dispares, sin embargo, el reconocimiento de la multiétnicidad y del pluriculturalismo extiende la promesa de un diálogo en condiciones más igualitarias.

La autodeterminación y la autonomía indígenas constituyen problemas particulares, pues están enraizadas en una línea de derechos inherentes que acuden a aquellos pueblos que existían antes de la formación de los Estados actuales.

Surge una gran barrera a la hora de detenernos en la idea de dar a los pueblos lo que se les debe como forma de reconocimiento de los derechos inherentes o históricos de los pueblos indígenas, y la necesidad de protección de los que son más vulnerables en el proceso de desarrollo o los basados en el bien común, que instrumentalizan la diversidad cultural como una manera de proteger la biodiversidad.

El reconocimiento del pluriculturalismo y de la multiétnicidad en las constituciones de Latinoamérica encierra el derecho del reclamo de la autodeterminación y el deseo de los pueblos indígenas de una transformación selectiva de sus culturas de acuerdo con su propia normatividad y reglas, la movilización como pueblo indígena per se implica

32. Constitución Boliviana de 2009.

33. Constitución Boliviana de 2009.

la reflexividad. Consideramos la reforma y la reconfiguración de los Estados latinoamericanos un proceso continuo impulsado por la necesidad del ajuste a un orden global mutante, bien como de la relegitimación del Estado mediante los procesos de democratización y la búsqueda de un nuevo pacto social. Los resultados de este proceso no se pueden antever, sin embargo, esta reconfiguración implica claramente una desviación del modelo del Estado-nación.

Esto provee el contexto para el reconocimiento del pluralismo y de la participación indígena en el Estado y sus instituciones, por un lado, y el respeto para con la autonomía de las instituciones indígenas, por el otro, siendo este un pacto difícil de conseguir, debido a que el pluralismo solo puede realizarse en un entorno democrático que conduzca al diálogo intercultural y a la responsabilidad mutua, para así evitar una caída hacia fundamentalismos. El Derecho quizá sea un instrumento, pero no puede sustituir a otros mecanismos.

A la hora de hablar de pluralismo jurídico mencionamos que los sistemas indígenas son igualmente dignos de respeto, no implicando un juicio sobre su valor intrínseco, pues el valor de los sistemas no puede establecerse por derecho o, como argumentarían los relativistas radicales, a priori con base en el argumento de que todo tiene el mismo valor³⁴. Al mismo tiempo debemos reconocer que carecemos de una norma simple y universalmente acordada para tales juicios de valor y que es aquí donde entran el diálogo intercultural y las condiciones que lo facilitan: la democracia, el respeto y la dignidad en todas sus dimensiones.

Para FRASER³⁵, el reconocimiento de la pluralidad implica una nueva conceptualización de la esfera pública, en vez de una sola esfera pública, el reconocimiento de la pluralidad apunta hacia una fragmentación en una diversidad de esferas públicas que funcionan de acuerdo con distintos usos y costumbres.

2.1. El «Caso del fueite» – Colombia

En las últimas décadas hemos asistido a un creciente reconocimiento constitucional del carácter multiétnico y pluricultural de las sociedades latinoamericanas, reconocimiento que se sustenta en la ratificación del Convenio 169 de la Organización Internacional del Trabajo (OIT).

34. TAYLOR, C. 1994: *Multiculturalism; Examining the Politics of Recognition*. New Jersey: Princeton University Press.

35. FRASER, N. 1992: «Rethinking the Public Sphere: a Contribution to the Critique of Actually Existing Democracy». En C. Calhoun: *Habermas and the Public Sphere*. Cambridge MA: MIT Press.

Un artículo de YRIGOYEN³⁶ sobre el reconocimiento constitucional del derecho indígena en los países andinos nos proporciona el interés para indagar sobre el alcance del reconocimiento del Derecho indígena, así como pautas para la comparación. El autor distingue entre el objeto del reconocimiento y respeto (por ejemplo, procedimientos y normas, autoridades y funciones jurisdiccionales propias), el titular (o sujeto) del derecho (por ejemplo, las comunidades o pueblos indígenas) y la delimitación de las competencias (territoriales, materiales y personales).

Para establecer los límites de la jurisdicción indígena en varias constituciones se utiliza la fórmula de que esta no puede entrar en contradicción con la Constitución y las leyes. Esto suscita un dilema reconocido por la Corte Constitucional Colombiana a través de la Sentencia de tutela³⁷ T-349 de 1996. Se estudiaron los límites fijados para el ejercicio de las facultades jurisdiccionales conferidas de manera potestativa a las autoridades de las comunidades indígenas, a la luz del principio de la diversidad cultural, y como la Constitución se refiere de manera general a la Constitución y la ley como parámetros de restricción, resulta claro que no puede tratarse de todas las normas constitucionales y legales, de lo contrario, el reconocimiento a la diversidad cultural no tendría más que un significado retórico³⁸.

La Corte consideró que en situaciones típicamente internas en las cuales todos los involucrados pertenecen a la comunidad y comparten, en principio, la misma tradición y los hechos ocurrieron en el territorio de la misma, el principio de maximización de la autonomía adquiere gran relevancia por tratarse de relaciones de cuya regulación depende en gran parte la subsistencia de la identidad cultural y la cohesión del grupo. Por lo tanto, los límites a las formas en las que se ejerce este control interno deben ser los mínimos aceptables, y para lograr tal acercamiento a la especificidad de la organización social los jueces pueden hacer uso de diversas herramientas tales como las inspecciones judiciales, el peritaje antropológico, la consulta de literatura o la consulta de las autoridades y miembros del pueblo indígena, quienes a final de cuentas son los mejores conocedores e intérpretes de su cultura. Tras la adopción de la Constitución

36. YRIGOYEN, F. R. 1999: «El reconocimiento constitucional del derecho indígena en los países andinos». En W. Assies, G. Van Der Haar y A. Hoekema (eds.): El reto de la diversidad; pueblos indígenas y reforma del Estado en América Latina. Zamora, Mich.: El Colegio de Michoacán, 343-380.

37. La «acción de tutela» es un simple procedimiento judicial introducido por la nueva Constitución colombiana (art. 86) mediante el cual se puede denunciar cualquier violación de los derechos constitucionales y un fallo debe ser emitido por el juez o tribunal donde se registra la queja dentro de diez días. La responsabilidad por las pruebas recae en el supuesto violador del derecho constitucional (consultar: LOZANO TADEO, J. U. 2001: Constitución política de Colombia: acompañada de extractos de las sentencias de la Corte Constitucional. Colombia: Corte Constitucional.

38. SÁNCHEZ BOTERO, E. 1998: Justicia y pueblos indígenas de Colombia. Bogotá: Universidad Nacional de Colombia, UNIJUS.

de 1991 el Instituto Colombiano de Antropología fue comisionado para estudiar los sistemas jurídicos indígenas a fin de capacitar a los magistrados en esa materia.

En el estudio de PERAFÁN³⁹, el primer fruto de este proyecto, sobre los sistemas Jurídicos Paez, Kogi, Wayúu y Tule, el autor sugiere clasificar los sistemas de resolución de conflicto no estatales desde el punto de vista de la autoridad, por un lado, y de los procedimientos, por el otro, evidenciando una variedad de configuraciones institucionales y procesales indígenas. La estrategia detrás del reconocimiento constitucional de la jurisdicción indígena fue la de retener solo el sistema nacional y el de los pueblos indígenas a fin de cubrir espacios perdidos ante los otros elementos del sistema múltiple que no caben dentro del ordenamiento jurídico y que el sistema nacional históricamente ha sido incapaz de controlar (por ejemplo, los grupos armados).

Con estas informaciones, PERAFÁN consigue esbozar los rasgos de la jurisdicción indígena, que comprende cuatro sistemas: el segmentario, el de autoridades permanentes, el mágico-religioso y el de compensación. En lo que se refiere a las autoridades, PERAFÁN distingue: los sistemas que cuentan con autoridades permanentes (sistemas comunales y religiosos) y los que no (sistemas segmentarios)⁴⁰. En los sistemas de compensación directa⁴¹ no existen autoridades, pero puede haber mediadores (grupos armados cuya autoridad no es permanente sino presencial).

Para este apartado nos interesa presentar el sistema de las autoridades permanentes, a través de un procedimiento distinto, el famoso «Caso del Fuede» (Sentencia T-523 del 1997) ilustra tal procedimiento. Al mismo tiempo esto permite revelar algo de la dinámica judicial entre los Paeces del Departamento del Cauca y proporciona un punto de partida para una reflexión sobre el reconocimiento de la autonomía indígena. Los Paeces son un sistema de autoridades permanentes, apoyado por una asamblea general, que domina a los sistemas segmentario, mágico-religioso y de compensación. Las autoridades son elegidas anualmente por un Cabildo indígena, órgano de elección

39. PERAFÁN, S. C. C. 1995: *Sistemas Jurídicos Paez, Kogi, Wayúu y Tule*. Bogotá: Instituto Colombiano de Antropología-COLCULTURA.

40. La organización social de los Nuer descrita por Evans-Pritchard (1969) es el ejemplo clásico de un sistema segmentario.

41. Entre los Wayúu, a título de ejemplo, predomina un sistema de compensación directa en que las negociaciones entre los segmentos de los matrilineajes en conflicto pueden ser mediadas por palabreros (el «palabrero» es una persona de gran prestigio e idealmente debe ser versado en la tradición oral, elocuente, serio, desinteresado y honesto y debe poseer experiencia exitosa en casos de conflictos anteriores) para evitar que se agraven y lleguen a la guerra o las luchas interfamiliares. El sistema funciona a través de una lógica de reciprocidades orientada por un ideal cultural que puede ser definido a partir del concepto de aná/«estar bien»/«en armonía», este concepto implica un profundo sentimiento de pertenencia al pueblo por encima de las contradicciones y conflictos entre los segmentos de su sociedad. La cohesión del sistema obedece a una lógica de alianzas segmentarias basadas en criterios de territorialidad, reciprocidad e intereses geopolíticos y económicos.

39 PERAFÁN, S. C. C. 1995: *Sistemas Jurídicos Paez, Kogi, Wayúu y Tule*, op. cit., 47-118.

popular. Se estima que este sistema garantiza la representación equitativa de las unidades residenciales de vecindario.

En el «Caso del fuate», la Corte Constitucional revisó dos fallos de juzgados inferiores en las cuales se concedió la tutela a Francisco Gembuel, que había sido condenado por la Asamblea General de la Asociación de Cabildos Indígenas del Norte del Cauca por estar involucrado en el asesinato en agosto de 1996 de Marden Arnulfo Betancur, el alcalde del municipio de Jambaló. Dos días después del asesinato, los gobernadores de los cabildos indígenas de la zona del Norte del Cauca decidieron investigar y sancionar a los responsables de este asesinato. El primer paso fue ordenar la aprehensión de Francisco Gembuel y cinco personas más, a quienes se les acusaba de haber propiciado la muerte del alcalde, por haberlo señalado ante la guerrilla como paramilitar y por haberlo acusado de malversación de fondos públicos. Se acordó también que, una vez capturados, serían trasladados al municipio de Toribío, para evitar posibles venganzas contra ellos.

Cumplidos estos procedimientos, la comisión convocó la celebración de una Asamblea General para presentar a la comunidad las conclusiones de la investigación, sin embargo, el día anterior a la convocatoria un periódico local publicó un artículo indicando que un grupo guerrillero aceptó la responsabilidad del asesinato.

Gembuel inició una acción de tutela contra el gobernador del Cabildo de Jambaló y contra el presidente de la Asociación de Cabildos Indígenas del Norte del Cauca, con el argumento de que las autoridades indígenas no habían tomado en cuenta que el grupo guerrillero había asumido la responsabilidad del asesinato. Además, argumentó que se violó su derecho al debido proceso, en primer lugar, porque las pruebas obtenidas se mantuvieron en secreto y fue imposible controvertirlas; en segundo lugar, porque las personas que realizaron la investigación eran sus adversarios políticos, y, en tercer lugar, porque la comunidad indígena no debería ser quien juzgara su conducta porque, en su opinión, no existía tradición ni uso o costumbre relacionados con el juzgamiento del delito de homicidio. Según Gembuel estos casos siempre fueron trasladados a la justicia ordinaria. Solicitó, en consecuencia, ordenar a las autoridades indígenas abstenerse de convocar a la Asamblea y rendir el informe de la investigación. Cinco días después, y sin que el juez de tutela se hubiera pronunciado, se realizó en el municipio de Jambaló la Asamblea de la Zona del Norte. Allí se presentaron las actas de la investigación y las conclusiones de la comisión y se permitió a los sindicatos rendir sus descargos. Gembuel, por su parte, no quiso controvertir lo afirmado por los testigos, y simplemente manifestó que había interpuesto una acción de tutela para proteger su derecho de defensa y que tan solo acataría lo que se dispusiera en ese proceso.

Finalmente, la plenaria de la Asamblea decidió que Gembuel era culpable y le condenó a 60 fuetazos, expulsión y pérdida del derecho a elegir y ser elegido para cargos públicos y comunitarios. Sin embargo, al momento de proceder a la ejecución de la pena del fuate, los familiares de Gembuel y algunos otros iniciaron un gran desorden y se suspendió la ejecución de la sanción.

Mientras tanto, un Juzgado local estaba tramitando la acción de tutela interpuesta por Gembuel y finalmente concedió la tutela. Si bien reconoció la competencia de la comunidad indígena para adelantar el proceso, consideró que el derecho de defensa había sido violado, y las sanciones impuestas ponían en peligro la vida e integridad personal de Francisco Gembuel. Ordenó, en consecuencia, dejar sin efecto la decisión de la Asamblea de la Zona del Norte del Cauca y reabrir la investigación realizada por las autoridades indígenas. Unas semanas después, en febrero del 1997, este fallo fue confirmado en segunda instancia.

La sanción, por su parte, será la única que podrá restaurar el equilibrio destruido, y al ser aplicada públicamente cumple una labor ejemplarizante y preventiva, que busca disuadir a los demás miembros de la comunidad de cometer faltas en el futuro y al acusado de reincidir.

Tomando en cuenta estas aclaraciones, la Corte procedió a revisar varios aspectos de la actuación de la Asociación de Cabildos: la competencia de la comunidad, la cuestión del debido proceso y la cuestión de la legalidad de las penas. Para la Corte el derecho al debido proceso constituye un límite a la jurisdicción especial, lo que implica el cumplimiento de reglas acordes con la especificidad de la organización social, política y jurídica de la comunidad de que se trate, y concluyó que el debido proceso se cumplió. Los familiares del difunto pidieron al Cabildo indígena que asumiera la investigación. Finalmente, la Corte consideró la legalidad de las penas impuestas, en primer lugar, la sanción de fuste y, en segundo lugar, la expulsión de la comunidad. En relación a la sanción de fuste se consideró que esta muestra la tensión entre dos tipos de pensamiento: el de la sociedad mayoritaria y el de la comunidad indígena Páez.

Frente a esta disparidad de visiones la Corte sustentó un argumento ya elaborado en su Sentencia T-349 de 1996, que en una sociedad pluralista ninguna visión del mundo debe primar y menos tratar de imponerse, y en el caso específico de la cosmovisión de los grupos indígenas, de acuerdo con los preceptos constitucionales, se exige el máximo respeto. Las únicas restricciones serían el derecho a la vida, la prohibición de la esclavitud y la prohibición de la tortura —se cuestiona si la sanción del fuste podía ser considerada una tortura, tal como lo habían sostenido los juzgados de primera y segunda instancia—.

Para llegar a una decisión la Corte revisó normas internacionales y consideró que el fuste consiste en la flagelación con «perrero de arriar ganado»⁴², que en el caso bajo

42. Para poder determinar si el «cepo» representa o no una tortura o, en su defecto, un trato inhumano o degradante, debemos ofrecer una definición del mismo y para ello, nos servimos del especialista Carlos César Perafán que lo describe del siguiente modo: «Consiste en dos maderos aserrados de 4" por 10" y 3,20 mts. de largo, con hasta 20 huecos cilíndricos de dimensiones pequeñas y grandes para acomodar los tobillos de personas de diferentes tamaños, de tal manera que en cada madero va la mitad de un cilindro, con el propósito de que, enfrentados los maderos, conformen los cilindros completos. Sobre el madero inferior se colocan las piernas, a la altura de los tobillos, para que el madero superior, al colocarse encima, coincidiendo los huecos, atrape al penado — dejándose flojo, con un poco de luz —, el cual no se puede soltar porque por dichos cilindros no le caben los pies. Los maderos están unidos por

consideración se ejecuta en la parte inferior de la pierna, produce aflicción, sin embargo, su finalidad no es causar un sufrimiento excesivo, sino representar el elemento que servirá para purificar al individuo, el rayo. Es una figura simbólica o, en otras palabras, un ritual que utiliza la comunidad para sancionar al individuo y devolver la armonía. La Corte estimó que el sufrimiento que esta pena podría causar al actor no reviste los niveles de gravedad requeridos para que pueda considerarse como tortura, pues el daño corporal que produce es mínimo. Tampoco podría considerarse como una pena degradante que humille al individuo groseramente delante de otro o en su mismo fuero interno, porque, de acuerdo con los elementos del caso, esta es una práctica que se utiliza normalmente entre los Paeces y cuyo fin es buscar que recupere su lugar en la comunidad. Al respecto, es significativo el hecho de que ninguno de los condenados, ni siquiera el propio demandante, cuestionara esta sanción.

En suma, en Colombia la Corte Constitucional funciona como instancia de apelación, desarrollando una jurisprudencia que funciona como sustituto de una ley de coordinación, siendo que la presentación de algunas ideas claves en la jurisprudencia de la Corte Constitucional colombiana y la manera de proceder de la misma abren una ventana sobre la diversidad de las formas de organización y los sistemas jurídicos indígenas como materia para discutir los dilemas que se presentan en el reconocimiento de la jurisdicción indígena. Una de las cuestiones que surgen en este marco es la de las antes mencionadas «Leyes de coordinación o complementariedad», las formas de delimitación de la jurisdicción indígena y su relación con el derecho estatal o positivo, sin embargo, los avances en esta materia han sido pocos. Por otro lado, el «Caso del fueite» en Colombia desencadenó controversia y debate respecto de los derechos humanos en el interior del movimiento indígena e intentos de desarrollar foros para indagar en las paradojas de apelar a los derechos humanos y estar acusados de violarlos.

El desafío para un nuevo orden democrático es el de promover la responsabilidad mutua entre las esferas públicas como un marco para el diálogo intercultural y la transformación reflexiva de las culturas locales, regionales, nacionales y globales como resultado de la incidencia de sociedades civiles locales, regionales, nacionales y globales, distintamente configuradas. En este contexto, la autonomía no constituye un aislamiento, sino una base para la participación en la definición y conformación del modelo multicultural regional, en el cual la autonomía puede ser disfrutada significativamente y donde puede prosperar. Al mismo tiempo, participar en debates sobre las políticas sociales, de desarrollo, de democracia, de justicia e infundirlas con propuestas y valores articulados por los movimientos de los pueblos indígenas.

un extremo con una bisagra y se aseguran por el otro con un candado». El «perrero» consta de un palo de rama de madera fina al cual se amarra una tira de entre 3-5 mm. de ancho, 1mm. de espesor y hasta 1,5 metros de largo, que no va trenzada» — Vid. PERAFÁN S.C.C. y AZCARATE, L. A. 1996: *Sistemas Jurídicos Tukano, Chamí, Guambiano y Sikuani*, Bogotá: Instituto Colombiano de Antropología, p.161 y 162.

3. CONCLUSIONES

Si bien el desarrollo de nuevas formas de participación indígena en el interior del Estado y sus instituciones es un aspecto importante del nuevo pluralismo, el respeto para con la autonomía de las instituciones indígenas constituye el otro componente crítico. El desafío más serio sería conjugar estos dos rasgos, pues implica una extensa reforma de las actuales estructuras del Estado y una revisión de los conceptos en que se basa. Es aquí donde hay que encarar el pluralismo en el sentido de la autodeterminación interna y del reconocimiento y acomodo de los derechos colectivos. La confluencia de las demandas, por un lado, de una estructura administrativa y un sistema judicial separado y distinto y, por otro, de territorio ha suscitado mucha controversia.

Cuando se introdujo el término pueblos en el Convenio 169 de la OIT, dio lugar a temores de que se pudiera crear algún instrumento internacional que apoyaría al secesionismo. La introducción de la noción de autodeterminación interna puede verse como un intento por desplazar el debate hacia la cuestión algo menos controvertida de los derechos colectivos. Sin embargo, esto no resuelve el problema de fondo, pues no define la distinción entre lo interno y lo externo, y dice poco acerca del alcance actual de la autodeterminación interna.

La Corte Constitucional colombiana busca maximizar la autonomía de los pueblos indígenas definiendo un núcleo intangible de derechos humanos y una noción de debido proceso según la cual los procedimientos y las penas deben ser razonablemente predecibles. Ahora bien, la Corte colombiana considera que los pueblos indígenas tienen el derecho constitucional de proteger la integridad de su cultura y que esto justifica restricciones internas en caso de que la supervivencia del grupo esté en juego⁴³. Están en juego las demandas territoriales, en el sentido de los recursos o incluso en cuanto hábitat, como el espacio en que rigen y pueden desarrollarse las estructuras políticas, sociales, económicas y legales indígenas. Las demandas indígenas para la autonomía representan claramente un desafío a las nociones actuales relacionadas con el monopolio sobre el uso de la violencia y de la soberanía del Estado. Ciertamente, la importancia que los pueblos indígenas atribuyen a sus propios modos de hacer la política y aplicar la justicia debe considerarse en relación con las deficiencias y prejuicios de los sistemas administrativos y aparatos judiciales nacionales.

El reconocimiento de la capacidad judicial de los pueblos indígenas suscita una serie de cuestiones, entre ellas la de no voluntariedad o el carácter obligatorio del sistema de justicia indígena y la cuestión de los límites al ejercicio de la jurisdicción indígena. Por otra parte, el actual reconocimiento formal es con mayor frecuencia más bien un intento de lograr una incorporación subordinada en el sistema nacional, en vez de un

43. Es una argumentación que no convence realmente porque implica que, cuando la supervivencia cultural no está en juego, las autoridades indígenas no podrían tomar medidas que restrinjan los derechos fundamentales liberales de sus miembros.

reconocimiento genuino del pluralismo o una amplia revisión de las normas y procedimientos legales que resulta de un diálogo con los pueblos indígenas.

Como expresión del verdadero reconocimiento del pluralismo jurídico y la voluntad para un diálogo intercultural, sería ideal introducir un sistema de apelación y considerar su composición mixta. Este diálogo trae consigo el reconocimiento de procedimientos, normatividades y reglas como el respeto para con los pueblos indígenas.

4. BIBLIOGRAFÍA

- BRONSTEIN, A. S. 1998: *Hacia el Reconocimiento de la Identidad y de los Derechos de los Pueblos Indígenas en América Latina: Síntesis de una Evolución y Temas para Reflexión*, convocado conjuntamente por el Organismo Judicial y la Corte Suprema de justicia de Guatemala. Equipo Técnico Multidisciplinario (ETM), Pueblos Indígenas, Organización Mundial del Trabajo [Online] <https://www.oit.or.cr/mdtsanjo/indig/bronste.htm>
- CABEDO MALLOL, V. 2012: *Pluralismo Jurídico y Pueblos Indígenas*. Barcelona: icaria, Editorial s.a.
- CRUZ VILLALÓN, P. 2003: «El Juez como Garante de los Derechos Fundamentales». En *Constitución y Poder Judicial. XXV Aniversario de la Constitución de 1978*. Madrid: Consejo General del Poder Judicial, 31-32.
- CUCHE, D. 2004: *La noción de cultura en las ciencias sociales*. Buenos Aires: Nueva Visión.
- DURAND ALCÁNTARA, C. H. 1998: *Derecho nacional, derechos indios y derecho consuetudinario indio. Los Triquis de Oaxaca, un estudio de caso*. México: Universidad Autónoma Chapingo y Universidad autónoma Metropolitana, 280.
- FRASER, N. 1992: «Rethinking the Public Sphere: a Contribution to the Critique of Actually Existing Democracy». En C. Calhoun: *Habermas and the Public Sphere*. Cambridge Ma: Mit Press.
- GONZÁLEZ GALVÁN, J. A. 2000: «El reconocimiento del derecho indígena en el Convenio 169 de la OIT». En J. E. O. Ordóñez Cifuentes (coord.): *Análisis interdisciplinario del Convenio 169 de la OIT*. México: ix Jornadas Lascasianas, Unam, 84-94.
- HAMEL, R. E. 1990: «Lenguaje y conflicto en el derecho consuetudinario y positivo», En R. Stavenhagen y D. Iturralde (comps.): *Entre la ley y la costumbre*. México: Instituto Indigenista Interamericano e Instituto Interamericano de Derechos Humanos, 25, 205-230.
- HOEKEMA, A. 1998: «Hacia un pluralismo jurídico formal de tipo igualitario». *América Indígena*, 1998, vol. Iiii, n.º 1 y 2: 279.
- ITURRALDE, D. 1993: «Usos de la Ley y usos de la costumbre; La reivindicación del derecho indígena y la modernización del Estado». En AA. VV.: *Derecho, pueblos indígenas y reforma del Estado*. Quito: Abya-Yala, 125-150.
- KELSEN, H. 1982: *Teoría Pura del Derecho*. Traducción de la 2.ª ed. en alemán, por R. J. Vernengo. México: Universidad Nacional Autónoma de México, 206.
- KYMLICKA, W. 1995: *Multicultural Citizenship*. Oxford: Clarendon Press.
- NÚÑEZ PALOMINO, P. G. 1996: *Derecho y comunidades campesinas en el Perú 1969-1988*. Lima: Centro de Estudios Regionales «Bartolomé de las Casas» y Centro Ocupacional «Jesús Obrero», 30.

- OLGUÍN MARTÍNEZ, G. 2000: Los Mecanismos de Control de la OIT en Materia de Derechos Indígenas (Aplicación Internacional del Convenio Número 169). México, D.F.: Ce-Acatl., 15-17.
- PERAFÁN, S. C. C. 1995: Sistemas Jurídicos Paez, Kogi, Wayúu y Tule. Bogotá: Instituto Colombiano de Antropología— Colcultura.
- PERAFÁN S.C.C. y AZCARATE, L. A. 1996: Sistemas Jurídicos Tukano, Chamí, Guambiano y Si-kuani, Bogotá Instituto Colombiano de Antropología
- RICO, J. M. 1998: Crimen y justicia en América Latina. México: Siglo veintiuno editores, s.a. de c.v.
- ROCHA, M. 1995: «El Estatuto de los 'Pueblos Indígenas' en el Derecho Internacional». En Derecho y Poder: la cuestión de las tierras y los pueblos indios. Chapingo: Universidad Autónoma de Chapingo, 53-54.
- SÁNCHEZ BOTERO, E. 1998: Justicia y pueblos indígenas de Colombia. Bogotá: Universidad Nacional de Colombia, Unijus.
- SÁNCHEZ BOTERO, E. 1999: La jurisdicción especial indígena. Bogotá: Procuraduría General de la Nación, 61.
- STAVENHAGEN, R. 1994: «Indigenous Rights: Some Conceptual Problems». En W. Assies y A. Hoekema: Indigenous Peoples' Experiences with Self-Government. Copenhagen: Iwgia y Universidad de Ámsterdam.
- STAVENHAGEN, R. 1999: «Derecho consuetudinario indígena en América Latina». En R. Stavenhagen y D. Iturralde (comps.): Entre la Ley y la costumbre. México: Instituto Indigenista Interamericano e Instituto Interamericano de Derechos Humanos, 27-46.
- TAMAYO, E. 1997: «Derecho indígena en Honduras». En América Latina en movimiento, https://alainet.org/active/show_text.php3?key=206-.
- TAMAYO FLORES, A. M. 1998: «Balance y perspectivas de la jurisdicción indígena y el derecho consuetudinario, a partir del contexto de vulnerabilidad que enfrentan los pueblos indígenas amazónicos». En C. Yáñez (ed.): Normas y los otros: Avances en la afirmación de los derechos de los pueblos indígenas amazónicos. Lima: Defensoría del Pueblo, 131-202.
- TAYLOR, C. 1994: Multiculturalism; Examining the Politics of Recognition. New Jersey: Princeton University Press.
- TOLIMA. JURISDICCIÓN ESPECIAL INDÍGENA. 2005: Ejercicio del Derecho Propio, El Caso del Tribunal Superior Indígena de Tolima-CRIT. Colombia, Ibagué: Corporación Gestión y Desarrollo Ciudadano, 10.
- WRAY, A. 1993: «El problema indígena y la reforma del Estado». En Derecho, pueblos indígenas y reforma del estado. Quito: Abya-Yala, 11-61.
- YRIGOYEN, F. R. 1999: Pautas de coordinación entre el derecho indígena y el derecho estatal. Ciudad de Guatemala: Fundación Mirna Mack, 30.
- YRIGOYEN, F. R. 1999: «El reconocimiento constitucional del derecho indígena en los países andinos». En W. Assies, G. Van Der Haar y A. Hoekema (eds.): El reto de la diversidad; pueblos indígenas y reforma del Estado en América Latina. Zamora, Mich.: El Colegio de Michoacán, 343-380.
- ZAMBRANO RODRÍGUEZ, C. V. 2007: Derechos, Pluralismo y Diversidad Cultural. Bogotá: Universidad Nacional de Colombia, 40.