



**UNIVERSIDAD DE SALAMANCA
FACULTAD DE DERECHO
DEPARTAMENTO DE DERECHO ADMINISTRATIVO,
FINANCIERO Y PROCESAL
PROGRAMA DE DOCTORADO: EL DERECHO PROCESAL ANTE EL
SIGLO XXI: NUEVAS PERSPECTIVAS**

**LA JURISDICCIÓN ESPECIAL INDÍGENA Y SU RECONOCIMIENTO
EN EL SISTEMA JURÍDICO ESPAÑOL**

TESIS DOCTORAL

AUTORA: SORILY CAROLINA FIGUERA VARGAS

DIRECTOR: DR. LORENZO BUJOSA VADELL

SALAMANCA, MARZO DE 2011

A Dios todo poderoso, mi fe y fortaleza.

A mis padres y hermano, por el apoyo y la inspiración.

Al Dr. Lorenzo Bujosa Vadell, por su confianza y enseñanzas.

“Los pueblos a quienes no se hace justicia se la toman por sí mismos más pronto o más tarde”.

VOLTAIRE

ABREVIATURAS

BIA	<i>Bureau of Indian Affairs</i>
CE	Constitución Española
CIJ	Corte Internacional de Justicia
EDELCA	Electrificación del Caroní - Venezuela
EZLN	Ejercito Zapatista de Liberación Nacional
LEC	Ley de Enjuiciamiento Civil Española
LOPCI	Ley Orgánica de Pueblos y comunidades Indígenas Venezolana
LOPJ	Ley Orgánica del Poder Judicial Española
LOPNA	Ley Orgánica para la Protección del Niño y del Adolescente Venezolana
MAREZ	Municipios Autónomos Rebeldes Zapatistas
OEA	Organización de los Estados Americanos
OIT	Organización Internacional del Trabajo
ONU	Organización de las Naciones Unidas

ÍNDICE	PÁG.
I. INTRODUCCIÓN.....	11
 CAPÍTULO I 	
PLURALISMO JURÍDICO DE LOS ESTADOS LATINOAMERICANOS Y RECONOCIMIENTO INTERNACIONAL DE LOS PUEBLOS INDÍGENA....	16
1. Pluralismo jurídico en los Estados Latinoamericanos.....	17
1.1 Multiculturalidad e Interculturalidad.....	17
1.2 Pluralismo jurídico del Estado.....	25
2. Pluralidad legislativa <i>ratione personae</i>.....	32
2.1 Los Estados plurilegislativos <i>ratione personae</i> y los conflictos interpersonales.....	35
2.2. Características de los conflictos interpersonales.....	36
2.3 El principio de unidad jurisdiccional.....	38
3. Protección internacional de los pueblos indígenas.....	41
3.1 Convenio N° 169 sobre Pueblos Indígenas y Tribales en Países Independientes. Organización Internacional del Trabajo (1989).....	41
3.2 Declaración de las Naciones Unidas sobre los Derechos de los Pueblos Indígenas (2007).....	43
3.3 Proyecto de Declaración de la Organización de Estados Americanos sobre los Derechos de los Pueblos Indígenas.....	45
4. Los pueblos indígenas: en busca de una definición.....	45
5. La subjetividad internacional de los pueblos indígenas.....	54

CAPÍTULO II

LAS COSTUMBRES INDÍGENAS COMO FUENTE DE DERECHO.....	56
1. Antecedentes históricos del reconocimiento de las costumbres y autoridades indígenas en Latinoamérica.....	57
2. La costumbre indígenas como fuente del derecho.....	61
2.1 La costumbre como fuente del Derecho.....	63
2.2 La costumbre en la historia.....	65
2.3 Caracterización de la costumbre.....	74
2.4 Diferencias entre las costumbres y los usos.....	78
3. Caracterización del Derecho indígena.....	80
4. ¿Sistemas jurídicos indígenas?.....	89

CAPÍTULO III

LA JURISDICCIÓN ESPECIAL INDÍGENA EN LATINOAMÉRICA: UNA APROXIMACIÓN TEÓRICA.....	99
1. La Jurisdicción especial indígena.....	100
1.1 Delimitación conceptual: jurisdicción, competencia procesal internacional y competencia interna.....	100
1.2 Caracterización de la jurisdicción especial indígena.....	102
1.3 Elementos de la jurisdicción especial indígena: <i>notio, iudicium e imperium</i>.....	106

1.4 El territorio y la pertenencia étnica como puntos de conexión para determinar la jurisdicción especial indígena.....	109
1.4.1 El territorio indígena.....	111
1.4.1.1 Propiedad Colectiva de Tierras Indígenas...	111
1.4.1.2 El territorio indígena como punto de conexión para determinar la jurisdicción especial indígena.	126
1.4.2 La pertenencia étnica como punto de conexión.....	130
1.5 Idiomas Indígenas y los procesos judiciales.....	136

CAPÍTULO IV

RELACIONES Y CONFLICTOS ENTRE LA JURISDICCIÓN ORDINARIA Y LA JURISDICCIÓN ESPECIAL DENTRO DE LAS FRONTERAS DE PAÍSES INTEGRADOS POR PUEBLOS INDÍGENAS.....	146
1. Libre determinación de los pueblos Indígenas y la autonomía de su jurisdicción especial.....	147
1.1 Libre determinación de los pueblos indígenas.....	147
1.2 Autonomía política y jurídica de los pueblos indígenas.....	152
2. Efecto de cosa juzgada de las decisiones emanadas de la jurisdicción especial indígena.....	161
3. El principio de unidad jurisdiccional: ¿Un obstáculo en el Estado plurilegislativo <i>ratione personae</i> ?.....	166
4. Conflictos entre la jurisdicción ordinaria y la jurisdicción especial en los países con población indígena: ¿Qué tipo de conflictos son?.....	172

CAPÍTULO V

ALGUNAS EXPERIENCIAS DEL RECONOCIMIENTO DE LA JURISDICCIÓN ESPECIAL INDÍGENA EN AMÉRICA.....	184
1. Una experiencia del <i>Common Law</i>: Estados Unidos de América.....	185
2. Algunas experiencias en Latinoamérica: Bolivia, Colombia, Ecuador, Perú y Venezuela.....	194
2.2.1 Bolivia.....	194
2.2.2 Colombia.....	202
2.2.3 Ecuador.....	213
2.2.4 Perú.....	217
2.2.5 Venezuela.....	223

CAPÍTULO VI

LÍMITES JURÍDICOS AL EJERCICIO DE LA JURISDICCIÓN ESPECIAL INDÍGENA.....	234
1. Los derechos humanos.....	235
1.1 Antecedentes.....	235
1.2 Caracterización de los derechos humanos.....	239
1.3 Universalismo vs. Particularismo.....	248
2. Límites a la Jurisdicción especial indígena: respeto a los derechos fundamentales consagrados en el orden interno y a los derechos humanos internacionalmente concebidos.....	257
3. Respeto a las garantías procesales por parte de la jurisdicción especial indígena.....	271

CAPÍTULO VII

IMPLICACIONES DEL RECONOCIMIENTO DE LA JURISDICCIÓN ESPECIAL INDÍGENA EN EL SISTEMA JURÍDICO ESPAÑOL.....	278
1. Incorporación y vigencia del Convenio N° 169 de la OIT en el sistema jurídico español.....	279
2. Pluralismo legislativo en España: contraste entre la autonomía de las comunidades autónomas españolas y la autonomía de los pueblos indígenas.....	284
3. Validez de la caracterización de “Nación y pueblos” en el ordenamiento jurídico español.....	293
3.1 La concepción de “Nación” en el sistema jurídico español.....	294
3.2 Aceptación de “pueblos” en el sistema jurídico español.....	296
3.3 Pluralidad de idiomas en el territorio español.....	298
4. Reconocimiento de las costumbres y la jurisdicción especial indígena en España.....	299
4.1 La costumbre en el sistema jurídico español.....	300
4.1.1 Antecedentes históricos de la costumbre en España.	300
4.1.2 Marco jurídico actual de la costumbre en España...	303
4.1.3 Tribunales consuetudinarios en España.....	305
4.2 El debido proceso en el sistema jurídico español.....	308
4.3 Reconocimiento de las costumbres indígenas en el sistema jurídico español: el matrimonio poligámico ¿Un ejemplo?.....	311
4.4 La jurisdicción especial indígena y el reconocimiento de sus decisiones en España.....	318

II. CONCLUSIONES.....	332
III. BIBLIOGRAFÍA.....	338
IV. ANEXOS.....	384
1. ANEXO I: Convenio N° 169 OIT publicado en el BOE núm. 58, de fecha 8/03/2007.....	385
2. ANEXO II: Declaración de las Naciones Unidas sobre los derechos de los pueblos indígenas.....	400
3. ANEXO III: Ley Orgánica de los Pueblos Indígenas y Comunidades Indígenas Venezolana. Publicada en Gaceta Oficial de la República Bolivariana de Venezuela N°38.344, de fecha 27/12/2005.....	411
5. ANEXO IV: Ley de Deslinde Jurisdiccional de Bolivia. Promulgada en fecha 29/12/2010.....	424
6. ANEXO V: Estimación de la Población Indígena en América Latina.....	431
7. ANEXO VI: Decisión Indígena de Divorcio Tema: Arreglo por divorcio según Ley Wayuú Fuente: Oficina de Asuntos Indígenas de Uribia Guajira Fecha: 29 de Agosto de 1.989 Categoría: Decisión Indígena Divorcio Ley Wayuú.....	433
8. ANEXO VII: XXX ACTA DE ACUERDO Tema: Separación conyugal según Ley Wayyú Fuente: Comunidad Wayuú Resguardo Alta y Media Guajira Municipio de Manaure Fecha: Marzo 16 de 2003 Categoría: Acta de acuerdo.....	434
9. ANEXO VIII: ACTA DE ACUERDO Tema: Pago a mujer por separación conyugal por Ley Wayuú Fuente: Unidad Asuntos Indígenas, Municipio de Riohacha Fecha: Abril 1 de 2003 Categoría: Acta de acuerdo.....	436

INTRODUCCIÓN

El Convenio Nº 169 sobre Pueblos Indígenas y Tribales en Países Independientes fue adoptado bajo el seno de la Organización Internacional del Trabajo en 1989, con la intención de resguardar los derechos de esos grupos. Primordialmente, el Convenio exige a los Estados partes reconocer y garantizar a los pueblos indígenas y tribales los derechos laborales básicos, los derechos colectivos sobre las tierras que ocupan y los recursos naturales que utilizan. Igualmente, el artículo 8 de este Instrumento reconoce las costumbres de tales pueblos, así como, la jurisdicción especial indígena, entendida como la potestad que tienen de administrar justicia, con apego a los derechos fundamentales estipulados en los sistemas jurídicos nacionales y con los derechos humanos internacionalmente reconocidos. Es en este punto específico donde se centra *el objeto de estudio* de esta investigación.

La administración de justicia indígena habitualmente se identifica con linchamientos, salvajismo o la aplicación de sanciones crueles que atentan contra los derechos humanos universalmente reconocidos. No obstante, en el desarrollo de esta investigación corroboramos que ésta es una percepción que requiere matices, siendo un tema que invita a un detallado análisis. Es así como hemos verificado que en la cosmovisión de los pueblos indígenas, el ejercicio de su jurisdicción especial constituye una forma autóctona de resolver y solucionar conflictos, en busca de la armonía colectiva de la comunidad, con la aplicación de medidas conciliadoras por parte de sus autoridades legítimas.

Es dentro de este contexto que el 15 de febrero de 2007, España ratificó el Convenio Nº 169 sobre Pueblos Indígenas y Tribales en Países Independientes de la Organización Internacional del Trabajo (OIT)¹, entrando en vigor el 15 de febrero de 2008, según lo estipula el artículo 38

¹ BOE núm. 58, de fecha 8/03/2007 (Anexo I).

del Instrumento. A partir de esta ratificación enmarcamos la *justificación* de nuestra investigación, pues consideramos que determinar cuáles son las consecuencias del reconocimiento de la jurisdicción especial en el sistema jurídico español, tiene un relevante interés jurídico.

Esta investigación consistió en el estudio de un problema con el propósito de ampliar y profundizar el conocimiento de su naturaleza, con apoyo principalmente de trabajos previos, información y datos divulgados por medios impresos, audiovisuales o electrónicos. Concretamente empleamos un método jurídico dogmático, que nos llevó a utilizar al Derecho, su doctrina y jurisprudencia, como fuentes. Todo con la finalidad de realizar abstracciones ligadas a la inducción, deducción, análisis, síntesis, analogía y comparación, con el objetivo de elaborar construcciones jurídicas.

La estructura de la investigación se presenta en siete capítulos. En el primero realizamos una caracterización de la multiculturalidad, la interculturalidad, el Estado plurilegislativo *ratione personae* y los conflictos interpersonales. Luego, a manera de preámbulo, dejamos ver algunas consecuencias que pueden generar la vigencia del principio de unidad jurisdiccional dentro de un Estado plurilegislativo. En este capítulo también desarrollamos un análisis de las principales normativas internacionales que garantizan la protección de los indígenas y que consagran a estos grupos humanos, como pueblos y sujetos internacionales.

El segundo capítulo lo iniciamos con un recorrido histórico en el que fijamos los antecedentes del reconocimiento de las costumbres indígenas en Latinoamérica, siendo las experiencias del Derecho indiano necesarias para alcanzar una concepción actual de esta institución. Posteriormente, determinamos como en el presente las costumbres indígenas constituyen fuentes del Derecho. Para culminar, realizamos una caracterización detallada del Derecho de estos pueblos y analizamos su carácter de

sistemas jurídicos. La elaboración de este capítulo requirió el acceso a una bibliografía clásica y a otra de vanguardia, en la que los autores han desarrollado exhaustivamente sus concepciones y definiciones. En este recorrido doctrinal realizamos un razonamiento con sentido crítico, que nos permitió argumentar nuestras ideas sobre los aspectos antes enumerados.

En el tercer capítulo establecimos una caracterización de la jurisdicción especial indígena, exponiendo sus elementos. Igualmente, estudiamos como los territorios indígenas y la pertenencia étnica son, a nuestro criterio, verdaderos puntos de conexión para determinar la jurisdicción especial de estos pueblos. Para finalizar analizamos la oficialidad de los idiomas indígenas y su importancia en los procesos judiciales.

El capítulo cuarto fue propicio para fijar el alcance de la libre determinación y la autonomía, tanto política como jurídica, de los pueblos indígenas. Un punto determinante que abordamos en el mismo, consiste en la corroboración del efecto de cosa juzgada de las decisiones emanadas de esta jurisdicción especial. Así pues, resultó fundamental para la investigación analizar el imperio que los fallos de las autoridades legítimas indígenas tienen dentro de la estructura judicial de los Estados. Aquí ya fue ineludible profundizar en el estudio del papel que juega el principio de unidad jurisdiccional en un Estado plurilegislativo *ratione personae*. Por último, examinamos detenidamente la naturaleza procesal que tienen los conflictos entre la jurisdicción ordinaria y la jurisdicción especial indígena, equiparándolos con los conflictos interpersonales.

En el quinto capítulo exponemos algunas experiencias de la vigencia de la jurisdicción especial indígena en algunos países. Para confrontar la praxis en el Common Law, relatamos como las tribus de los Estados Unidos han logrado hacer frente a los obstáculos y ganar una relativa y condicionada potestad jurisdiccional. De igual manera, ilustramos como en

Bolivia, Colombia, Ecuador, Perú y Venezuela se ha reconocido esta particular jurisdicción; representando así, una pequeña muestra de su desarrollo en Latinoamérica.

Los límites que tiene el ejercicio de la jurisdicción especial de los pueblos indígenas es el fundamento desarrollado en el sexto capítulo. Definimos los derechos humanos, distinguiéndolos de los derechos fundamentales; asimismo, estudiamos las teorías del universalismo y el particularismo. El punto central de este capítulo está en la disertación sobre la vulneración de los derechos humanos o fundamentales y de las garantías procesales, en las que pueden incurrir algunas decisiones dictadas por estas autoridades tradicionales.

El séptimo y último capítulo, objetivo primordial de nuestra investigación, gira alrededor de cuáles han sido las implicaciones que tiene para el sistema jurídico español la ratificación del Convenio N° 169 de la OIT y el reconocimiento implícito de la jurisdicción especial indígena. Buscamos precisar si con la ratificación de este instrumento internacional por parte de España, se pretendió una simple declaración de principios, o por el contrario, realmente se procuró dar este amplio reconocimiento a las costumbres y a la jurisdicción especial indígenas.

En este capítulo, inicialmente analizamos cómo se produce la incorporación del Convenio N° 169 de la OIT en el sistema jurídico español. Seguidamente, hacemos un estudio comparativo entre la autonomía de las comunidades autónomas españolas y la de los pueblos indígenas. Examinamos la validez de la concepción de “Nación y pueblos” en el sistema legal de España, para después abordar la pluralidad de idiomas en el territorio de este país. El estudio de la Sentencia N° 31/2010 del Tribunal Constitucional español, de fecha 28/06/2010, ha sido el sustento primordial en esta labor. Pretendimos así, establecer similitudes y diferencias entre el contexto español y el de los pueblos indígenas.

Fue oportuno estudiar aquí, el lugar que ocupa la costumbre jurídica y la regulación imperativa de las garantías procesales, dentro de las fronteras del país ibérico. Esto ha sido con la intención de lograr comprender y determinar si realmente es viable el reconocimiento del Derecho y la jurisdicción especial de las etnias indígenas por parte del Estado español.

En definitiva, con esta investigación buscamos dar una contribución al Derecho procesal español, desde una perspectiva académica. La cual pueda brindar nuevas ideas en la profundización y concienciación de la existencia de pueblos indígenas latinoamericanos, cuyos Derechos y formas de administrar justicia gozan de reconocimiento nacional e internacional. Pretendemos entonces, demostrar que éste es un tema de actualidad y con plena vigencia; incluso, dentro de un país europeo sin población indígena como lo es España.

CAPÍTULO I

**PLURALISMO JURÍDICO DE LOS ESTADOS LATINOAMERICANOS Y
RECONOCIMIENTO INTERNACIONAL DE LOS PUEBLOS INDÍGENAS**



CAPÍTULO I

PLURALISMO JURÍDICO DE LOS ESTADOS LATINOAMERICANOS Y RECONOCIMIENTO INTERNACIONAL DE LOS PUEBLOS INDÍGENAS

1.- Pluralismo jurídico en los Estados Latinoamericanos

1.1 Multiculturalidad e Interculturalidad

A mediados del siglo XIX comenzó a surgir un abanico de definiciones del término “cultura”. Podemos afirmar así, que el concepto de cultura está íntimamente relacionado a los orígenes de la ciencia antropológica. La raíz latina del vocablo “cultura” viene de *cultus* que a su vez procede de la voz *colere* que significa “cuidado del campo o del ganado”, en el sentido que actualmente se emplea en expresiones como agricultura, apicultura, piscicultura, etc. Fue la academia alemana quien dio un nuevo significado a la expresión *Kultur* conectado a la vida social humana. Esta alocución connotó de forma valorativa, el cultivo perfeccionista humano propio del progreso del espíritu de los pueblos, manifestado en su educación y costumbres, según ya lo habían percibido maestros como Voltaire en el siglo XVIII. Gustav KLEMM como precursor de la antropología clásica alemana, inició el empleo del término en el título de sus obras *Allgemeine Kultur Geschichte de Menschheit* (1843) y *Allgemeine Kultur Wissenschaft* (1854)².

La primera definición clásica de cultura fue elaborada por Edward Burnett TYLOR en el primer capítulo de su obra *Primitive Culture* (1871), donde expresamente señalaba que: “La cultura o civilización, tomada en un sentido etnográfico amplio, es ese complejo total que incluye

² Cfr. REYES, Román: *Terminología Científico - Social. Aproximación Crítica*. Editorial Anthropos. Barcelona, 1988, p. 236; y *Diccionario de teoría crítica y estudios culturales*. Paidós. Buenos Aires, Barcelona, México, 2002, p. 121.

conocimiento, creencia, arte, moral, ley, costumbre y otras aptitudes y hábitos adquiridos por el hombre como miembro de la sociedad”³.

Es de destacar que para TYLOR la civilización y la cultura son conceptos análogos. Además el autor determinó que la cultura según sus axiomas constituía el objeto de estudio de la antropología. Fue así como, el hecho de colocar a la cultura como materia de estudio sistemático constituyó una de sus principales aportaciones. Sin embargo, esta propuesta tenía dos puntos débiles. En primer lugar, convirtió el concepto de cultura en objeto de ciencia, sacándolo de su énfasis humanista. En segundo lugar, desarrolló un procedimiento analítico demasiado descriptivo. Lo que no se puede negar es que la amplitud denotativa de la definición citada permitió su vigencia a través del tiempo. Incluso se puede aseverar que posteriores propuestas son subclaves del amplísimo concepto de TYLOR⁴.

LÉVI - STRAUSS por su parte, distinguió categóricamente la cultura y la civilización. Para este autor la cultura es “una multiplicidad de rasgos, algunos le son comunes, otros, en grados diversos, lo son con culturas vecinas o alejadas, en tanto que otros las separan de manera más o menos marcada”⁵. Asimismo, el autor dentro de su concepción de civilización distingue entre la “civilización mundial” y “civilización”. La primera responde al proceso de universalización de occidente, y en cambio, la segunda expresión encierra tanto a las civilizaciones no occidentalizadas como las occidentalizadas, construida desde tiempos remotos. La civilización mundial y la civilización sin el empleo del adjetivo,

³ REYES, Román: *Terminología Científico - Social. Aproximación Crítica...* op. cit., p. 237.

⁴ *Ibid.*, p. 234.

⁵ LÉVI - STRAUSS, Claude: *Raza y Cultura*. Introducción de Manuel Garrido. Cátedra. Madrid, 1993, p.130.

según la teoría de LÉVI - STRAUSS, se diferencia por la influencia de los conceptos claves de “coexistencia de culturas” y “coalición de culturas”⁶.

Buscando otra definición, encontramos que PÉREZ TAPIAS, entendiendo que la cultura es parte de lo humano, dice que no existe hombre sin cultura, ni cultura sin hombres. Para el autor, la cultura sólo tendrá cabida en cuanto concurren hombres con una existencia social, lo que considera como redundante, ya que no hay otra manera de ser humano. Añade además, que la sociedad, cada sociedad, está compuesta por un conjunto de individuos, una población, cuyo modo de vida está culturalmente determinado por un cúmulo de instituciones, prácticas y creencias compartidas⁷. Otro concepto que destaca en el ámbito académico español es la de MOSTERÍN, quien considera que la cultura es la información transmitida por aprendizaje social⁸.

Frente a las alternativas antes expuestas es oportuno decir que cada definición y conceptualización de cultura lleva implícita un aspecto teórico singular, específicos intereses académicos e ideológicos, al igual que, una particular epistemología y metodología científica⁹.

Generalmente la cultura se concibe como el conjunto de todas las formas y expresiones de una sociedad determinada. Esta concepción engloba costumbres, prácticas, códigos, normas y reglas de manera de ser, vestimenta, religión, rituales, normas de comportamiento y sistemas de creencias. En este sentido, la Declaración de la UNESCO de 1982 (México), expresa que:

⁶ VALLE DE FRUTO, Sonia: *Cultura y Civilización. Un acercamiento desde las ciencias sociales*. Biblioteca Nueva. Madrid, 2008, pp. 68 - 69.

⁷ PERÉZ TAPIAS, José Antonio: *Filosofía y crítica de la cultura*. 2º Ed. Editorial Trotta. Madrid, 2000, p. 20.

⁸ MOSTERÍN, Jesús: *La Cultura Humana*. Espasa. Madrid, 2009, p. 47.

⁹ REYES, Román: *Terminología Científico - Social. Aproximación Crítica...* op. cit., p. 240.

“...la cultura da al hombre la capacidad de reflexionar sobre sí mismo. Es ella la que hace de nosotros seres específicamente humanos, racionales, críticos y éticamente comprometidos. A través de ella discernimos los valores y efectuamos opciones. A través de ella el hombre se expresa, toma conciencia de sí mismo, se reconoce como un proyecto inacabado, pone en cuestión sus propias realizaciones, busca incansablemente nuevas significaciones, y crea obras que lo trascienden”¹⁰.

Actualmente la cultura se concibe como un derecho fundamental, definiéndose de acuerdo a dos nociones básicas: a) desarrollo del espíritu (individual y colectivo); y b) naturaleza de las sociedades y de las personas. 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 tradiciones¹¹. Ahora bien, se debe tener presente que ante la coexistencia de diversas culturas dentro de un mismo espacio geográfico, han surgido teorías que han tratado de dar respuestas a esta innegable realidad. Es así como el multiculturalismo, la multiculturalidad y la interculturalidad han sido criterios desarrollados en diferentes ámbitos de las ciencias sociales para explicar este fenómeno.

El multiculturalismo se entiende como una forma de organizar la convivencia dentro de una sociedad, demandando la igualdad de derechos para todos los grupos¹². Este concepto se originó en Canadá donde el profesor de sociología Charles Hobart lo introdujo por primera vez (1964 -

¹⁰ Declaración de México sobre las Políticas Culturales, de fecha 6/08/1982. UNESCO (Página Web en línea) http://portal.unesco.org/culture/es/ev.phpURL_ID=12762&URL_DO=DO_TOPIC &URL_SECTION=201.html

¹¹ ZAMBRANO RODRÍGUEZ, Carlos Vladimir: *Derechos, Pluralismo y Diversidad Cultural*. Universidad Nacional de Colombia. Bogotá, 2007, p. 40.

¹² ONGHENA, Yolanda: “Intercultural/Multicultural”. En: *Sistemas culturales multiétnicos y derecho de integración*. Consejo General del poder Judicial. Madrid, 2007, p.12.

1965) y, posteriormente, fue enfatizado por Paul YUZYK (1965). Esta teoría constituía una crítica a la política bicultural de Canadá que sólo tomaba en consideración la cultura francocanadiense y anglocanadiense, olvidándose de otros grupos que coexisten en ese país, como es el caso de los Inuit¹³.

La multiculturalidad se presenta como un hecho social que implica la existencia en una misma sociedad de diversas comunidades culturales, las cuales pueden ser denominadas naciones, pueblos o etnias. Encontramos así dos aspectos: por un lado, un grupo de comunidades que frecuentemente representan minorías o grupos no dominantes, distinguidos por rasgos culturales que le son propios, como podrían ser el lenguaje, la religión, su pertenencia a una etnia, etc. Por otro lado, se nos presenta una comunidad mayor, entendida como una comunidad política, dentro de la cual se enmarcan los primeros y que, en definitiva, es concebida como un Estado multicultural¹⁴.

ESTEBAN DE LA ROSA estudia la multiculturalidad desde un punto de vista normativo, aclarando que la percibe como una aspiración o ideal, de manera que se busque alcanzar la convivencia pacífica en la sociedad de referencia, lo cual se torna difícil, a medida que una población específica cuya socialización se produjo de forma determinada, se radica en un lugar, en el que residen personas cuya socialización ha sido distinta¹⁵.

En los últimos años se ha verificado un arduo debate político, social y científico entorno a la vigencia del multiculturalismo, siendo la corriente

¹³ BIRSL, Ursula y otros: *Migración e Interculturalidad en Gran Bretaña, España y Alemania*. Anthropos. Barcelona, 2004, pp. 92 - 93.

¹⁴ BEUCHOT, Mauricio: "Pluralismo cultural analógico y derechos humanos". En: *El Discurso Intercultural. Prolegómenos una filosofía intercultural*. Editorial Biblioteca Nueva. Madrid, 2002, p. 109.; y DE LUCAS, Javier: *La(s) Sociedad (es) Multicultural (es) y los Conflictos Políticos y Jurídicos*. En: *La Multiculturalidad*. Cuadernos de Derecho Judicial VI - 2001. Consejo General del Poder Judicial. Madrid, 2001, pp. 63 - 64.

¹⁵ ESTENAN DE LA ROSA, Gloria: *Inmigración y Derecho Internacional Privado*. Difusión Jurídica. Madrid, 2009, p. 64.

del liberalismo y del comunitarismo las principales protagonistas. En primer término encontramos al Estado liberal que defiende la neutralidad ante la adscripción cultural de sus miembros porque su objetivo es garantizar una estructura donde los individuos se desarrollen independientemente de la etnia o grupo de pertenencia. Dentro de esa idea se confeccionó la política de “omisión bienintencionada”, por medio de la cual, el Estado no adopta medidas que protejan a grupos o minorías nacionales, pues para alcanzar el principio de igualdad, todos los ciudadanos y ciudadanas deben recibir el mismo trato¹⁶.

El liberalismo interpreta que sólo los individuos pueden ser titulares de derechos, desconociendo que de igual manera los colectivos pueden serlo, en cuanto ello no implique suprimir el respeto a la autonomía individual. Uno de los grandes fallos de la teoría liberal - democrática es no haber dado una solución idónea a las relaciones entre los derechos individuales y el grupo al que los individuos pertenecen¹⁷. Los defensores de las reivindicaciones de los grupos étnicos han sido testigos de como en los Estados que siguen la corriente liberal, se les dificulta la receptividad de las demandas sobre el derecho a la tierra, la autodeterminación o la protección cultural. En cambio el comunitarismo ha representado una corriente más atractiva para estos grupos, entre otras causas, por ser una tendencia teórica que ha considerado al liberalismo como el artífice de un modelo de individuo excesivamente abstracto, sin vínculos y falta de solidaridad.

El comunitarismo ha traído a colación cuestiones ético - políticas relativas a la conformación de identidades individuales y colectivas, así como, las referidas al papel y tutela que deben tener las diferencias

¹⁶ ÁLVAREZ MOLINERO, Natalia: *Pueblos indígenas y derechos de autodeterminación. ¿Hacia un derecho internacional multicultural?* Universidad de Deusto. Bilbao, 2008, pp. 23 - 24.

¹⁷ DE LUCAS, Javier: “Por Qué son Relevantes las Reivindicaciones Jurídico - Políticas de las Minorías (Los derechos de las minorías en el 50 Aniversario de la Declaración Universal de los Derechos Humanos)”. En: *Derechos de las Minorías en una Sociedad Multicultural*. Consejo General del Poder Judicial. Madrid, 1998, p. 279.

culturales. El concepto comunal o comunitario lleva implícito la concepción de propiedad colectiva de los recursos y al manejo o usufructo privado del mismo. Este contexto no atañe solamente a las sociedades rurales o agrarias, a pesar que sean estas últimas las que mejor se han adaptado a los cambios contemporáneos¹⁸.

Al estudiar el multiculturalismo, autores como TAYLOR con su teoría de política del reconocimiento, ha expuesto fallas al liberalismo, otros como KYMLICKA, apoya la propuesta liberal, pero con una clara tendencia a favorecer las exigencias de los grupos étnicos. Lo que resulta innegable actualmente, son las duras críticas al multiculturalismo por ser considerado una respuesta liberal que si bien reconoce la coexistencia de diferentes culturas, reafirma la idea que las mismas deben subordinarse a una cultura dominante, con sus códigos, sus normas y sus sistemas de valores. De allí que se discuta incluso, hasta qué punto pueda utilizarse el concepto¹⁹. A manera de ejemplo, señalaremos como en octubre de 2010, la canciller alemana Ángela Merkel, admitió que la sociedad multicultural en su país había fracasado²⁰.

En vista de los constantes reproches que ha recibido el multiculturalismo, paulatinamente se ha introducido el término "interculturalidad", el cual se viene utilizando con más fuerza en el discurso científico español y ya ha incursionado en Alemania. El fundamento de esta concepción lo encontramos en universalizar los derechos individuales de los ciudadanos. Reconoce simultáneamente las diferencias culturales y

¹⁸ ÁLVAREZ MOLINERO, Natalia: *Pueblos indígenas y derechos de autodeterminación. ¿Hacia un derecho internacional multicultural?... op. cit., pp. 26 – 27*; DORADO PORRAS, Javier: "Los derechos como garantía y como límite al multiculturalismo". En: *Derechos Fundamentales, Valores y Multiculturalismo*. Dykinson. Madrid, 2005, p. 75; y PATZI, Félix: "Sistema comunal: una propuesta alternativa al sistema liberal". En: *Las Vertientes Americanas del Pensamiento y el Proyecto Des – Colonial. El resurgimiento de los pueblos indígenas y afrolatinos como sujetos políticos*. Trama editorial. Madrid, 2008, pp. 69 - 70.

¹⁹ PÉREZ ZAFRILLA, Pedro Jesús: *Surcar la Cultura*. Colección Filosofías. Pre-Textos. Valencia, 2006, p. 155; ONGHENA, Yolanda: *Intercultural/Multicultural...* op. cit., p. 12; y BIRLS Ursula y otros: *Migración e Interculturalidad en Gran Bretaña, España y Alemania...* op. cit., p. 94.

²⁰ Ángela Merkel: "La sociedad multicultural alemana ha fracasado". En: 20 minutos.es (Página Web en línea) <http://www.20minutos.es/noticia/845196/54/merkel/fracaso/multicultural/>

rehúsa la discriminación de las minorías étnicas o de las culturas minoritarias. En esta forma, la interculturalidad pretende superar las limitaciones de la simple coexistencia multicultural²¹.

La interculturalidad promueve la valoración de la dignidad de todas las culturas y la convicción que es posible el aprendizaje mutuo mediante el diálogo intercultural. Dicho proceso, según esta doctrina, debe ser realizado en un doble sentido. En primer lugar, como un proceso diacrónico, en donde se realice un dialogo retrospectivo con las culturas que han traído la actual forma cultural, así como, un proceso sincrónico que garantice la interacción entre varios grupos culturales²².

Una perspectiva intercultural procura una comprensión de las dinámicas, que va más allá de la simple descripción de identidades, grupos o situaciones y que no pretende repensar estas relaciones dentro de su contexto histórico, político y social. Por tanto, mientras el multiculturalismo describe la existencia de diferentes culturas y su presencia dentro de un mismo territorio, la interculturalidad describe el proceso de intercambio entre los miembros de diferentes culturas²³.

Otra tendencia ideológica que estudia la diversidad sociocultural se inclina por el término “pluralismo cultural”, entendido como un modelo de organización social que pregona la posible convivencia armoniosa en sociedades, grupos o comunidades étnicas, cultural, religiosa o lingüística diferentes. Lo que distingue esta propuesta de otras, está en la valoración positiva de la diversidad sociocultural y su principal postulado lo

²¹ BOROBIO, Dionisio: “Familia e Interculturalidad. Importancia Cultural de la Familia en la Sociedad Actual”. En: *Familia e Interculturalidad*. Publicaciones Universidad Pontificia de Salamanca. Salamanca, 2003, p. 33 - 34; BIRSL Ursula y otros: *Migración e Interculturalidad en Gran Bretaña, España y Alemania...*op. cit., p. 95.

²² BOROBIO, Dionisio: “Familia e Interculturalidad. Importancia Cultural de la Familia en la Sociedad Actual”... op. cit., p. 34 - 35.

²³ ONGHENA, Yolanda: *Intercultural/Multicultural...*op. cit., p. 11; BIRSL Ursula y otros: *Migración e Interculturalidad en Gran Bretaña, España y Alemania...*op. cit., p. 95; y DE LUCAS, Javier: “Derechos humanos, legislación positiva e interculturalidad”. En: *Interculturalidad*. Documento Social. Revista de Estudios Sociales y Sociología Aplicada. N° 97. Madrid, Octubre - Diciembre 1994, p. 78.

encontramos en que ningún grupo tiene porqué perder su cultura o identidad propia. FURNIVALL fue el primero en emplear la expresión “sociedad plural”, en 1944, para caracterizar la sociedad de las Indias Orientales Holandesas (actual Indonesia); posteriormente lo siguieron BARTH, SMITH y GORDON²⁴.

Actualmente son dos los fundamentos que sustentan la teoría del pluralismo cultural:

1. La aceptación de las diferencias culturales, étnicas, religiosas, lingüísticas o raciales, y su valoración positiva.
2. El reconocimiento general de la igualdad de derechos y deberes. Precisamente, cuando este segundo elemento deja de ser considerado, resultan indudables los riesgos del culturalismo²⁵.

1.2 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.

²⁴ MALGESINI, Graciela y GIMÉNEZ, Carlos: *Guía de conceptos sobre migraciones, racismo e interculturalidad*. Catarata. Madrid, 2000, pp. 323 - 325.

²⁵ *Ibíd.*, pp. 325 - 326.

Indudablemente, las naciones de América Latina no desconocían las diversas realidades sociales existentes entre los distintos grupos indígenas que conformaban al 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 ignorancia²⁶.

Los pueblos indígenas latinoamericanos se encontraron inmersos en sucesivas etapas históricas: primero la conquista, luego la colonización y, finalmente, tolerar que en sus tierras ancestrales se asentaran sujetos extraños a sus culturas, quienes se proclamaron gobernantes de los nuevos Estados, teniendo así que doblegarse y perder la soberanía de la cual gozaban milenariamente. Sin embargo, la unidad cultural y la fórmula monoétnica que reflejaban las Constituciones latinoamericanas del siglo XIX estaba justificada en una necesidad política: que el Estado lograra concretar su incipiente identidad nacional. A pesar de esto, hubo un alto precio que pagar, pues tal concepción rechazaba las peculiaridades intrínsecas de las etnias indígenas, ante las cuales el orden institucional y jurídico dominante fijaba estrategias que, de acuerdo a cada momento histórico, implicaban políticas que propiciaban la sumisión, la asimilación y el exterminio²⁷.

Llegado el siglo XX, específicamente en la década de los cuarenta, afloran con muchas restricciones las primeras iniciativas indigenistas, con pretensiones de cambiar las directrices adoptadas por los Estados de América Latina con relación a sus etnias. Dentro de esta perspectiva, los líderes indígenas procuraron alcanzar la ineludible adaptación de los sistemas jurídicos a la realidad multicultural de la sociedad actual, la cual

²⁶ BRONSTEIN, Arturo S.: *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*. Equipo Técnico Multidisciplinario (ETM), Pueblos Indígenas, Organización Internacional del Trabajo. En: (Página Web en línea) <http://www.oit.or.cr/mdtsanjo/indig/bronste.htm>

²⁷ En este sentido: STAVENHAGEN, Rodolfo: *Conflictos Étnicos y Estado Nacional*. Siglo veintiuno editores y El Instituto de Investigación de las Naciones Unidas para el Desarrollo Social. México, 2000, p. 18.

se concretaría con el reconocimiento del derecho a la protección cultural del individuo, en este caso del indígena, por parte de los instrumentos internacionales y las Constituciones nacionales²⁸.

Fue así que, por ejemplo, Colombia (1991), México (1991-2001), Perú (1993), Bolivia (1994-2009), Ecuador (1998- 2008) y Venezuela (1999), reformaron y promulgaron sus Constituciones, a la vez que ratificaron el Convenio 169 de la Organización Internacional del Trabajo sobre Pueblos Indígenas y Tribales en Países Independientes. Estos hechos dieron lugar al reconocimiento del carácter multicultural de estas naciones, así como, del Derecho consuetudinario de los pueblos indígenas y su jurisdicción especial. De esta forma, la homogeneidad cultural del Estado-nación antes concebida, comenzaría a quedar excluida²⁹.

En pro de determinar la concepción de plurinacionalidad, la cual nos conducirá a enunciar la idea de plurilegislación dentro de un Estado, resulta oportuno comenzar por la caracterización del vocablo “nación”³⁰. La imprecisión de este término se debe a la complejidad de las realidades que abarca. El vocablo “nación” tiene dos acepciones: un significado originario, que hace referencia al grupo étnico nacido en un determinado territorio y, un significado derivado, que nos remite a la idea de sociedad pública u organización política, la cual usualmente concuerda con la comunidad étnica.

Para establecer las características mediante las cuales se relaciona a un grupo de individuos con una nación determinada, se han empleado dos concepciones antagónicas, la objetiva y la subjetiva. La primera

²⁸ RODRÍGUEZ BENOT, Andrés: “Tráfico Externo, Derecho de Familia y Multiculturalidad en el Ordenamiento Español”. En: *La Multiculturalidad: Especial Referencia del Islam*. Consejo General del Poder Judicial. Cuadernos de Derecho Judicial. Madrid, 2002, p. 22.

²⁹ YRIGOYEN FAJARDO, Raquel: *Los Retos de un Estado Pluricultural. Perú: Constitución Pluralista, Judicatura Monista, Un Balance a la Post – reforma*. En: (Página Web en línea) ALERTANET EN DERECHO Y SOCIEDAD/ LAW & SOCIETY <http://alertanet.org/ryf-london.htm>

³⁰ Nación: (Del latín natio, - onis). Diccionario de la Lengua Española. Real Academia Española. Tomo 7. Vigésima edición. España, 2001, p.1059.

fundamenta a la comunidad nacional en elementos de hecho determinados por la etnología, entre los que podemos enumerar: el territorio, la lengua, la religión, la raza o la cultura; la segunda, encuadra a la nación en preceptos de orden ideal y espiritual. Esta última concepción estima que la nación deriva de un estado de conciencia, compartido por los integrantes de un grupo específico, que se autodistingue de otros grupos semejantes³¹.

La doctrina especializada ha determinado que el signo distintivo de una nación, se encuentra en un conjunto de sujetos en cuyo entorno se habla un mismo idioma, comparten una historia y, gran parte de ellos, integran una misma raza³². Igualmente, los autores coinciden en que es muy común que individuos con estas particularidades conformen un Estado, aclarando, sin embargo, que un Estado puede estar integrado por dos o más grupos de esta clase de sujetos; y en consecuencia, integrado por varias naciones³³.

En este sentido, nos inclinamos por la idea que el Estado vendría a ser la personificación política de la nación, en otras palabras, la entidad que gobierna a los asociados³⁴. 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. Acotando además, que las situaciones antes reseñadas también son propias de los países formados por grupos de personas que pertenecen a diversas razas³⁵, caso que se ajusta claramente al de los países latinoamericanos integrados por etnias indígenas.

³¹ ROUSSEAU, Charles: *Derecho Internacional Público*. 3ª ed. Ediciones Ariel. Barcelona, 1966, p. 85.

³² Ver los planteamientos de: MANCINI, Pasquale Stanislao: *Sobre la Nacionalidad*. Edición Antonio E. Pérez Luño. Traducción Manuel Carrera Díaz. Tecnos. Madrid, 1985, pp. 30 - 37.

³³ ANTOKOLETZ, Daniel: *Derecho Internacional Público en tiempo de paz y en tiempo de guerra*. Primera parte. Cuarta edición. Librería y Editorial "La Facultad". Buenos Aires, 1944, p.476.

³⁴ CRUCHAGA TOCORNAL, Miguel: *Derecho Internacional*. Tomo I. Editorial Nascimento. Santiago de Chile, 1944, p. 312.

³⁵ PEREZNIETO CASTRO, Leonel: *Derecho Internacional Privado*. 3ª ed. HARLA. México, 1984, p. 33.

Para explicar la pluralidad de naciones dentro de un Estado se ha sostenido que la expresión “nación”, vista desde una perspectiva sociológica, se relaciona íntimamente con el concepto de “pueblo” o de “cultura”, pues ambos conceptos resultan a menudo intercambiables. De manera que si un país contiene más de una nación, ello no implica que éste se encuentre constituido como una nación - Estado, sino que conforma un Estado multinacional, donde las culturas más pequeñas configuran las “minorías nacionales”³⁶.

Para dar una visión práctica de lo analizado hasta ahora, señalaremos como la Constitución de Bolivia (2009) adoptó claramente el principio de plurinacionalidad e interculturalidad. Es así como el artículo 98 de esa Carta Magna, expresa:

“La diversidad cultural constituye la base esencial del Estado Plurinacional Comunitario. La interculturalidad es el instrumento para la cohesión y la convivencia armónica y equilibrada entre todos los pueblos y naciones. La interculturalidad tendrá lugar con respeto a las diferencias y en igualdad de condiciones.

II. El Estado asumirá como fortaleza la existencia de culturas indígena originario campesinas, depositarias de saberes, conocimientos, valores, espiritualidades y cosmovisiones.

³⁶ KYMLICKA, Will: *Ciudadanía Multicultural, Una Teoría Liberal de los Derechos de las Minorías*. Traducción al castellano de Carmen Castells Auleda. Editorial Paidós. Barcelona, Buenos Aires, México, 1996, p. 26. En este sentido dice DE KLERK: “...todas las comunidades culturales y religiosas deberían ser bienvenidas e incluidas en las instituciones y en la definición de una sociedad más amplia. La mayoría simple, cuando las minorías poco importantes pueden ser excluidas de la identidad nacional y de los procesos de gobierno, debe recharze”. DE KLERK, Frederik: “Construyendo Sociedades Multiculturales”. En: *Los Derechos Humanos en el Siglo XXI. Cincuenta Ideas para su Práctica*. Ediciones Unesco. Icaria editorial. Barcelona, 1998, p. 74.

III. Será responsabilidad fundamental del Estado preservar, desarrollar, proteger y difundir las culturas existentes en el país”

37.

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.

En este sentido, han sido muchas y acordes las definiciones que los autores han presentado de los Estados plurilegislativos. Entre los *iusprivatistas*, encontramos a quienes señalan expresamente que: “Los Estados plurilegislativos son los que se caracterizan por la existencia, dentro de un sistema jurídico, de una pluralidad de leyes o legislaciones susceptibles de regular una misma situación y de generar, en consecuencia, conflictos de leyes internos”³⁸ y, quienes agregan además, que cada uno de estos órdenes posee su propio ámbito de vigencia, bien espacial o personal, e incluso, frente a muchos supuestos, cuenta con organizaciones judiciales acordes con las diferentes comunidades que conforman el Estado en cuestión³⁹.

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

³⁷ Promulgada el 7 de febrero de 2009.

³⁸ FERNÁNDEZ ROZAS, José Carlos y SÁNCHEZ LORENZO, Sixto: *Curso de Derecho Internacional Privado*. 3ª ed., reimpresión. Civitas. Madrid, 1997, p. 399.

³⁹ PERÉZ VERA, Elisa y otros: *Derecho Internacional Privado*. Universidad Nacional de Educación a Distancia. Segunda edición, Vol. I. España, 2000, p.65.

normativos dentro de un mismo espacio geopolítico o social⁴⁰. Desde la perspectiva que aquí adoptamos, debemos precisar que el pluralismo jurídico 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 dominio⁴¹.

En el caso de los Estados latinoamericanos con población indígena, ha sido el reconocimiento de sus formas de organización política, social y jurídica lo que con pasos muy lentos, ha permitido la convivencia de varios ordenamientos jurídicos. Por una parte, el Derecho positivo codificado por el Estado y, por otra, el Derecho de sus etnias indígenas. Tal situación ha desembocado en un pluralismo legal dentro de estos países.

Al abordar el pluralismo jurídico de un Estado, es necesario precisar que éste significa la coexistencia de varios sistemas normativos, estén o no legalmente reconocidos dentro del Estado en cuestión, pero, sin duda, el reconocimiento legal será prelude para una coyuntura democrática de estos ordenamientos jurídicos. De tal forma, cabe acotar la opinión de quienes estiman que cuando se reconoce constitucionalmente la diversidad étnica y cultural, al igual que el pluralismo jurídico, en los países latinoamericanos con población indígena, se quebranta la ideología etnocéntrica que impone un único sistema jurídico nacional y promueve un discurso que sustenta la carencia de valor de los Derechos comparativamente distintos⁴².

⁴⁰ En este sentido: YRIGOYEN FAJARDO, Raquel: *Pautas de Coordinación entre el Derecho Indígena y el Derecho Estatal*. Fundación Myrna Mack. Guatemala, 1999, p. 20.; y COLMENARES, Ricardo: *Los Derechos de los Pueblos Indígenas en la Constitución de Venezuela de 1999*. Editorial Jurídica de Venezuela. Caracas, 2001, p. 157.

⁴¹ SOBERO, Yolanda: "*Conflictos Étnicos: El Caso de los Pueblos Indígenas*". Tesis Doctoral. Facultad de CC. de la Información, Departamento de Derecho Internacional y Relaciones Internacionales, Universidad Complutense de Madrid. Madrid, 1997, p. 132.

⁴² Se pronuncian en este sentido: YRIGOYEN FAJARDO, Raquel: *Pautas de Coordinación...* op. cit., p. 21.; y SÁNCHEZ BOTERO, Esther y JARAMILLO SIERRA, Isabel: *La Jurisdicción Especial Indígena*. Instituto de Estudios del Ministerio Público, Procuraduría General de la Nación. Bogotá, 2000, p. 63.

De lo antes expuesto deducimos que un Estado plurilegislativo o complejo es aquél 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.

2. Pluralidad legislativa *ratione personae*

Los países americanos con población indígena se encuentran dentro de la clasificación de Estados plurilegislativos con base personal, es decir, son Estados plurilegislativos "*ratione personae*". En estos Estados existe una diversidad de sistemas jurídicos basada en la adscripción de una porción de su población a una etnia, una tribu o una confesión religiosa en particular.

La categoría en estudio se diferencia a la de los Estados plurilegislativos con base territorial, que abarca: 1.- Estados federales (por ejemplo EE. UU, Australia, Canadá); 2.- Estados unitarios con una marcada descentralización jurídica (por ejemplo, España); y 3.- Estados que han registrado una concurrencia temporal de legislaciones. Estos últimos, se relacionan a las anexiones territoriales y a los procesos históricos de formación de Estados, en donde cada región que conforma la nueva unidad territorial cuenta con una legislación preexistente. Algunos de los ejemplos más característicos de esta subcategoría se encuentran en el

periodo posterior a la Primera Guerra Mundial (Francia 1918 – 1924 e Italia 1919 – 1928)⁴³.

Dentro de la clasificación de Estados plurilegislativos con base territorial, encontramos los conflictos interterritoriales que tradicionalmente se subdividen en conflictos interfederales (emergentes en Estados federales); conflictos interregionales, interlocales o interprovinciales (emergentes en Estados unitarios con una marcada descentralización); y los conflictos de sucesión de Estados derivada de las anexiones territoriales.

Con relación a la naturaleza de los conflictos de ley y de foro que surgen dentro de los Estados plurilegislativos, estimamos que cada una de sus categorías debe ser estudiada y clasificada dentro de sus particularidades y, por supuesto, dentro del especial orden normativo que las regula. Deben considerarse primordialmente, los preceptos constitucionales que consagran las competencias de cada uno de los sistemas jurídicos, de base territorial o personal, existentes dentro de un Estado. Sólo de esta manera se puede determinar si es factible la equiparación de los conflictos internos a los conflictos que son objeto de estudio del Derecho internacional privado.

En el caso de los conflictos interfederales, la analogía existente entre esta particular clase de conflictos internos y los de carácter internacional ha sido unánimemente aceptada. Tal conclusión se respalda en que, por ejemplo, cada Estado dentro de la Unión Americana cuenta con su propio Derecho y su poder jurisdiccional, por ello entre ambas categorías de conflicto existe paridad⁴⁴. No obstante, la equiparación de los

⁴³ VITTA, Edoardo: "Conflitti di Leggi, Interni ed Internazionali". En: *Scritti Della Facoltà Giuridica di Bologna in Onore di Umberto Borsì*. Editorial Padova. Italia, 1955, pp. 571 - 592. Asimismo, FERNÁNDEZ ROZAS, José Carlos y SÁNCHEZ LORENZO, Sixto: *Curso de Derecho Internacional Privado...* op. cit., p. 399.

⁴⁴ A favor: FERNÁNDEZ ROZAS, José Carlos y SÁNCHEZ LORENZO, Sixto: *Curso de Derecho Internacional Privado...* op. cit., p. 102; VERPLAETSE, Julián G.: *Derecho Internacional Privado*.

conflictos interregionales a los de carácter internacional y, a su analogía con los problemas propios del Derecho internacional privado, el debate doctrinal ha sido más arduo⁴⁵.

Por ejemplo, las Comunidades Autónomas de España, al amparo del artículo 149.1.8ª de la Constitución Española (CE), tienen la facultad de conservar, modificar y desarrollar sus Derechos civiles, forales y especiales, de ser el caso. Sin embargo, el citado precepto constitucional reserva al Estado español la competencia exclusiva en materia de legislación civil, de forma general, al igual que le confiere competencia exclusiva para dictar normas sobre conflicto de leyes, de forma particular. Además, dichas Comunidades no poseen una jurisdicción propia, pues la administración de justicia es una competencia exclusiva del Estado (artículo 149.1.5ª CE) (*infra* pp. 286 - 291). Así pues, realidades jurídicas como la antes señaladas, fundamentan la idea de quienes estimamos que los presupuestos del Derecho interregional, en el caso español, difieren de los que son propios del Derecho internacional privado, visto desde la perspectiva de pluralidad de jurisdicciones y de la pluralidad legislativa⁴⁶.

Los supuestos que distinguiremos, decisivamente, son los que se suscitan con los conflictos internos y los que se presentan cuando una norma de conflicto designa como Derecho aplicable el de un Estado plurilegislativo, que son los denominados problemas de remisión a un Estado plurilegislativo. Entonces, uno de los puntos en el cual los conflictos interpersonales y el Derecho internacional privado estrechan su vínculo, lo encontramos cuando la norma de conflicto de un Estado determina que el

Estades Artes Gráficas. Madrid, 1954, p. 9; y GOLDSCHMIDT, Werner: *Sistema y Filosofía de Derecho Internacional Privado, con especial consideración del de España y de la América Luso – Hispánica*. Tomo I. 2º ed. Ediciones Jurídicas Europa - América. Buenos Aires, 1952, p. 191.

⁴⁵ A favor de la equiparación del Derecho interregional y el Derecho internacional privado: BORRÁS RODRÍGUEZ, Alegría: *Les Ordres Plurilégislatifs dans le Droit International Privé Actuel*. En: Recueil des Cours, Collect Courses of The Hague Academy of International Law 1994. Tome 249 de la collection. Martines Nijhoff Publishers. The Hague/ Boston/London, 1996, pp. 212 - 214 y pp. 219 - 220. En contra: FERNÁNDEZ ROZAS, José Carlos y SÁNCHEZ LORENZO, Sixto: *Curso de Derecho Internacional Privado...* op. cit., pp. 99 - 104.

⁴⁶ FERNÁNDEZ ROZAS, José Carlos y SÁNCHEZ LORENZO, Sixto: *Curso de Derecho Internacional Privado...* op. cit., p.102.

Derecho aplicable es el de un Estado plurilegislativo y, en el caso particular que nos ocupa, esta pluralidad tiene una base personal. Ante tal situación, el operador jurídico deberá establecer las reglas interpersonales extranjeras y posiblemente las internas, para dar solución al supuesto de hecho controvertido⁴⁷.

Añadiremos además, que en el caso particular de los pueblos indígenas, sus territorios son un punto de conexión para determinar su jurisdicción especial (*infra* pp.126 - 129); no obstante, se debe tener presente que el soporte de la pluralidad legislativa de los países con pueblos indígenas radica en la pertenencia étnica de algunos de sus habitantes.

2.1 Los Estados plurilegislativos *ratione personae* y los conflictos interpersonales

Circunscribiéndonos a los Estados plurilegislativos *ratione personae*, debemos tener presente que las confrontaciones de Derecho aplicable, así como, las posibles colisiones de jurisdicciones competentes que surgen dentro de éstos son los denominados conflictos interpersonales. Estos conflictos encuentran su sustento en una pluralidad de sistemas jurídicos dentro de un Estado, producto de la coexistencia de órdenes legales y, en algunos casos, de foros, ante los que se someten determinados grupos de personas, en función de su origen étnico, religioso, etc. Algunos ejemplos

⁴⁷ En este sentido se pronuncian: DE NOVA, Rodolfo: "Les Systèmes Juridiques Complexes en Droit International Privé". En: *Revue Critique de Droit International Privé. Librairie Du Recueil Sirey*. Paris, 1955, p. 1 ; GANNAGE, Pierre: "L'Influence du Pluralisme des Statuts Personnels dans les Droits Internes des Pays du Proche – Orient sur les Règles de Droit International Privé". En: *Journal du Droit International*. Editions Techniques S.A. Paris, 1965, p. 291; PARRA ARANGUREN, Gonzalo: *Curso General de Derecho Internacional Privado. Problemas selectos y otros estudios*. Universidad Central de Venezuela, Facultad de Ciencias Jurídicas y Políticas. Caracas, 1998, p. 112; y MAEKELT, Tatiana B.: "Ordenamientos Jurídicos Complejos". En: *Ley de Derecho Internacional Privado Comentada*. T. I. Universidad Central de Venezuela, Facultad de Ciencias Jurídicas y Políticas - Consejo de Desarrollo Científico y Humanístico. Caracas, 2005, p. 207.

de países donde se han manifestados estos conflictos, son La India, Irak, Marruecos, etc.

Se evidencia la aparición de conflictos interpersonales en países donde existe o existió un imperio colonial, en donde a pesar de la introducción de una legislación de fuente metropolitana, las leyes y costumbres locales se han mantenido. Por tanto, la coexistencia de ordenamientos jurídicos encuentra su fundamento en la diferencia de civilizaciones. Incluso, al abordarse el estudio de los conflictos interpersonales se hace alusión al conflicto colonial, el cual comprende: 1) la selección entre la ley indígena y la metropolitana vigente en la colonia, es decir, el llamado conflicto colonial tipo; y 2) el que surge entre una ley indígena con respecto de otra ley indígena⁴⁸.

Además los conflictos interpersonales surgen en Estados donde han sobrevivido divergencias entre el ordenamiento jurídico estatal y el de determinadas comunidades eclesíásticas, es decir, los llamados conflictos interconfesionales.

2.2 Características de los conflictos interpersonales

Como características de los conflictos interpersonales podemos enumerar:

- ✓ Surgen sólo en Estados plurilegislativos *ratione personae*, en los cuales existen diversos ordenamientos jurídicos aplicables, dada

⁴⁸ BATIFFOL, Henri: *Droit International Privé*. Tome I. Librairie Générale de Droit et de Jurisprudence. Paris, 1970, p. 315; VITTA, Edoardo: "Conflitti di Leggi, Interni ed Internazionali"... op. cit., pp. 561 - 562; y AGUILAR NAVARRO, Mariano: *Derecho Internacional Privado*. Facultad de Derecho de la Universidad Complutense de Madrid. Vol. I, Tomo II, parte primera. Madrid, 1977, p. 41.

la condición religiosa, étnica o tribal de un grupo determinado de sus pobladores.

- ✓ Carencia de homogeneidad social en el Estado plurilegislativo, factor este denominado por VITTA “soporte sociológico de los conflictos interpersonales”; y el cual exige buscar métodos jurídicos de coexistencia, para evitar así la imposición del orden jurídico de un grupo sobre el de los restantes⁴⁹.

- ✓ Constituyen un género amplio, por cuanto cada una de las diversas manifestaciones de los conflictos interpersonales merece un tratamiento distintivo. De esta manera, los conflictos interpersonales basados en contextos coloniales y los que tienen soportes interconfesionales no pueden ser considerados como equivalentes⁵⁰.

- ✓ Los conflictos interpersonales se diferencian de los interterritoriales. Aunque el mecanismo de la norma de conflicto sigue funcionando con notas muy peculiares tanto en unos como otros, los conflictos interpersonales se diferencian de los interterritoriales, con respecto a los factores de conexión, donde el domicilio será el factor de conexión relevante en los conflictos interlocales y la religión, la estirpe, la raza, así como, la autonomía de la voluntad con una acción más intensa, lo será en los interpersonales. Otra diferencia entre ambos conflictos, se observa en la especial naturaleza del foro en los conflictos de carácter interpersonal. Se debe pensar así en la significación que tienen los tribunales religiosos en las diferentes confesiones, comenzando por los canónicos y los rabínicos⁵¹. Asimismo,

⁴⁹ VITTA, Edoardo: “Conflitti di Leggi, Interni ed Internazionali”...op. cit., pp. 605 - 613.

⁵⁰ AGUILAR NAVARRO, Mariano: *Derecho Internacional*... op. cit., pp. 41 - 42.

⁵¹ *Ibíd.*, p. 42.

observamos esta especialidad del foro en la jurisdicción especial indígena.

2.3 El principio de unidad jurisdiccional

En el capítulo III estudiaremos con profundidad la institución de la jurisdicción especial indígena, pero debemos avanzar que diversos instrumentos legales, estatales y convencionales reconocen la potestad de estos foros especiales, así como, prevén su posible colisión con la jurisdicción ordinaria dentro de un Estado⁵².

Partamos de la idea que un país puede tener una pluralidad legislativa con base territorial, por ejemplo, ser un Estado federal y, al mismo tiempo, ostentar una pluralidad legislativa con base personal, por ejemplo, tener un porcentaje de población indígena con sus respectivos derechos reconocidos (por ejemplo México y Brasil). Asimismo, un país puede ser unitario territorialmente y poseer una pluralidad legislativa *ratione personae*. Por ejemplo, la Constitución Política del Perú en el artículo 43 establece que el Estado es uno e indivisible, e igualmente, el artículo 2. 19 del mismo Texto reconoce y protege la pluralidad étnica y cultural de la Nación⁵³. Asimismo, el artículo 1 de la Constitución de Ecuador define al Estado como unitario, intercultural y plurinacional⁵⁴.

Dentro del contexto anterior puede surgir cierta contradicción, ya que por un lado se encuentran las jurisdicciones especiales de los pueblos indígenas, reconocidas en las constituciones nacionales y tratados

⁵² Por ejemplo: artículos 8 y 9 del Convenio 169 de la OIT y el artículo 134.1 de la Ley Orgánica de Pueblos y Comunidades Indígenas venezolana.

⁵³ Entró en vigencia en fecha 31/12/1993. Última reforma registrada: introducida por la Ley N° 28.607, de fecha 4/12/ 2005.

⁵⁴ Registro Oficial N° 449, de fecha 24/10/2008.

internacionales y; simultáneamente, tiene vigencia el principio de unidad de jurisdicción dentro de las fronteras de los mismos Estados. Vemos como el artículo 139.1 de la Constitución del Perú consagra la unidad y exclusividad de la función jurisdiccional. Al mismo tiempo, el artículo 149 de la misma Carta Magna, estipula que las autoridades de las comunidades campesinas y nativas, con el apoyo de las Rondas Campesinas, están facultadas para el ejercicio de las funciones jurisdiccionales dentro de su ámbito territorial y conforme al Derecho consuetudinario.

El artículo 1 de la Constitución de Bolivia define al Estado como unitario social de Derecho Plurinacional. El artículo 179 del mismo Texto determina que la función jurisdiccional es única; al mismo tiempo que, el artículo 190 reconoce las potestades jurisdiccionales de los pueblos indígenas originarios campesinos. Además, el artículo 4 de la Ley de Deslinde Jurisdiccional boliviana⁵⁵, establece que la misma se regirá por los principios de: a) Respeto a la Unidad e Integridad del Estado Plurinacional, entendiendo que el ejercicio de las jurisdicciones constitucionalmente fijadas, en el marco del pluralismo jurídico, tiene la finalidad de preservar la unidad y la integridad territorial del Estado Plurinacional; y...e) Pluralismo Jurídico con igualdad jerárquica, mediante el cual se respeta y garantiza la coexistencia, convivencia e independencia de los diferentes sistemas jurídicos dentro del Estado Plurinacional de Bolivia, en igualdad de jerarquía.

Se verifica la situación antes expuesta, igualmente, en la Constitución de Ecuador en su artículo 168. 3 (unidad de la jurisdicción) y su artículo 171 (jurisdicción especial indígena) o en Venezuela, con el artículo 260 de la Constitución venezolana⁵⁶ (jurisdicción especial

⁵⁵ Ley 073 de Deslinde Jurisdiccional. Promulgada en fecha 29/12/2010. (ANEXO IV).

⁵⁶ Publicada en Gaceta Oficial N° 5.453, de fecha 24/03/2000. Aunque el artículo 4 de esta Constitución define al Estado venezolano como federal descentralizado, debe entenderse que la organización territorial y judicial de este país responde a la de un Estado unitario.

indígena) y el artículo 1 del Código de Procedimiento Civil⁵⁷ (principio de unidad de jurisdicción). Al estudiar la doctrina observamos que para una parte, en los Estados unitarios a diferencia de los federales, la unidad jurisdiccional tiene relación directa con la unidad de soberanía. Para otra, el dogma de la unidad de jurisdicción no radica directa e inmediatamente en la soberanía, encontrando su fundamento en la independencia⁵⁸.

Frente a tal disyuntiva, adelantaremos que el principio de unidad jurisdiccional consagra que la jurisdicción es una y exclusivamente la ejercen los jueces y magistrados que integran el Poder Judicial. Este principio subsume al principio de exclusividad, pues no podrá atribuirse la potestad jurisdiccional a ningún órgano que no integre el Poder Judicial. El principio de unidad de jurisdicción ha sido catalogado incluso, como un axioma del estado de Derecho. Entendiendo que, el principio de igualdad ante la ley requiere el sometimiento de todos a tribunales de una misma naturaleza, sin que puedan tener cabida fueros privilegiados por motivos de las condiciones personales o sociales⁵⁹.

Cabe preguntarnos entonces: ¿El principio de unidad de jurisdicción es absoluto? ¿El reconocimiento a la jurisdicción especial indígena es una excepción al principio en cuestión? Cuando colisionan la jurisdicción ordinaria y la jurisdicción especial indígena ¿ante qué tipo de conflictos estamos? Luego de analizar el supuesto con detención, aseveramos que nos encontramos ante los clásicos conflictos interpersonales que hemos estudiado. No obstante, ¿cuál es la solución idónea para estas colisiones? El momento propicio para dar respuestas a todas estas interrogantes será el capítulo IV (*infra* pp. 172 - 183).

⁵⁷ Publicado en Gaceta Oficial de la República de Venezuela N° 4.209, de fecha 18/09/1990.

⁵⁸ GIMENO SENDRA, José Vicente: *Fundamentos del Derecho Procesal (Jurisdicción, Acción y Proceso)*. Editorial Civitas. Madrid, 1981, p. 90; y BUJOSA VADELL, Lorenzo Mateo: "La Unidad Jurisdiccional y la Llamada Jurisdicción Militar". En: *Justicia*. N° 3/4. J.M Bosch Editor. Barcelona, 1997, p.994.

⁵⁹ DÍEZ- PICAZZO, Luis María: *Régimen Constitucional del Poder Judicial*. Editorial Civitas. Madrid, 1991, p. 35; y FAIREN GUILLEN, Víctor: *Doctrina General del Derecho Procesal (Hacia una teoría y Ley procesal generales)*. Librería Bosch. Barcelona, 1990, p. 117.

3. Protección internacional de los pueblos indígenas

Desde inicios del siglo XX comenzaron a sentirse internacionalmente 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 estos pueblos, iniciando una serie de estudios sobre el trabajo de los jornaleros de estos grupos étnicos. Para 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° 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 tema⁶⁰.

3.1 Convenio N° 169 sobre Pueblos Indígenas y Tribales en Países Independientes. Organización Internacional del Trabajo (1989)

El Convenio N° 169 de la Organización Internacional de Trabajo sobre Pueblos Indígenas y Tribales del año 1989, sustituyó al Convenio N° 107 de 1957 y constituyó un viraje significativo en la concepción global que los Estados tenían acerca de las etnias indígenas. Para determinar la ideología que fundamenta este Convenio, necesariamente se debe acudir a su preámbulo, el cual manifiesta las aspiraciones que tienen los pueblos

⁶⁰ ROCHA, Mónica: "El Estatuto de los "Pueblos Indígenas" en el Derecho Internacional". En: *Derecho y Poder: la cuestión de la tierras y los pueblos indios*. Universidad Autónoma de Chapingo. Chapingo, 1995, pp. 53 - 54; y OLGUÍN MARTÍNEZ, Gabriela: *Los Mecanismos de Control de la OIT en Materia de Derechos Indígenas (Aplicación Internacional del Convenio Número 169)*. Ce - Acatl. México, D.F., 2000, pp. 15 - 17.

indígenas de: a) asumir el control de sus propias instituciones y forma de vida; b) asumir su desarrollo económico; y b) mantener y fortalecer sus identidades, lenguas y religiones, dentro del marco de los Estados que forman parte⁶¹.

Con el objeto de alcanzar los propósitos plasmados en su preámbulo, este Instrumento Internacional, como premisa universal, compromete a los Estados al respeto de todas las aspiraciones que tengan sus pueblos indígenas en relación con las decisiones que los involucran. El Convenio N° 169 de la OIT contiene 35 artículos que se encuentran distribuidos en X partes: I.- Política General; II.- Tierras; III.- Contratación y Condiciones de Empleo; IV.- Formación Profesional, Artesanía e Industrias Rurales; V.- Seguridad Social y Salud; VI.- Educación y Medios de Comunicación; VII.- Contactos a Través de las Fronteras; VIII.- Administración; IX.- Disposiciones Generales; X.- Disposiciones Finales. Estos 35 artículos, en línea general, promueven: a) la integridad cultural indígena; b) los derechos sobre tierras y recursos; y c) la no discriminación en la esfera del bienestar social⁶².

En relación con nuestro tema, el artículo 8 del Convenio N° 169 reconoce el Derecho consuetudinario y las instituciones propias indígenas, siempre que no sean incompatibles con el sistema jurídico nacional y los derechos humanos internacionalmente reconocidos. El artículo 9 establece que deberán respetarse los métodos que los pueblos indígenas desarrollan tradicionalmente para la represión de los delitos llevados a cabo por sus integrantes. Igualmente, este Convenio establece que las autoridades y los tribunales de los sistemas nacionales, llamados a pronunciarse sobre cuestiones penales, deberán tomar en consideración las costumbres de estos pueblos.

⁶¹ En este orden de ideas se pronuncia: ANAYA, S. Jame: *Los pueblos indígenas en el derecho internacional*. Traducción de la segunda edición. Editorial Trotta. Universidad Internacional de Andalucía. Madrid, 2005, pp. 96 - 98.

⁶² Convenio N° 169 sobre Pueblos Indígenas y Tribales en Países Independientes de la OIT. Igualmente ver: ANAYA, S. James: *Los pueblos indígenas...* op. cit. p. 99.

Luego de la adopción del Convenio N° 169 por la Organización Internacional del Trabajo en 1989, promotores de los derechos de los pueblos indígenas expresaron su disconformidad con el lenguaje empleado por el Instrumento. Estimaron estos representantes indígenas que el lenguaje empleado en este Convenio no era lo suficientemente coercitivo para regular el comportamiento de los Estados en relación con los intereses de sus pueblos indígenas⁶³.

Las críticas estaban dirigidas a numerosas disposiciones de este Instrumento internacional, que contienen salvaguardias u optan por la figura de la recomendación, así como, de la proclamación de la potestad de la cual gozan los Estados sobre los pueblos indígenas que los integran. Se ha sostenido, sin embargo, que gran parte de estas críticas se expresaron en términos altamente técnico - jurídicos y que esta insatisfacción, quizás, se produjo por no haber logrado, en definitiva, un Convenio con un texto más categórico. A pesar de las críticas que han generado los términos empleados en el Convenio 169 de la OIT, no se puede negar que este Instrumento debe entenderse como un gran logro del movimiento indigenista mundial, pues con él se alcanzó un mayor reconocimiento internacional de las demandas de las etnias indígenas⁶⁴.

3.2 Declaración de las Naciones Unidas sobre los Derechos de los Pueblos Indígenas (2007)

La Declaración sobre los Derechos de los Pueblos Indígenas fue adoptada el 13 de septiembre de 2007, en Nueva York, durante el sexagésimo primer período de sesiones de la Asamblea General de las

⁶³ *Ibíd.*, p. 99

⁶⁴ *Ibíd.*, p. 99. Igualmente ver: BELLO, Luis Jesús: *Derechos de los Pueblos Indígenas en el Nuevo Ordenamiento Jurídico Venezolano*. Grupo Internacional de Trabajo sobre Asuntos Indígenas (IWGIA). Venezuela, 2005, p. 261.

Naciones Unidas y figura en el anexo de la Resolución N° A/RES/61/295⁶⁵. Esta Declaración, sin tener carácter vinculante para los Estados, constituye un punto de referencia obligatorio dentro del orden jurídico universal. La misma se logró luego de veintidós años de consultas y diálogos entre gobiernos y pueblos indígenas de todas las regiones del mundo.

La Declaración fue adoptada por una mayoría 144 Estados a favor, 4 votos en contra (Australia, Canadá, Nueva Zelanda y Estados Unidos de América) y 11 abstenciones (Azerbaiján, Bangladesh, Bután, Burundi, Colombia, Georgia, Kenia, Nigeria, La Federación Rusa, Samoa y Ucrania). El Proyecto fue concluido en 1994, pero, debió esperarse hasta 2007 para verificar la adopción definitiva del Texto.

Este Instrumento establece un marco universal de estándares mínimos para la dignidad, bienestar y derechos de todos los pueblos indígenas. La Declaración aborda, entre otras temáticas, los derechos individuales y colectivos incluyendo aspectos referentes a la identidad cultural, la educación, el empleo y el idioma. La Declaración también condena la discriminación contra los pueblos indígenas y promueve su plena y efectiva participación en todos los asuntos que les atañen. De igual manera, el Instrumento garantiza su derecho a la diferencia y al logro de sus propias prioridades en cuanto al desarrollo económico, social y cultural. Además estimula explícitamente las relaciones de cooperación entre los Estados y los pueblos indígenas.

La Declaración también se pronuncia concretamente en relación con el objeto de nuestra investigación. Los artículos 5, 34, 35 y 40 del Texto reconocen y desarrollan el derecho que tienen los pueblos indígenas a mantener y fortalecer sus instituciones, tradiciones, costumbres y sistemas jurídicos, así como, sus medios de resolución de controversias pacífica,

⁶⁵ (ANEXO II).

todo esto sin contrariar las normativas internacionales de derechos humanos.

3.3 Proyecto de Declaración de la Organización de Estados Americanos sobre los Derechos de los Pueblos Indígenas

En la Organización de Estados Americanos se está revisando actualmente el texto del Proyecto de Declaración sobre los Derechos de los pueblos indígenas de América. Este Proyecto desarrolla una serie de derechos y garantías significativos para dichos pueblos, que siguen las líneas internacionales ya marcadas por el Convenio N° 169 de la OIT y la Declaración de Derechos Indígenas de las Naciones Unidas.

Del 30 de noviembre al 2 de diciembre de 2009, en Washington, bajo el seno de la Organización de Estados Americanos se llevó a cabo la Decimosegunda Reunión del Grupo de Trabajo encargada de elaborar el Proyecto de Declaración Americana sobre los Derechos de los Pueblos Indígenas. Específicamente, el Derecho propio y la jurisdicción especial indígena han sido reconocidos en los artículos 21 y 22 del último borrador del Proyecto de Declaración, que hasta la fecha tiene carácter provisional.

4. Los pueblos indígenas: en busca de una definición

El vocablo “pueblo” ha recibido distintas interpretaciones y en la actualidad no se puede hablar de la existencia de un concepto unívoco. El pueblo se concibe como un conjunto de ciudadanos que constituyen un país y, al mismo tiempo, como un conjunto de rasgos que caracterizan a un

conglomerado humano en términos territoriales, históricos, culturales, étnicos, que proporcionan un sentido de identidad. En esta última acepción los vocablos “pueblo” y “nación” suelen ser equiparados, incluso, en el entorno de las Naciones Unidas no se suelen hacer distinciones; no obstante, se emplea el término “pueblo” en un sentido más amplio. Al establecer los puntos de diferenciación entre “pueblo” y “nación”, se ha establecido que el segundo hace alusión a la ideología y a la política de nacionalismo referida a la conformación de un Estado y al hablar del primero no necesariamente se hace referencia al control de poder de un Estado. Tal diferenciación no implica que estemos ante realidades diferentes, sino frente a dos formas de percibir la realidad⁶⁶.

En el Derecho internacional no se ha conseguido unanimidad al definir a los pueblos indígenas. Desde el punto de vista antropológico se utiliza el término “pueblos indígenas” para caracterizar a un grupo no predominante en un territorio delimitado, que goza del derecho a ser reconocido como aborígen. Por ejemplo, los indígenas de Australia en particular, son denominados Aborígenes, con la letra inicial en mayúscula. Desde una perspectiva amplia, aborígen hace alusión sencillamente a “habitantes originarios”, en otras palabras, los pueblos que estaban allí primero, que se pueden autodenominar como primeros pueblos o primeras naciones. El criterio de aborígen, en ocasiones, llega a ser impreciso y poco universal. Determinar el carácter de habitantes originarios de algunas etnias indígenas en África no ha sido tarea sencilla, debido a migraciones del norte del continente que causaron desplazamientos a territorios de

⁶⁶ RUILOBA SANTANA, Eloy: “Una Nueva Categoría en el Panorama de la Subjetividad Internacional: El Concepto de Pueblo”. En: *Estudios de Derecho Internacional*. Homenaje al profesor Miaja de la Muela. Vol. I. Tecnos. Madrid, 1979, pp. 313 - 314; y DE LA CRUZ, Rodrigo: “Los Derechos de los Indígenas. Un tema milenarista cobra nueva fuerza”. En: *Derechos de los Pueblos Indígenas. Situación Jurídica y Políticas de Estado*. Comp. Ramón Torres Galarza. CEPLAES. Ecuador, p. 10.

otros pueblos del sur, que con posterioridad los recién llegados proclamaron como tierras ancestrales⁶⁷.

Por otro lado, encontramos que las expresiones “pueblos indígenas” y “pueblos tribales” por lo general tienen significados equiparables. La distinción la encontramos en que quienes se consideran pueblos tribales no afirman o no pueden afirmar que descienden de habitantes aborígenes de un territorio. Igualmente, los vocablos “tribu” o “tribal” pueden ser percibidos como un insulto para los indígenas, de hecho, su admisión es relativa. En los Estados Unidos es plenamente aceptado el término “tribu” para denominar a los indígenas de este país, pero en Canadá no es admitido con consenso, inclinándose por el empleo de la locución “Primeras Naciones”⁶⁸.

En el presente se puede aseverar que en el Derecho internacional es unánime y generalizado el reconocimiento de los indígenas como pueblos. Circunscribiéndonos a las definiciones oficiales, el Convenio N° 107 de la Organización Internacional del Trabajo (OIT), sobre Poblaciones Tribales y Semitribales en Estados independientes de 1957, a lo largo de su contenido hacía alusión a las “poblaciones indígenas”, circunstancia que nunca convenció a los indigenistas, ya que, una de sus grandes demandas ha sido el ser reconocido como “pueblos”. Fue así como la OIT adoptó esta última expresión en el Convenio N° 169 sobre “Pueblos Indígenas y Tribales en Países Independientes” (1989), versión que sustituyó al Convenio N° 107. A simple vista la sustitución del término “población” por el de “pueblo” pareciera un mero problema de terminología, pero en definitiva representó la aceptación definitiva de la naturaleza colectiva de los derechos indígenas⁶⁹.

⁶⁷ HUGHES, Lotte: *Pueblos indígenas*. Intermón Oxfam. Barcelona, 2004, p. 19.

⁶⁸ *Ibid.*, p. 21.

⁶⁹ RODRÍGUEZ - PIÑERO, Luis: *Indigenous Peoples, Postcolonialism, and International Law. The ILO Regime (1919 -1989)*. Oxford University Press. New York, 2005, pp. 321 - 322.

La sustitución de la expresión “poblaciones indígenas” por la de “pueblos” que hizo el Convenio 169 de la OIT, tiene concordancia con los planteamientos que hacen los líderes indígenas, para quienes la expresión “poblaciones” no se ajusta a la realidad de sus diversas etnias, por tener implicaciones despectivas o limitantes. Para estos dirigentes, cuando se habla de “poblaciones” da la impresión que se está haciendo referencia a “un conglomerado de personas que no comparten una identidad precisa y se encuentran en un estado transitorio de subdesarrollo con respecto a una sociedad dominante”. En cambio, para ellos, la expresión “pueblo” muestra una tendencia a “respetar mejor la idea de que existen sociedades organizadas, con cultura e identidad propias, destinadas a perdurar, en lugar de simples agrupaciones de personas que comparten algunas características raciales o culturales”⁷⁰.

Ahora bien, la Declaración de las Naciones Unidas sobre los Derechos de los Pueblos Indígenas de 2007, disipó cualquier duda con relación a la categoría internacional de estas colectividades. El artículo 1 de esta Declaración, establece que los indígenas tienen derecho, tanto como pueblos y como personas, a disfrutar plenamente de las garantías fundamentales que han sido reconocidos en los principales instrumentos internacionales sobre la materia. En la Declaración se observa el uso plural de la palabra “pueblo”, esto responde a que hoy por hoy se conciben a los indígenas como pueblos diversos y heterogéneos⁷¹.

Otra discusión que se ha presentado al momento de buscar una definición de pueblos indígenas, la encontramos en su identificación como minorías nacionales. Al hablar de minorías se suele aludir a una categoría determinada de colectividad, específicamente una comunidad nacional o similar, diferenciada del grupo dominante dentro de un Estado. Esta

⁷⁰ BRONSTEIN, Arturo: *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...* op. cit., en: (Página Web en línea) <http://www.oit.or.cr/mdtsanjo/indig/bronste.htm>

⁷¹ OLIVA MARTÍNEZ, J. Daniel y BLÁZQUEZ MARTÍN, Diego: *Los Derechos Humanos ante los Desafíos Internacionales de la Diversidad Cultural*. Tirant lo Blanch. Valencia, 2007, p. 236.

colectividad o comunidad diferenciada puede estar asentada en un territorio estatal o fronterizo, hermanadas por un patrimonio cultural propio e innegociable (bien sea la raza, la lengua, la religión, las tradiciones, etc.), en una aguda dependencia política en relación con la estructura de poder dominante. Es de aclarar que, lo determinante en el concepto de minoría no es el número frente a la estructura de poder que domina, sino la situación de dependencia en sí misma⁷².

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 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 minorías⁷³. 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 soberano⁷⁴. En este particular estimamos que deben ser estudiados y comparados todos los casos, pues si bien es cierto que el pueblo Yanomami podría ser considerada una minoría étnica en Brasil y Venezuela, no es menos cierto, que en Bolivia la mayoría de su población es indígena, con un aproximado de 62% y un ciudadano indígena como lo es Evo Morales llegó a la jefatura del Estado.

Somos de la idea que un pueblo indígena puede ser una minoría étnica; de hecho, es un ejemplo que muestran algunos expertos en la

⁷² CAPOTORTI, Francisco: *Estudio sobre los derechos de las personas pertenecientes a minorías étnicas, religiosas y lingüísticas*. Centro de Derechos Humanos, Naciones Unidas. Nueva York, 1991, p. 6; y SORIANO, Ramón Luis: *Los Derechos de las Minorías*. Editorial MAD. Sevilla, 1999, p. 19.

⁷³ APARICIO WIHELMI, Marco: *Los pueblos indígenas y el Estado. El reconocimiento constitucional de los derechos indígenas en América Latina*. Cedecs Editorial. Barcelona, 2002, p. 5.

⁷⁴ REMIRO BROTONS, Antonio y otros: *Derecho Internacional*. Tirant lo Blanch. Valencia, 2007, p. 200.

materia que hemos citado⁷⁵. Sin embargo, nosotros 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. No debemos negar que en algún punto de las discusiones este Grupo se planteó que los pueblos indígenas pudieran gozar de la cualidad de minorías, pero no llegó a un pronunciamiento contundente⁷⁶.

Es de recordar que, en 1999 la Subcomisión de Prevención de Discriminaciones y Protección a las Minorías, en un informe en el que se pronuncian sobre los tratados celebrados entre los Estados y las poblaciones indígenas, dejó de manifiesto que estos grupos humanos no son minorías en el sentido que se utiliza en las Naciones Unidas⁷⁷.

Nosotros pensamos 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 de 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

⁷⁵ SORIANO, Ramón Luis: *Los Derechos de las Minorías... op. cit.*, pp. 19 - 20.

⁷⁶ TORRECUADRADA GARCÍA - LOZANO, Soledad: *Los pueblos indígenas en el orden internacional*. Dykinson. Madrid, 2001, p. 52.

⁷⁷ Informe Final del Estudio sobre Tratados, arreglos y otros acuerdos constructivos entre Estados y Poblaciones Indígenas, párrafo 76. En: (Página Web en líneas) <http://www.prodiversitas.bioetica.org/doc/48.htm>

colonización, siendo además, obligados a integrar los modernos Estados - nación ⁷⁸.

A continuación presentaremos una definición que a nuestro juicio es una de las más completas y nos permitirá establecer los elementos esenciales de la concepción de los pueblos Indígenas. S. James ANAYA establece que:

“Los pueblos, naciones o comunidades indígenas constituyen grupos culturalmente diferenciados, enclavados dentro de sociedades producto del imperialismo, la conquista y la colonización. El gran número de comunidades indígenas que todavía sobreviven en el continente americano..., son pueblos que generalmente se caracterizan, y así se consideran ellos mismos, como indígenas. Son indígenas porque tienen vínculos ancestrales con las tierras en las que viven, o en las que desearían vivir, de manera mucho más profunda que otros sectores de población que viven en esas mismas tierras, o junto a éstas. Además, son pueblos en la medida de que constituyen comunidades diferenciadas con una continuidad de existencia e identidad que los vincula con las comunidades, tribus o naciones de su pasado ancestral”⁷⁹.

Al desglosar la definición citada se evidencian importantes elementos que debemos desarrollar:

⁷⁸ APARICIO WIHELMI, Marco.: “El derecho de los pueblos indígenas a la Libre Determinación”. En: *Pueblos indígenas y derechos humanos*. Coord. Mikel Berraondo. Universidad de Deusto, 2006, p. 402.

⁷⁹ ANAYA, S. James: *Los pueblos indígenas...* op. cit., p. 24.

1) La descendencia: concebida como una estirpe condicionada a un hábitat ancestral. Hay quienes nos hacen reflexionar sobre si el requisito de descendencia se refiere exclusivamente a lo biológico - sanguíneo o a lo cultural, en otras palabras, se preguntan si para ser considerado sujeto de derechos indígenas, el individuo debió mantener totalmente puro su linaje. Hoy por hoy se ha concluido que no se puede hablar de la pureza histórica de una raza y, en consecuencia, no se debe concebir el término descendencia de manera rígida. Este criterio se incluye dentro del elemento objetivo que se ha atribuido a las definiciones de pueblos indígenas⁸⁰.

2) La Colonia: entendida como un proceso de sumisión tanto física como ideológica, lo que, para algunos es una referencia poco afortunada, ya que el proceso de colonización no puede ser ubicado a la ligera en un espacio temporal y territorial específico, por cuanto la colonización no se materializó en algunas regiones y en otras se llevó a cabo en diferentes etapas históricas. Este criterio, igualmente, integra el elemento objetivo que se otorga a las definiciones de pueblos indígenas⁸¹.

3) Criterio de pertenencia étnica: generalmente este elemento es denominado conciencia o sentido de identidad indígena (artículo 1.2 Convenio N° 169, OIT). Sin embargo, aquí preferimos llamarlo criterio de pertenencia étnica, pues se aleja de las controversias que trae el uso del término “conciencia” o “sentido”. Este es el elemento subjetivo de la definición y se relaciona íntimamente con la identidad del indígena con el pueblo del que forma parte. En este sentido hay quienes, al hacer un bosquejo preliminar de definición, consideran que la respuesta obvia a la

⁸⁰ CARBONELL SÁNCHEZ, Miguel: *La Constitucionalización de los Derechos Indígenas en América Latina: Una Aproximación Teórica*. En: Boletín Mexicano de Derecho Comparado, Nueva serie, año XXXVI, N° 108. México, 2003, p. 845.

⁸¹ *Ibíd.*, pp. 845 - 846.

interrogante ¿Quiénes son los pueblos indígenas?, debería ser: “quienes así se consideren”, “quienes ellos dicen que son”⁸² (*infra* pp. 130 - 136).

Los criterios enumerados son comunes en caracterizaciones de pueblos indígenas presentes en distintos instrumentos internacionales y leyes estatales sobre esta materia. Así por ejemplo, los encontramos en: el Convenio 169 de la Organización Internacional del Trabajo (OIT) (literal b, del artículo 1.1); el Convenio Constitutivo del Fondo para el Desarrollo de los Pueblos Indígenas de América Latina y el Caribe (segundo aparte del numeral 1.1, del artículo 1); la Directiva 4.20 adoptada por el Banco Mundial; la Constitución de México- reforma de 2001 (artículo 2); y la Ley Orgánica de Pueblos y Comunidades Indígenas venezolana (artículo 3.1)⁸³, entre otros.

Resulta evidente que la discusión sobre la condición de pueblos de los indígenas está superada a nivel doctrinal y normativo, exceptuando la disyuntiva sobre algunas etnias africanas y asiáticas que no son identificadas con tal concepción, pero que en definitiva depende del criterio de pertenencia de esos colectivos. Existen estudios que afirman que para comienzos del siglo XXI los pueblos indígenas del mundo cuentan con alrededor de 350 y 400 millones de personas, representando a más de 6000 lenguas y culturas, distribuidas en 70 países. En Latinoamérica y el Caribe viven entre 30 y 50 millones de indígenas, estimándose así, que existen aproximadamente 860 idiomas y diversidad de dialectos. Son 671 pueblos indígenas los que han sido reconocidos directa o indirectamente por los Estados, de los cuales 642 se encuentran en América Latina⁸⁴.

⁸² SOBERO, Yolanda: “*Conflictos Étnicos: El Caso de los Pueblos Indígenas*”... op. cit., p. 6.

⁸³ Publicada en Gaceta Oficial de la República Bolivariana de Venezuela N° 38.344, de fecha 27/12/2005 (Anexo III).

⁸⁴ *Pueblos indígenas de América Latina: antiguas inequidades, realidades heterogéneas y nuevas obligaciones para las democracias del siglo XXI*. Comisión Económica para América Latina de Naciones Unidas, Informe 2006, Capítulo III, p. 162.

5. La subjetividad internacional de los pueblos indígenas

La comunidad internacional inicialmente llegó a ser una sociedad en donde el único sujeto era el Estado soberano. Esta disminución tajante del sujeto internacional al Estado solamente tenía cabida, cuando un estricto positivismo construyó un Derecho internacional con fundamento de validez y esfera de vigencia autónomos, en cuanto a los sistemas jurídicos internos⁸⁵.

En nuestros días, el sujeto de Derecho internacional se define como aquel cuya conducta ha sido establecida de forma directa y efectiva por el denominado derecho de gentes, como contenido de un derecho u obligación determinada. Para BARBERIS, los sujetos internacionales son muy diferentes entre sí y la cantidad de derechos y obligaciones de los cuales son titulares, igualmente, tienen carácter variado. Para el autor, el número o extensión de los derechos y obligaciones de cada sujeto internacional sólo pueden precisarse estudiando las normas del derecho de gentes⁸⁶. Esta afirmación se desprende del dictamen de la Corte Internacional de Justicia sobre los daños sufridos por el servicio de las Naciones Unidas⁸⁷.

La doctrina más calificada afirma que en el presente sólo los Estados y las Organizaciones internacionales y, en casos muy delimitados, los individuos son sujetos del ordenamiento internacional. De acuerdo a esta tendencia, los sujetos de Derecho internacional son aquellos que simultáneamente son destinatarios de las normas y gozan de legitimidad para reclamar su incumplimiento o de ser ellos los infractores pueden incurrir en responsabilidad. Así pues, los pueblos quedan excluidos por no

⁸⁵ MIAJA DE LA MUELA, Adolfo.: *Introducción al Derecho Internacional Público*. 7 ed. Atlas. Madrid, 1979, p. 257.

⁸⁶ BARBERIS, Julio A.: *Los Sujetos del Derecho Internacional Actual*. Tecnos. Madrid, 1984, pp. 26 - 27. En este sentido se pronuncia igualmente: GONZÁLEZ CAMPOS, Julio Diego, SÁNCHEZ RODRÍGUEZ, Luis Ignacio y SÁENZ DE SANTA MARÍA, P. Andrés: *Curso de Derecho Internacional Público*. 4 ed. Thomson Civitas. Madrid, 2008, p. 76.

⁸⁷ CIJ: *Recueil* 1949, p. 178.

contar con todas estas cualidades⁸⁸. Se ha afirmado incluso, que si bien los individuos y los pueblos se han convertido en copartícipes o coprotagonistas en el panorama mundial, estos actores sólo han logrado aproximarse al estatus predominante del Estado soberano⁸⁹.

Aquí somos partidarios de la tendencia jurídica antes expuesta; no obstante, luego de analizar la condición de pueblo de la cual gozan los indígenas y constatar su reconocimiento al derecho de libre determinación que hizo la Declaración de las Naciones Unidas de 2007, consideramos que esta categoría de colectivos reviste particularidades que los diferencian de otros casos concretos. Dentro de esta directriz, para TORRECUADRADA GARCÍA – LOZANO, los pueblos indígenas tienen una subjetividad internacional limitada, figurando en la gran mayoría de los textos internacionales como objeto y no como sujeto de regulación⁹⁰.

Frente a esta disyuntiva, concluimos que actualmente la subjetividad internacional de los indígenas se concibe desde una perspectiva axiológica y funcional. Esta es una subjetividad que presenta restricciones en cuanto a la capacidad de dichos pueblos, limitándose al ejercicio de derechos concretos y asumiendo ciertas obligaciones que derivan de los mismos⁹¹.

⁸⁸ PASTOR RIDRUEJO, José Antonio: *Curso de Derecho Internacional Público y Organizaciones Internacionales*. 14 ed. Tecnos. Madrid, 2010, p. 280.

⁸⁹ CASSESE, Antonio: *Los Derechos Humanos en el Mundo Contemporáneo*. Editorial Ariel. Traducción de Atilio Pentimalli Melacrino y Blanca Ribera de Madariaga. Barcelona, 1991, p. 235.

⁹⁰ TORRECUADRADA GARCÍA - LOZANO, Soledad: *Los pueblos indígenas en el orden internacional... op. cit.*, p. 60.

⁹¹ PASTOR RIDRUEJO, José Antonio: *Curso de Derecho Internacional Público y Organizaciones Internacionales...op. cit.*, p. 280; y DIEZ DE VELASCO, Manuel: *Instituciones de Derecho Internacional Público*. 17 ed. Tecnos. Madrid, 2009, p. 290.

CAPÍTULO II

LAS COSTUMBRES INDÍGENAS COMO FUENTES DEL DERECHO



CAPÍTULO II

LAS COSTUMBRES INDÍGENAS COMO FUENTES DEL DERECHO

1. Antecedentes históricos del reconocimiento de las costumbres de los indígenas en Latinoamérica

Durante el periodo de conquista que se verificó en el Nuevo Mundo, desde la llegada de Cristóbal Colón al continente americano, se originaron múltiples divergencias entre los europeos y los pueblos indígenas, que obligaron a la Corona de Castilla a establecer, bajo su característico estilo casuístico, un régimen jurídico que regulara la vida en sociedad de los españoles y de los naturales -indígenas - que habitaban sus novísimos dominios territoriales⁹².

Con relación al estatus legal de los indígenas durante el periodo en estudio, se produjeron interesantes debates, que dieron origen a diversas normativas legales que regularon su particular situación. Sin embargo, debemos indagar acerca de cuál fue el trato dado por los conquistadores a las costumbres ancestrales y autoridades aborígenes que regían a los pueblos originarios antes del descubrimiento.

En un principio, los españoles trataron de considerar como consuetudinario el Derecho aborígen no escrito, que hallaron al llegar al Nuevo Mundo. Pero, el orden jurídico no escrito de los indígenas americanos fue mucho más complicado que el derivado de esa simple equiparación. Tal complejidad respondía no sólo a su particular modo de vida, la variedad de sus creencias y organización socio-política, sino

⁹² En este sentido: ZORRAQUÍN BECÚ, Ricardo: *La Función de Justicia en el Derecho Indiano*. Facultad de Derecho y Ciencias Sociales de la Universidad de Buenos Aires. Instituto de Historia del Derecho. Conferencias y Comunicaciones XXIII. Buenos Aires, 1948, pp. 19 - 20; y BARRIENTOS GRANDON, Javier: *El Gobierno de Las Indias*. Fundación Rafael del Pino, Marcial Pons, Ediciones Jurídicas y Sociales, S.A. Madrid - Barcelona, 2004, p. 229.

también de las palpables diferencias de nivel cultural entre las diversas comunidades que habitaban el continente americano. Esa inicial asimilación, que posteriormente fue matizada y hasta rectificadas, siguió influyendo en la forma de abordar el fondo del problema, tomando significativa relevancia en el ámbito jurídico, pues incluso pasó a ser uno de los elementos que conformaron el Derecho indiano⁹³.

En la referida época fue necesaria la instauración de una república de los españoles y una república de los indios. En la conformación de la república de los indios la preservación de las costumbres ancestrales, que regían las vidas de los indígenas, mantuvo un lugar privilegiado; e inclusive, las prácticas tradicionales de estos pueblos nunca llegaron a desaparecer por completo. Para finales del siglo XVI, específicamente, con la Ley 2, 1,4 y la Ley 5, 2,22 contenidas en la Recopilación de 1680, se verificó un reconocimiento oficial del valor de las prácticas indígenas, con las limitantes del caso.

Tal reconocimiento abarcó aquellos usos generales propios de su idiosincrasia, al igual que aquellas costumbres vinculadas al universo de reglas jurídicas, cuya aplicación como derecho fue autorizada de forma exclusiva ante las causas motivadas entre naturales, con la condición que no fueran contrarias a la religión cristiana. Fue así que, los Derechos indígenas prehispánicos fueron recogidos e incorporados en el ordenamiento jurídico indiano, como elemento constitutivo del mismo⁹⁴.

⁹³ TAU ANZOÁTEGUI, Víctor: *El Poder de la Costumbre. Estudios sobre el Derecho Consuetudinario en América Hispánica hasta su Emancipación*. Instituto de Investigación de historia del Derecho. Buenos Aires, 2001, p. 134.

⁹⁴ BARRIENTOS GRANDON, Javier: *El Gobierno de Las Indias...* op. cit., pp. 241 - 244. En este mismo sentido se pronuncian: TAU ANZOÁTEGUI, Víctor: *La Costumbre como Fuente del Derecho Indiano en los Siglos XVI y XVII: Estudio a través de los Cabildos del Río de la Plata, Cuyo y Tucumán*. Instituto Nacional de Estudios Jurídicos. Madrid, 1973, pp. 130 -131; GÓNZALEZ DE SAN SEGUNDO, Miguel Ángel: *Derecho Prehispánico e Instituciones en el Ordenamiento Jurídico Indiano (Notas para su Estudio)*. Departamento de Historia de Derecho Español, Facultad de Derecho de la Universidad Complutense de Madrid. Madrid, 1980, pp. 54 - 85; y GONZÁLEZ DE SAN SEGUNDO, Miguel Ángel: *Un Mestizaje Jurídico, El Derecho Indiano de los Indígenas (Estudios de Historia del Derecho)*. Universidad Complutense de Madrid. Madrid, 1995, p. 350.

Ante la evidente persistencia de un orden normativo indígena emanado con anterioridad a la conquista y reconocido por la Corona de Castilla, no debe negarse, que en la época hispánica estas costumbres indígenas con la intermediación de los españoles, confrontaron conflictos, subsistieron en la medida de lo posible o se extinguieron y, en algunos casos, sufrieron un mestizaje jurídico⁹⁵.

Estableceremos además, que las máximas autoridades de los pueblos indígenas también fueron reconocidas por los conquistadores, sobreviviendo la institución del señorío indígena o cacicazgo. El término cacique fue arduamente promovido por la monarquía española. Se verifica por ejemplo como una Real Cédula del 26 de febrero de 1538 exhortó a que cualquier autoridad indígena fuese llamada "cacique". Con esta estrategia se pretendió equiparar desde los más pequeños capitanes de bandas poco numerosas hasta los reyes y nobles de los extintos imperios prehispánicos. No obstante, se prohibió el uso de la expresión de "Señor" o "Señor natural", usualmente empleada para denominar a los máximos representantes indios. Esta figura resultaba incompatible con el régimen señorial en el sentido castellano, que incursionó tímidamente en las Indias⁹⁶.

Los cacicazgos eran territorios independientes uno del otro, los cuales tenían como gobernantes a los caciques. Este gobierno era

⁹⁵ Al respecto se pronuncia: TAU ANZOÁTEGUI, Víctor: *Nuevos Horizontes en el Estudio Histórico del Derecho Indiano*. XI Congreso del Instituto Internacional de Historia del Derecho Indiano. Instituto de Investigación de Historia del Derecho. Buenos Aires, 1997, pp. 101 - 102.

⁹⁶ En el periodo de la Reconquista española, entre los siglos VIII y XV, comenzó a emplearse los conceptos de señorío como territorio bajo jurisdicción de un noble laico (señorío laico) o eclesiástico (señorío eclesiástico). En la Baja Edad Media se produjo un aumento de los señoríos jurisdiccionales, sobre todo con la nueva dinastía Trastámara. Fue así que el rey Enrique II recibió duras críticas por el otorgamiento de mercedes a la alta nobleza como recompensa por el apoyo recibido en la guerra civil contra su hermano Pedro I. Gran parte de los pueblos y villas que antes eran de realengo pasaron a la condición de señorío. Esto no implicaba la propiedad ni el dominio sobre las tierras, sino el conjunto de derechos señoriales, que en la práctica consistía en el derecho a percibir buena parte del excedente de la producción, materializándose a través de impuestos. Históricamente suele hacerse una distinción entre: a) señorío territorial o señorío solariego, que era el más aproximado al feudo, así como, b) el señorío jurisdiccional, en donde los privilegios del señor consistían en el cobro de derechos señoriales de origen político y judicial. Pero esta diferenciación tanto en la práctica como en la documentación histórica resulta imprecisa.

hereditario, así como, absoluto y a la población se le exigía obediencia y sumisión a tal autoridad. En un principio, como consecuencia de las Leyes de Burgos y la implementación de la encomienda, los caciques fueron considerados incapaces y perdieron sus derechos de autoridad o su potestad señorial frente a los indígenas que venían siendo sus vasallos y; por ende, estos señoríos se fueron dispersando. Posteriormente se adoptaron medidas promovidas por asiduos defensores de los intereses de los pueblos originarios, que alcanzaron el restablecimiento de la estructura señorial indígena. Entonces: a) nuevamente fue admitido el título de “Señores naturales”; b) las causas de privación de cacicazgos serían conocidas exclusivamente por las Audiencias, buscando así, seguridad jurídica en los procesos; c) se ordenó la restitución de los señoríos a sus caciques despojados injustamente; y d) se reconstituyeron los cacicazgos desmembrados y dispersos⁹⁷.

Es innegable que para la época de la conquista española en América se produjeron progresivos abusos sobre los pueblos indígenas; sin embargo, no se debe negar que existió una normativa que pretendió, dentro de lo que cabe, preservar su subsistencia. Incluso, existen historiadores que han afirmado que luego de la independencia y constitución de los nuevos Estados, los pueblos indígenas fueron víctimas de arbitrariedades y despojos no verificados en tiempos de la conquista⁹⁸.

Las funciones políticas, militares, judiciales y de mediación que la corona española había reconocido a los indígenas, comenzaron a mermar con la creación de los Estados y el establecimiento de los criollos y los extranjeros. En el caso argentino por ejemplo, se puede afirmar que para 1885 el poder de los caciques se había debilitado considerablemente en comparación al poder que ejercían en los años de esplendor de las

⁹⁷ GONZÁLEZ DE SAN SEGUNDO, Miguel Ángel: *Un Mestizaje Jurídico...* op. cit., pp. 349 - 350. El mismo autor se pronuncia en: GONZÁLEZ DE SAN SEGUNDO, Miguel Ángel: *Derecho Prehispánico e Instituciones en el Ordenamiento Jurídico Indiano...* op. cit., pp. 105 - 139.

⁹⁸ MARILUZ URQUIJO, José María: *El Régimen de la Tierra en el Derecho Indiano*. 2ª ed. Editorial Perrot. Buenos Aires, 1978, p. 32.

jefaturas, viéndose obligados a adaptarse, en lo posible, a la nueva situación nacional⁹⁹.

En definitiva, que las costumbres y autoridades aborígenes no fueran ignoradas por el Imperio español durante la época de la conquista, representa un antecedente del reconocimiento del Derecho y la jurisdicción especial de las etnias indígenas latinoamericanas, que a nivel estatal e internacional se ha concretado en los últimos años.

2. Las Costumbres indígenas como fuentes del Derecho

Legislaciones en el plano internacional y nacional han reconocido las “costumbres” de las etnias indígenas y es importante determinar cómo las mismas son fuentes del Derecho, desde la perspectiva de los ordenamientos jurídicos que le han otorgado dicho reconocimiento.

Es innegable que el conjunto de códigos hispanoamericanos asumieron el tratamiento de la costumbre como fuente civil, íntimamente adheridos a la concepción normativa del Código francés. Un análisis superficial deja ver la sustancial identidad de las concepciones sostenidas, aunque también es cierto que, se pueden establecer algunas diferencias y aún más, efectuar un reagrupamiento de tipologías. De manera general, la costumbre en los Derechos hispanoamericanos está consagrada de forma

⁹⁹ ARGERI, María Elba: *De Guerreros a Delincuentes. La Desarticulación de las Jefaturas Indígenas y el Poder Judicial. Norpatagonia, 1880 - 1930*. Consejo Superior de Investigaciones Científicas, Instituto de Historia. Madrid, 2005, pp. 167 -176.

subordinada a la ley, excepto en los casos donde se verifica una remisión expresa del ordenamiento legislativo que le otorgan valor normativo¹⁰⁰.

Al desarrollar el siguiente apartado, no buscamos equiparar o encajar la noción de Derechos indígena a la concepción occidental de costumbre o Derecho consuetudinario. Pero consideramos acertado, analizar cómo la costumbre es fuente en los ordenamientos jurídicos latinoamericanos que han otorgado valor jurídico al Derecho indígena; ordenamientos que en definitiva, tienen un marcado corte europeo. El caso específico del reconocimiento de los Derechos indígenas que realizó España al ratificar el Convenio N° 169 de OIT, lo abordaremos en el capítulo VII.

Por ejemplo, el artículo 119 de la Constitución venezolana reconoce las costumbres de sus pueblos indígenas. En contraste, el artículo 7 del Código Civil¹⁰¹ del mismo país, consagra que no se podrá alegar la inobservancia de la ley en aplicación de costumbres por antiguas y universales que sean. En este caso existe un mandato constitucional que remite expresamente a las costumbres indígenas y éstas no podrán quedar subordinadas a la ley. Entonces, en asuntos que involucren a pueblos indígenas queda sin efecto la estipulación del artículo 7 del Código Civil venezolano.

Desde la óptica antes expuesta estableceremos que, aunque los indígenas latinoamericanos cuentan con sistemas normativos no escritos, resulta innegable que fue un cuerpo normativo positivo, “la Constitución”, la que los consagró en los sistemas nacionales, de allí la expresión “reconocimiento”, que claramente da a entender que ya existían y ahora se está aceptando su valor jurídico.

¹⁰⁰ HERNÁNDEZ –GIL ALVARÉS – CIENFUEGOS, ANTONIO y ZULETA PUCEIRO, Enrique: *El Tratamiento de la Costumbre en la Codificación Civil Hispanoamericana*. Sucesores de Rivadeneyra. Madrid, 1976, p. 34.

¹⁰¹ Publicado en Gaceta Oficial N° 2.990, de fecha 26/07/1982.

A continuación estudiaremos la costumbre como fuente del Derecho.

2.1 La costumbre como fuente del Derecho

Las normas a las que les otorgamos valor jurídico y consideramos obligatorias, para obtener tal carácter necesitan ser exteriorizadas de alguna manera. Las formas de exteriorización son las llamadas fuentes del Derecho. La palabra “fuente” es multívoca, al emplearla se puede hacer referencia al origen del Derecho, en otras palabras, a las causas que lo han creado o configurado tal como es. La misma palabra se puede interpretar como manifestación del Derecho, como la expresión visible y concreta del mismo. De igual forma, la fuente se puede entender como la autoridad de la que emana el Derecho. Se le puede atribuir también el significado de fundamento de validez de las normas jurídicas¹⁰².

Es preciso no confundir la idea de fuente del Derecho con la de fuente del conocimiento. Son fuentes del Derecho aquellas de las cuales derivan las reglas jurídicas que tutelan la vida de los pueblos. En cambio, las fuentes de conocimiento son las que además sirven para adquirir noción de la existencia y evolución jurídica de cualquier colectividad en sus diversas manifestaciones. Una definición precisa de fuentes del Derecho que nos acerca a su principal función, las concibe como criterios de objetividad con los que cuentan jueces, abogados y juristas para alcanzar

¹⁰²GARCÍA ALAS Y GARCÍA ARGÜELLES, Leopoldo: *Las fuentes del Derecho y el Código Alemán*. Vol. XIII. Hijos de Reus. Madrid, 1917, p.11; y CUETO RUA, Julio: *Fuentes del Derecho*. Reimpresión. Abeledo – Perrot. Buenos Aires, 1982, pp. 13 - 14.

respuestas a las interrogantes de la vida social, susceptibles a ser compartidos con los integrantes del grupo¹⁰³.

Ahora bien, ¿por qué las leyes, las costumbres, la doctrina y la jurisprudencia pueden ser consideradas fuentes del Derecho? ¿Cómo aportan criterios de objetividad a quienes se basan en ellas para dar solución a los conflictos? Para responder nos dice CUETO RUA, que estas fuentes son hechos sociales susceptibles de verificación directa, que infieren un determinado criterio para la solución de los casos concretos. Particularmente la costumbre, tiene como prerrogativa, el poder señalar en la mayoría de los casos, cuál ha sido la reacción espontánea e intuitiva de los integrantes del grupo social ante un conflicto que exigía la elección de un determinado rumbo. La objetividad vendría dada por la conducta social silenciosamente acontecida. Concluye el citado autor, que ese silencioso testimonio es más elocuente que el brillante voto de un gran juez, o la inspirada página de un jurista, o la meditada reglamentación de un legislador¹⁰⁴.

Tradicionalmente las fuentes del Derecho han sido clasificadas en un sentido material y en un sentido formal. Las fuentes materiales del Derecho vendrían a ser los factores, fenómenos o acontecimientos, de diferente naturaleza y significación, que contribuyen a determinar y fijar el contenido de la norma jurídica. Tales fuentes tienen una significación primordialmente sociológica¹⁰⁵, como podrían ser el medio geográfico, el clima, las riquezas naturales, las ideas políticas, morales, religiosas y jurídicas de un pueblo. Las fuentes materiales, que se aplican solo cuando se agotan las formales, son: la doctrina, la jurisprudencia y la equidad.

¹⁰³CUETO RUA, Julio: *Fuentes del Derecho...*op. cit., p. 18; y ARNÉS Y ENCINAS, Manuel: *La Evolución Histórica y Estado Actual de la Costumbre*. Imp. del Asilo de Huérfanos del S. C. de Jesús. Madrid, 1907, p.4.

¹⁰⁴ CUETO RUA, Julio: *Fuentes del Derecho...*op. cit., pp. 20 - 21.

¹⁰⁵ MONTERO BALLESTEROS, Alberto: *Las Fuentes del Derecho*. Universidad de Murcia. Lérica, 1993, p. 9.

Las fuentes en sentido formal son los hechos de producción jurídica que implican una innovación en el mundo del Derecho, de forma tal, que la juridicidad de las fuentes está en la cualidad intrínseca de esos hechos que los capacita para la producción jurídica¹⁰⁶. Las fuentes formales del Derecho son imperativas y son las únicas a las que el intérprete debe ceñirse para decidir los casos que se le presentan. Durante el siglo pasado la única fuente formal con fuerza suficiente para resolver las controversias era la ley; por consiguiente, sólo ante sus lagunas podía recurrirse a las demás. Hoy por hoy, aunque continúa el predominio de la ley, algunos ordenamientos jurídicos aceptan como fuentes formales, a la costumbre y a las sentencias dictadas por los tribunales de casación.

Por ejemplo, en España la costumbre tiene carácter de fuente formal, junto a la ley y los principios generales del derecho (artículo 1.1 del Código Civil Español). La jurisprudencia queda excluida como fuente, teniendo sólo valor complementario en dicho ordenamiento (artículo 1.6 del Código Civil Español). En cambio, en los sistemas legales de México y Guatemala la jurisprudencia si es considerada fuente formal (artículos 192 al 197b de la Ley de Amparos de México¹⁰⁷ y artículos 621 y 627 del Código de Procedimiento Civil y Mercantil de Guatemala¹⁰⁸).

2.2 La costumbre en la historia

En Roma se evidencia la presencia de un sistema jurídico abierto, donde la costumbre, expresión del Derecho no escrito, fue en los primeros tiempos la única forma de la que se valía el Derecho para exteriorizarse.

¹⁰⁶ DE CABO MARTÍN, Carlos: *La Reforma Constitucional en la Perspectiva de las Fuentes del Derecho*. Editorial Trotta. Madrid, 2003, p. 27.

¹⁰⁷ Publicada en el Diario Oficial de la Federación, de fecha 10/01/1936. Última reforma publicada en el Diario Oficial, de fecha 17/06/2009.

¹⁰⁸ Decreto N° 107. Decreto Ley 107 de fecha 14/09/1963. Publicado en el Diario Oficial los días 19, 20, 21 y 23/12/1963.

Durante la época que precedió a las XII Tablas, el Derecho fue consuetudinario y se evidencia como los magistrados y jurisconsultos romanos promovieron la flexibilidad y continuidad de la producción consuetudinaria¹⁰⁹.

Los conceptos Derecho y costumbre son distinguidos por los romanos desde la antigüedad. El vocablo *mos* abarcaba los preceptos morales cuya observancia era prescrita al hombre por su conciencia (ética-moral) y los usos de observancia no coercible. Las *mores maiorum*, aludían a la buena tradición de los antepasados, manifestación propia del espíritu conservador de los romanos. Las *mores*, entendidas como el tácito acuerdo del pueblo, arraigado por una larga costumbre, incluían también ciertas instituciones jurídicas muy antiguas, de origen legal o desconocido¹¹⁰.

La ley escrita penetró en Roma cuando comenzó la República. Aunque se debe tener presente que las XII Tablas, elaboradas en el siglo V a. C, se basaron en costumbres latinas ya existentes y se puede inferir de su texto, la existencia de una gran cantidad de costumbres sobre las que no profundiza¹¹¹. No dice SUMNER MAINÉ, que las XII Tablas se redactaron cuando las costumbres del pueblo eran aún puras y cien años después hubiese podido ser muy tarde¹¹².

Luego del fallido deseo de Julio César de lograr una codificación de la jurisprudencia republicana, surgió el Edicto de Perpetuo en la primera

¹⁰⁹ OLIVER SOLA, María Cruz: *La costumbre como Fuente del Derecho Navarro*. Gobierno de Navarra. Pamplona, 1991, p. 30.

¹¹⁰ KASER, Max: *Derecho Romano Privado*. Versión directa de la 5ª edición alemana por José SANTA CRUZ TEIJEIRO. 2ª ed. Reus. Madrid, 1982, pp. 25 - 26; y GARCÍA - GALLO, Alfonso: *Manual de Historia del Derecho Español II*. 10ª reimpresión de la 9ª ed. A.G. E.S.A. Madrid, 1984, p. 52.

¹¹¹ BUCKLAND, W.W y McNAIR, K.C., LL.D., Arnold: *Derecho Romano y << Common Law >> Una comparación en esbozo*. Traducción española de Ignacio CREMADES UGARTE. Universidad Complutense de Madrid. Madrid, 1994, p. 35.

¹¹² SUMNER MAINÉ, Henry: *El Derecho Antiguo. Considerado en sus Relaciones con la Historia de la Sociedad Primitiva y con las Instituciones Modernas*. Traducción del francés, cotejada con el original por A. GERRA. Tipografía de Alfredo Alonso. Madrid, 1893, p. 25.

mitad del siglo II d. C. Posteriormente, se inició con auge la tendencia codificadora, en principio, con un sentido compilatorio y de carácter privado, siendo los Códigos de Gregorio y de Hermógenes un ejemplo. Después la codificación se desarrolló con un sentido público, encontramos así, el Código de Teodosiano y la Ley de Citas, en su intento de organizar el enorme caudal de jurisprudencia. La consagración del sistema jurídico de ley escrita que le concede a ésta un carácter prioritario, la lleva a cabo Justiniano en el siglo VI, ante la necesidad imperiosa, compulsiva, pero finalmente no alcanzada, de reunificar a las dos grandes porciones del Imperio Romano¹¹³.

Los pueblos germánicos que invadieron Roma, al igual que sus antepasados le daban gran valor a las costumbres y hábitos antiguos. Sin embargo, sus jefes tenían la consigna de someter al pueblo a un régimen copiado del romano y lograr cristianizar sus vidas, lo cual limitó la fuerza que podía tener la costumbre. El estudio de los textos conservados ha evidenciado un intento por excluir la costumbre cuando fuese contra la utilidad pública, otorgándole valor sólo como fuente subsidiaria de la ley¹¹⁴.

Los primeros glosadores son defensores arduos de las leyes del emperador. A las leyes particulares y las costumbres de las ciudades no le reconocen fuerza derogatoria ante la ley. IRNERIO explica el fragmento de Juliano porque en sus tiempos aún podía hablarse de *concesus populi*; no obstante, desde que el emperador obtuvo el Poder, sus leyes ya no podían ser derogadas por la costumbre. Tal doctrina era discordante con la realidad política de Italia, por lo que era vista con desagrado por los güelfos y no fue aceptada por los letrados, que se encontraban al servicio de las ciudades, así como, por los feudistas, defensores de los intereses de la nobleza. Luego se produjo un profundo cambio, en donde los glosadores

¹¹³ SOTO SOBREYRA Y SILVA, Ignacio: *Teoría de la Norma Jurídica*. 2ª ed. Editorial Porrúa. México D.F., 2003, p. 66.

¹¹⁴ DE CASTRO Y BRAVO, Federico: *Derecho Civil de España*. T.I, Vol. I, Aranzadi. Pamplona, 2008, p. 408.

lograron interpretar de forma literal el fragmento de Juliano, tratando de explicar la constitución de Constantino, diciendo que las mimas sólo prohibía que una costumbre general derogase a una ley general. Más radical fue el cambio denotado por los feudistas, donde por ejemplo, Oberto de ORTO empleó casi las palabras idénticas de Constantino, pero alterándolas hasta el punto de darle un lugar prioritario a la costumbre¹¹⁵.

En la Edad Media se observa un resurgir del Derecho consuetudinario; no obstante, se evidencia igualmente una pendencia entre el Derecho popular, cuyo origen está en la costumbre, contrapuesto al Derecho escrito que inspiran las fuentes romanas y canónicas. Así pues, los canonistas y los legistas persiguieron la consolidación del poder y la supremacía de la ley frente a los particularismos locales¹¹⁶.

En los siglos XVIII y XIX, el valor de la costumbre denotó un significativo retroceso. En la segunda mitad del siglo XVIII surgen los postglosadores, conocidos también como los comentaristas. Los mismos con apoyo de la glosa de Accursio, fundamentalmente se preocuparon por la validez jurídica de los estatutos y de las libertades jurídicas de las ciudades ante el Derecho imperial. Para alcanzar su objetivo, la obra de Juliano fue un instrumento propicio; no obstante, se vieron en la necesidad de ubicar en segundo lugar al uso y a determinar que sería el consentimiento del pueblo, la causa inmediata o próxima de la costumbre. Así pues, lograron reforzar el valor de las legislaciones municipales estatutarias y consuetudinarias, al unir la potestad de dictar leyes a la *jurisdictio* de las comunidades ciudadanas. Expresa DE CASTRO, que:

¹¹⁵ *Ibid.*, pp. 408 - 409.

¹¹⁶ CASTÁN TOBEÑAS, José: *Derecho Civil Español, Común y Foral*. T.I, Vol. I. 2ª ed. Reus. Madrid., 2005, p. 495.

“La obra de los postglosadores, si bien consigue su principal fin político, no es capaz de satisfacer las necesidades de la realidad jurídica. La teoría del *consensus populi* impedía admitir como válida a las costumbres creadas por los mercaderes, por las cofradías y oficios, por el uso de los negocios y por los mismos Tribunales. Bártolo, para admitir como costumbre a la creada por un cabildo catedralicio, tiene que abandonar su definición de las costumbre. Los autores más antiguos pensaron que admitir la costumbre de una parte del pueblo era tanto como dar fuerza legal a una *seditio*; luego, para superar la dificultad, se acude a fingir un *consensus superioris civitatis aut dominus*, y con un alejamiento cada vez mayor de la concepción democrática y ciudadana del consentimiento popular, se sostiene que éste se da mediante la actuación de los magistrados y Tribunales, y que basta o se presume del mero uso aquél conocimiento y aceptación del pueblo”¹¹⁷.

Por su parte, la doctrina del Derecho natural y la corriente codificadora se presentaban radicalmente contrarias al carácter espontáneo, propio del Derecho consuetudinario. La escuela histórica falló en su intento de neutralizar la corriente legalista de la época y en su afán de reivindicar a la costumbre como fuente jurídica por excelencia¹¹⁸. Cabe recordar la posición de SAVIGNY, quien al hablar del derecho consuetudinario como fuente del Derecho, consideraba un error admitir que la ley debía emanar de una asamblea legislativa para que se identificara con el espíritu de la nación¹¹⁹.

¹¹⁷ DE CASTRO Y BRAVO, Federico: *Derecho Civil de España...* op. cit., pp. 410 - 411.

¹¹⁸ CASTÁN TOBEÑAS, José: *Derecho Civil Español, Común y Foral...* op. cit., p. 495.

¹¹⁹ SAVIGNY, Federico Carlos: *Sistema de Derecho Romano Actual*. (Trad. J. Maesía y M. Poley). F. Tomo I. Góngora y Cía editores. Madrid, 1878, p. 44.

Desde otra perspectiva, el positivismo normativo predominante a lo largo del siglo XIX, y del que todavía quedan secuelas en muchos ordenamientos jurídicos, marcó la tendencia de negar significado a la costumbre como fuente del Derecho. Esta teoría jurídica reconoció valor a la costumbre sólo en la medida en que una ley la admitiese o autorizase, con lo cual, se le negó valor autónomo de fuente. El positivismo no consiste en una doctrina particular sino en una serie de corrientes de pensamientos que tienen, a su vez, elementos comunes pero con matizaciones ¹²⁰.

Este apego al positivismo adoptado por los ordenamientos jurídicos latinoamericanos fue una de las justificaciones que tuvo mayor peso a la hora de negar el reconocimiento jurídico a las costumbres indígenas. No haremos aquí un análisis exhaustivo de esta corriente, que sería propio de la filosofía o teoría general del Derecho. Pero, consideramos necesario entrar brevemente en su concepción, para entender como obstaculizó por tanto tiempo el desarrollo del Derecho consuetudinario de las etnias indígenas y lo complicado que resultó su superación.

Dentro del positivismo, Hans Kelsen, su principal abanderado, señala que:

“Las normas de un orden jurídico tienen que ser producidas por un acto particular de imposición. Son normas impuestas, es decir, normas positivas, elementos de un orden positivo. Si por constitución de una comunidad jurídica se entiende la norma, o las normas, que determinan cómo han de producirse- es decir, qué órganos y conforme a qué procedimiento-, sea mediante actos legislativos de intención expresa, en especial, la legislación, sea mediante la costumbre, las normas generales

¹²⁰ CUETO RUA, Julio: *Fuentes del Derecho...* op. cit., p. 79; y MIRETE, José Luis: *La Utilización de la Razón y el Positivismo Jurídico*. DM Librero – Editor. Murcia, 2007, p. 128.

del orden jurídico constitutivo de la comunidad, la norma fundante básica es aquella norma que es presupuesta cuando la costumbre mediante la cual la constitución se ha originado, o cuando ciertos actos constituyentes ejecutados conscientemente por determinados hombres, son interpretados como hechos productores de normas; cuando -en última instancia- el individuo, o la reunión de individuos que han redactado la constitución sobre la que reposa el orden jurídico, son vistos como una autoridad que impone normas”¹²¹.

Para KELSEN, estructurar el Derecho como ciencia autónoma, exige separar de ésta todo lo que pertenezca a otras ciencias, sean valores, conductas, etc., que se encuentran más relacionados a la moral, la religión o la sociología política. 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 sólo 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 pirámide¹²².

En la tendencia filosófica – jurídica neokantiana, se ha llegado a afirmar que la ciencia del Derecho no es una ciencia de normas jurídicas, sino de problemas jurídicos. En esa dirección se sostiene que el objeto de la ciencia jurídica es el Derecho posible; en otras palabras, el conjunto exhaustivo de todas las posibles soluciones, que se buscan ante todos los

¹²¹ KELSEN, Hans: *Teoría Pura del Derecho*. Traducción de la 2ª ed. en alemán, por Roberto J. VERNENGO. Universidad Nacional Autónoma de México. México, 1982, p. 206.

¹²² CORREA RUBIO, Marcial: *El Sistema Jurídico (Introducción al Derecho)*. 3ª ed. Pontificia Universidad Católica del Perú. Lima, 1987, p. 333, y RODRÍGUEZ PANIAGUA, José María: *Historia del Pensamiento Jurídico II, Siglos XIX y XX*. 7ª ed. Universidad Complutense de Madrid. Madrid, 1993, p. 587.

problemas jurídicos. Las normas jurídicas son abordadas por la técnica del Derecho, como soluciones efectivas y realizadas¹²³.

Igualmente cabe hacer mención a H.L.A HART, quien a comienzos de la década de los sesenta del siglo XX, publicó su obra “El Concepto de Derecho” (*The Concept of Law*), que lo catapultó como uno de los precursores del positivismo jurídico moderado¹²⁴. Para nuestro estudio tiene relevancia aludir al pensamiento de HART, porque el mismo al desarrollar su teoría, reiteradamente, se valió de lo que él entendía como Derecho primitivo.

HART señala que una sociedad sin leyes, tribunales o funcionarios de ningún tipo, se rige por una estructura social basada en lo que normalmente se denomina costumbre; sin embargo, para evitar las controversias en cuanto al término, él prefiere hablar de estructura social basada en reglas primarias de obligación. Señala el autor que, estas reglas deben tener como condición el poder restringir de alguna forma, el libre uso de la violencia, el robo y el engaño. Al ser éstas acciones que los seres humanos se sienten tentados a realizar, pero que en sentido general deben reprimir para lograr coexistir entre sí¹²⁵.

Para el autor citado, resulta obvio que una pequeña comunidad estrechamente unida a lazos de parentesco, sentimiento común y creencias y ubicada en un ambiente o circunstancia estable, pueda vivir con resultados aceptables, de acuerdo a ese régimen de reglas no oficiales. En cualquier otra condición, formas tan sencillas de control social serían defectuosas, por lo que requeriría de distintas formas de complementación. Así pues, esas reglas que el grupo observa no

¹²³ CASTÁN TOBEÑAS, José: *Teoría de la Aplicación e Investigación del Derecho. Metodología y Técnica Operativa en Derecho Privado Positivo*. Reus, Madrid, 2005, p. 44.

¹²⁴ RIVAYA, Benjamín: “Estructura y Función en la Teoría del Derecho de H.L.A. Hart”. En: *El Positivismo Jurídico a Examen. Estudios en Homenaje a José Delgado Pinto*. Ediciones Universidad Salamanca, 2006, p.238.

¹²⁵ HART, H. L. A: *El Concepto de Derecho*. Reimpresión de la 2ª ed. Editora Nacional. México D.F., 1980, pp. 113 - 114.

conformarían un sistema, ya que serían simplemente un conjunto de pautas o criterios de conducta separados, sin ninguna marca común identificadora, sino sólo por el hecho de ser reglas que un grupo determinado de seres humanos acepta. Tal condición las asemeja a las normas de etiqueta occidentales¹²⁶.

Dentro del contexto anterior, si aparecen dudas sobre cuáles son las reglas, o sobre su alcance preciso, no existirá algún procedimiento para responder las incertidumbres, bien sea a través de un texto con autoridad o la opinión de un funcionario cuyas declaraciones tengan potestad. De allí que HART denominó a este defecto de la estructura social de reglas primarias como “falta de certeza”. Ante tal defecto la solución propuesta fue la introducción de las llamadas “reglas de reconocimiento” (“*rule of recognition*”) ¹²⁷.

Precisamente en el Derecho primitivo de muchas sociedades, estima HART que las reglas de reconocimiento podían consistir simplemente en un documento escrito o en algún monumento público donde exista una lista o texto de reglas, dotado de alguna autoridad. Establece entonces, que los pasos para pasar del mundo prejurídico al jurídico pueden ser verificados en etapas específicas, siendo la primera la mera reducción a escritura de las reglas hasta ese momento no escritas. Pero el paso crucial sería, el reconocimiento de la referencia a la escritura o inscripción como ostentadora de autoridad; en otras palabras, como la forma propia de resolver las dudas acerca de la existencia de las reglas¹²⁸.

Ahora bien, para CARACCIOLO la noción de reglas de reconocimiento elaborada por HART, resuelve de forma sumamente

¹²⁶ *Ibid.*, pp. 114 - 115.

¹²⁷ *Ibid.*, pp. 115 - 117.

¹²⁸ *Ibid.*, pp. 117 - 118.

imprecisa e inexacta el problema de identidad de un sistema jurídico¹²⁹, posición que compartimos plenamente. En los tiempos que corren no es posible mantener la identificación del Derecho con la ley, no es posible aseverar que el juez sólo hará lo que le dictamine la ley, desaplicando otras fuentes. Asimismo, resulta inviable la tesis de la teoría pura del Derecho, que afirma que es posible alcanzar una concepción del Derecho prescindiendo de su justicia y substrato social¹³⁰.

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, tiene plena vigencia en los medios sociales restringidos y especializados¹³¹.

2.3 Caracterización de la costumbre

Haciendo un recorrido doctrinal, podemos iniciar con los planteamientos expuestos por DE CASTRO, quien considera que el vocablo costumbre se ciñe a “su significado típico especial y tradicional en el Derecho `norma creada e impuesta por el uso social””. Para este autor, en algunos casos el Derecho otorga eficacia jurídica al simple suceder uniforme y continuado no por una preferencia o respeto a la rutina, sino para proteger la legítima confianza que en su entorno se ha consolidado. Además distingue lo que es la costumbre de la tradición, señalando que

¹²⁹ CARACCILO, Ricardo A.: *Sistema Jurídico. Problemas Actuales*. Centro de Estudios Constitucionales. Madrid., 1988, p. 47.

¹³⁰ PECES - BARBA MARTÍNEZ, Gregorio: *Derechos Sociales y Positivismos Jurídico (Escritos de Filosofía Jurídica y Política)*. Instituto de Derechos Humanos Bartolomé de las Casas, Universidad Carlos III. Dykinson. Madrid, 1999, p. 84.

¹³¹ CASTÁN TOBEÑAS, José: *Derecho Civil Español, Común y Foral...* op. cit., pp. 496 - 497.

esta última es la manifestación de un modo de ser; en cambio, la primera es un modo de hacer¹³².

Para Manuel ALBALADEJO la costumbre constituye una forma - fuente formal- de crear normas jurídicas (las consuetudinarias), de crear Derecho. Por tanto, la costumbre “es la práctica efectiva y repetida de una determinada conducta”. La costumbre tiene como fundamento intrínseco, la voluntad general de la comunidad que la observa y quiere dicha regulación. La razón extrínseca para que la costumbre sea fuente en un determinado ordenamiento jurídico, se encuentra en el hecho de ser acogida por el poder directivo de la comunidad, que será quien en definitiva designará el Derecho por el cual se regulará la vida de ese grupo humano¹³³.

La costumbre jurídica ha sido definida por TOBEÑAS como una norma por la que, sin cumplir con los trámites y formalidades de la ley, se manifiesta en una determinada colectividad, como voluntad jurídica general de los hechos de la propia vida legal, en especial los usos uniformes y duraderos¹³⁴.

En cuanto a las diferencias entre la ley y la costumbre se pueden abordar desde su origen, entendiendo que la primera procede del poder soberano del Estado, de forma reflexiva y consciente; la segunda, proviene de la sociedad de manera espontánea. En cuanto a la forma, la costumbre es tácita, se manifiesta por usos, vendrá a ser Derecho no escrito; en cambio, la ley es expresa, manifestándose de manera solemne, oficial y escrita. Mucho se ha discutido sobre la preferencia y prelación de estas fuentes del Derecho. A favor de la ley se alude a la seguridad y estabilidad

¹³² DE CASTRO Y BRAVO, Federico: *Derecho Civil de España...* op. cit., pp. 416 – 417.

¹³³ ALBALADEJO, Manuel: *Compendio de Derecho Civil*. 13ª ed. Edisofer. Madrid, 2007, pp. 22 - 23.

¹³⁴ CASTÁN TOBEÑAS, José: *Derecho Civil Español, Común y Foral...* op. cit., pp. 483 - 484.

que otorga al Derecho y, a favor de la costumbre, se apela a su perfecta adaptabilidad al medio social¹³⁵.

Clásicamente se han distinguido dos elementos de la costumbre:

1) Elemento objetivo o material, enumerándose como requisitos de la costumbre jurídica: las notas de uniformidad, multiplicidad, observación por la generalidad del grupo de la comunidad, duración o transcurso del tiempo y tolerancia por el legislador¹³⁶.

2) Elemento subjetivo, psicológico o espiritual (la *opinio iuris et necessitatis*), el cual se verifica cuando en una comunidad existe la firme creencia que un hecho practicado es una necesidad jurídica, y por consiguiente, obligatorio. En los últimos tiempos se ha planteado sustituir el tradicional requisito de la *opinio* por el de la “expectativa de reciprocidad”, en virtud del cual una costumbre subsistirá, si varios individuos se conforman a una regularidad de comportamiento porque se espera que los demás igualmente se conformen y por la misma razón¹³⁷.

La costumbre como fuente formal del Derecho se ha clasificado en tres categorías, de acuerdo a su relación con la ley:

1) Costumbre *secundum legem*, que será aquella reconocida por la ley, de tal forma que está conforme a ella.

2) Costumbre *praeter legem*, entendida como una norma consuetudinaria que regula una situación no contemplada por la ley.

¹³⁵ *Ibid.*, p. 485.

¹³⁶ GONZÁLEZ TREVIJANO, Pedro José: *La Costumbre en Derecho Constitucional*. Publicaciones del Consejo de los Diputados. Madrid, 1989, p. 44.

¹³⁷ CELENO, Bruno: *Dos Estudios sobre La Costumbre*. Fontamara. México D.F., 2000, p. 35.

3) Costumbre *contra legem*, la cual se manifiesta en contra de lo que establece la ley, buscando su derogación.

Nos preguntamos dentro de cuál categoría estarían las costumbres indígenas. En primer lugar, consideramos que las mismas podrían ubicarse dentro de las costumbres *secundum legem*, al estar reconocidas por Constituciones nacionales o adquirir vigencia en un ordenamiento jurídico mediante el reconocimiento de tratados internacionales, por ejemplo, del Convenio N° 169 de la OIT. Debemos reiterar que en este caso la ley asume el contenido normativo de la costumbre, otorgándole valor jurídico. Con esta remisión la ley reconoce la existencia de una normatividad consuetudinaria, pero a la vez le deniega autonomía como fuente del Derecho¹³⁸.

En segundo lugar, muchas costumbres indígenas serían *praeter legem*. Podemos citar a manera de ejemplo, la norma consuetudinaria de Cobro por Derramamiento de Sangre, mediante la cual el cónyuge, por el derramamiento de sangre en el primer parto, deberá cubrir los gastos adicionales que ocasione el cuidado del recién nacido a su suegra, quien generalmente es la cuidadora¹³⁹. En tercer lugar, encontramos costumbres indígenas que generan profundos debates y pueden alcanzar el carácter *contra legem*. Un ejemplo es cuando algunos pueblos indígenas usan el cepo para castigar ciertos delitos, lo cual ha generado polémica por su posible contradicción con la prohibición de la tortura universalmente consagrada en tratados internacionales y en leyes nacionales¹⁴⁰. Igualmente encontramos los linchamientos, que generalmente

¹³⁸ HERNÁNDEZ –GIL ALVARÉS – CIENFUEGOS, ANTONIO y ZULETA PUCEIRO, Enrique: *El Tratamiento de la Costumbre en la Codificación Civil Hispanoamericana...* op. cit., 53.

¹³⁹ ARÉVALO PALMAR, Robinson: *El Pütchipuü o Palabreo Wayúu*. Defensoría del Pueblo III, Delegación Zulia. Maracaibo, 2003, pp. 4 - 5.

¹⁴⁰ La Corte Constitucional de Colombia en la Sentencia T – 349/96 estableció que el castigo del cepo no era comparable a la tortura o a los tratos inhumanos o denigrantes. Sentencia T - 349/ 96. Corte Constitucional Colombiana, Sala Cuarta de Revisión de Tutelas. Magistrado Ponente: Carlos Gaviria Díaz, de fecha 08/08/1996.

desembocan en la muerte de la persona que recibe el castigo (*infra* pp. 257 - 270).

2.4 Diferencias entre las costumbres y los usos

Observamos como el artículo 374 de la Constitución de Bolivia y el artículo 119 de la Constitución venezolana, por ejemplo, dan reconocimiento a los usos y costumbres indígenas, por ello estimamos oportuno establecer las diferencias entre ambas acepciones.

Desde la perspectiva del Derecho civil, nos concierne abordar los usos que siendo sociales, por ser practicados espontáneamente por una generalidad de ciudadanos que conforman un grupo (mercaderes, transportistas, pueblos, naciones), no obstante, tienen transcendencia jurídica porque sus efectos invaden el Derecho. Para diferenciar la costumbre de los usos se ha empleado el criterio de la *opinio iuris et necessitatis*. Se argumenta que la costumbre tiene como basamento, la convicción popular de que aquella es una regla o una norma obligatoria o un Derecho al que hay que adecuar la conducta. En cambio, los usos están fundamentados sólo en el reconocimiento de su utilidad. Así pues, la mayoría de las veces los usos están constituidos, por ejemplo, sobre las simples prácticas espontáneas de los mercados de cada plaza, sin estar presente la mínima convicción de su obligatoriedad¹⁴¹.

Es interesante traer la distinción realizada por DE CASTRO, para quien la costumbre es la creación normativa de un grupo que ostenta esa competencia jurídica y, además, se le reconoce la facultad de originar nuevas reglas vinculantes, a través de una conducta uniforme. En

¹⁴¹ CANO MARTÍNEZ DE VELASCO, José Ignacio: *Los Usos Jurídicos. Derecho y Sociología*. Editorial Dilex. Madrid, 2008, pp. 15 y 19.

contraste, el uso viene a ser esa misma conducta, pero de un grupo que no tiene poder normativo. De tal forma, para que el uso tenga significado jurídico, debe obtenerlo desde afuera, proveniente del Estado o de un grupo con facultad de crear Derecho consuetudinario (remisión o recepción) ¹⁴².

Igualmente, se ha establecido que el uso carece de coercibilidad, de allí que sean observados por cuestiones de convivencia, gozando de un valor interpretativo y en ocasiones supletorio de la voluntad de las partes. Sin embargo, puede darse el caso que la ley se refiera a los usos, utilizándolos como tipo de conducta para reglar una materia, aunque sin tener fuerza jurídica *per se* ¹⁴³.

Se ha llegado a afirmar incluso, que la diferencia entre la costumbre jurídica y los usos sociales no es esencial, sino simplemente de grado. Ambas acepciones son especies de un mismo género, el de la costumbre *lato sensu*. Estaríamos ante la misma categoría de hecho social sometido a diferentes consecuencias, de acuerdo al criterio peculiar de diversos grupos sociales. En este sentido, tanto la costumbre jurídica, como los usos sociales, dan a los órganos jurisdiccionales el nivel de un mínimo de entendimiento general, que garantiza la coexistencia en el seno de una comunidad ¹⁴⁴.

Es de advertir que en el área mercantil, los usos han sido catalogados como costumbre y fuente de Derecho objetivo, siempre y cuando sean integrativo; en otras palabras, cuando tienen como función específica llenar las lagunas de la ley. En esta disciplina jurídica los usos tienen valor de derecho objetivo dado el reconocimiento expreso que de ellos hace la ley y por la remisión que esta última hace ocasionalmente a

¹⁴² DE CASTRO Y BRAVO, Federico: *Derecho Civil de España...* op. cit., pp. 441 - 442.

¹⁴³ OLIVER SOLA, María Cruz: *La costumbre como Fuente del Derecho Navarro...* op. cit., 37.

¹⁴⁴ CUETO RUA, Julio: *Fuentes del Derecho...* op. cit., pp. 98 - 99.

los mismos¹⁴⁵. Así por ejemplo, el artículo 2 del Código de Comercio español ubica jerárquicamente en segundo lugar a los usos mercantiles, por lo cual sólo serán aplicables al existir defecto de ley.

3. Caracterización del Derecho indígena

En el plano internacional se constata el reconocimiento del Derecho consuetudinario indígena, en primer plano, en el Convenio N° 169 de la OIT, en el artículo 8, numerales 1 y 2. Consagra esta norma que en el momento que deba aplicarse la legislación nacional a los pueblos indígenas, deberán considerarse sus costumbres o su Derecho consuetudinario. Se deduce de la interpretación del artículo 8 del Convenio N° 169 de la OIT, el derecho que tienen los pueblos indígenas de hacer valer sus instituciones y prácticas jurídicas, sin más límite, que el de respetar tanto los derechos fundamentales consagrados en el orden jurídico nacional, como los derechos humanos internacionalmente reconocidos¹⁴⁶.

Dando continuidad a la anterior tendencia, los artículos 5 y 34 de la Declaración de las Naciones Unidas sobre los Derechos de los Pueblos Indígenas reconocen las costumbres, prácticas y sistemas jurídicos indígenas. Por su parte, el artículo 21.2 del Proyecto de Declaración Americana sobre los Derechos de los Pueblos Indígenas sigue esta línea.

No obstante los logros que permiten hablar actualmente del reconocimiento de los Derechos de las etnias indígenas latinoamericanas, no es un secreto que conseguir que las autoridades con funciones

¹⁴⁵ CANO MARTINEZ DE VELASCO, José Ignacio: *Los Usos Jurídicos. Derecho y Sociología...* op. cit., p. 21.

¹⁴⁶ YRIGOYEN FAJARDO, Raquel: *Pautas de Coordinación entre el Derecho Indígena y el Derecho Estatal...* op. cit., pp. 57 - 58.

legislativas y judiciales, en la práctica, cumplan con las disposiciones internacionales y nacionales que garantizan el respeto a estas costumbres ancestrales, representa una cruzada que apenas comienza en los países de América Latina¹⁴⁷. En países como Colombia la jurisprudencia ha recorrido un largo camino; sin embargo, hablar del respeto a los Derechos de los pueblos indígenas es una materia novísima en Latinoamérica, que requiere de mucha instrucción dentro de las Facultades de Derecho de las Universidades y que exige la realización de talleres de capacitación dirigidos, en general, a profesionales del derecho y, en especial, a los jueces¹⁴⁸.

La doctrina más especializada coincide en señalar que el Derecho consuetudinario indígena consiste en una serie de prácticas, de normas, valores, principios normativos, autoridades, instituciones y procedimientos que permiten a los pueblos y comunidades indígenas, regular su vida social, resolver conflictos y establecer un orden en el marco de su cultura y necesidades sociales. Tal Derecho incluye pautas antiguas o nuevas, propias o adoptadas, pero correspondientes al sistema cultural de los interesados y percibidas como propias. También contiene reglas para crear o cambiar normas. Es decir, este Derecho consuetudinario no consiste en el reconocimiento de un corpus de reglas estático, sino de la potestad de los titulares de crear y darse sus normas a sí mismos¹⁴⁹.

Es interesante citar la Sentencia Constitucional 0860/2007-R, de fecha 12 de diciembre de 2007, del Tribunal Constitucional de Bolivia, donde se hace la siguiente referencia en relación con este Derecho:

¹⁴⁷ *Pueblos indígenas de América Latina: antiguas inequidades, realidades heterogéneas y nuevas obligaciones para las democracias del siglo XXI...* op. cit., p. 155.

¹⁴⁸ Al respecto consultar los artículos 9 y 136 de la Ley Orgánica de Pueblos y Comunidades Indígenas venezolana.

¹⁴⁹ YRIGOYEN FAJARDO, Raquel: *Retos de un Estado Pluricultural...* op. cit. En: (Página Web en línea) <http://alertanet.org/ryf-london.htm>

“El Derecho Consuetudinario es fundamentalmente oral, transmitido por sucesivas generaciones, y mantenido en el tiempo sin la necesidad de que se plasme en un documento escrito para que sea reconocido como válido por los comunarios. Esta característica es la que principalmente dificulta su aceptación dentro de una sociedad en la que es el Derecho Positivo, donde todo debe estar previamente escrito para ser obligatorio, la que regula todos los ámbitos de conducta de las personas. Sin embargo, ello no debe ser óbice para estudiar y considerar casos como el presente, en el que ciertamente se observa la aplicación de normas comunitarias frente a la inconducta de uno de los miembros del grupo humano; empero, necesariamente las referidas normas -que incluyen sanciones- deben también encuadrarse al marco constitucional que rige en nuestro país ^{150.}”

Dentro de la anterior perspectiva, RODOLFO STAVENHAGEN ha señalado que en las sociedades tribales las costumbres jurídicas o el derecho consuetudinario no goza de autonomía frente a la organización social. Afirma además que, generalmente, en las estructuras sociales tribales los aparatos administrativos específicos y los expertos especializados, responsables de crear o aplicar el Derecho, son inexistentes. Resulta frecuentemente que los integrantes de estas sociedades no diferencien entre lo legal por una parte y las costumbres, normas de comportamiento y de control social por otra ¹⁵¹.

¹⁵⁰ Sentencia Constitucional 0860/2007-R. Tribunal Constitucional de Bolivia. Magistrado Relator: Artemio Arias Romano, de fecha 12/12/2007.

¹⁵¹ STAVENHAGEN, Rodolfo: “Derecho Consuetudinario Indígena en América Latina”: En: *Entre la Ley y la Costumbre. El Derecho consuetudinario indígena en América Latina*. Rodolfo Stavenhagen y Diego Iturralde Comp. Instituto Indigenista Interamericano e Instituto Interamericano de Derechos Humanos. México, 1990, p. 30.

Dentro de tal contexto, el mismo autor nos recuerda como en las sociedades donde prevalece el derecho positivo, lo jurídico es lo que entra bajo la regulación de la ley. Prácticamente todas las actividades humanas están codificadas por la norma escrita, reglamentos administrativos o decretos. A la par coexisten oficinas de administración pública y tribunales para establecer tanto los alcances como los límites de las leyes, en otras palabras, hacer distinguir lo netamente jurídico dentro de la sociedad. En contraste, STAVENHAGEN reseña que en las sociedades donde predomina la forma consuetudinaria, la determinación de lo estrictamente legal requiere de especial investigación y dilucidación. Para tal fin, una de las técnicas empleadas por los que se han dado a esta labor, ha consistido en emplear las categorías jurídicas y aplicarlas a las sociedades en estudio. Asimismo, como práctica alterna, se ha intentado derivar estas categorías de las costumbres de los grupos humanos étnicos. Ambas técnicas han sido objeto de polémicas entre los entendidos, especialmente en relación con la experiencia recogida al estudiar el Derecho consuetudinario en sociedades tribales africanas¹⁵².

Un estándar para delimitar el contenido del Derecho consuetudinario indígena, sin ser exhaustivo y definitivo, es el ofrecido por el autor que hemos venido citando, que textualmente así lo enumera:

- 1) “ normas generales de comportamiento público;
- 2) mantenimiento del orden interno;
- 3) definición de derechos y obligaciones de los miembros;
- 4) reglamentación sobre el acceso a, y la distribución de, recursos escasos (por ejemplo, agua, tierras, productos del bosque);

¹⁵² *Ibíd.*, pp. 30 - 31.

5) reglamentación sobre transmisión e intercambio de bienes y servicios (verbigracia, herencia, trabajo, productos de la cacería, dotes matrimoniales);

6) definición y tipificación de delitos, distinguiéndose generalmente los delitos contra otros individuos y los delitos contra la comunidad o el bien público;

7) sanción a la conducta delictiva de los individuos;

8) manejo, control y solución de conflictos y disputas;

9) definición de los cargos y las funciones de la autoridad pública”¹⁵³.

STAVENHAGEN determina que cuando en el siglo XIX se despertara el interés por el estudio del derecho consuetudinario de pueblos denominados “primitivos”, han sido diversas las metodologías empleadas para abordar su análisis. En primer lugar, se encuentra el método de la elaboración de las normas jurídicas consuetudinarias, tales como son recogidas por los investigadores. No obstante, este método denominado listado de normas y reglas ha recibido razonables críticas¹⁵⁴.

Inicialmente se le reprocha al método antes señalado, que habitualmente se realiza sin referencia al contexto social y cultural en el que se presenta. Asimismo, se critica porque las listas elaboradas con esta técnica frecuentemente derivan de la boca de algún informante y representan, a criterio del autor, una visión abstracta, en ocasiones idealizada, pueda que hasta sesgada, de la realidad social; en otras palabras, puede que no sean más que ideologías de la comunidad en cuestión. Finalmente se le recrimina al método de listado de normas y

¹⁵³ *Ibíd.*, p. 31.

¹⁵⁴ *Ibíd.*, p.32.

reglas, en que el propio recopilador desarrolla la tendencia a encajar las normas consuetudinarias, dentro de categorías jurídicas preestablecidas, originarias de otros contextos.

Nos hace ver STAVENHAGEN como frente al fracaso del método de elaboración de normas y reglas para estudiar científicamente el Derecho consuetudinario, que finalmente se desechó, se ha consolidado el estudio sistemático de casos concretos de conflictos, disputas y su resolución. Mediante el análisis de los casos concretos de resolución de disputas o contiendas, el investigador tendrá la oportunidad de descubrir las normas y reglas jurídicas, no sólo como enunciados abstractos sino como elementos vivos y dinámicos del Derecho de una sociedad¹⁵⁵.

Por otra parte, se ha afirmado la inexistencia de una distinción entre las materias que abarca el Derecho de los pueblos indígenas, es decir, que no se encuentran deslindadas las ramificaciones universalmente enumeradas dentro del Derecho¹⁵⁶. Sin embargo, otro sector de la doctrina, considera que las costumbres indígenas son afines a las ramas que son clasificadas por la ciencia jurídica, como por ejemplo, Derecho penal; Derecho civil; Derecho administrativo; y Derecho procesal¹⁵⁷.

Afirmaremos aquí, que en el orden normativo indígena encontramos una marcada preponderancia a reglamentar aspectos que el Derecho, desde el punto de vista científico, clasifica como civiles, penales, procesales, etc. De tal forma, en el Derecho consuetudinario indígena se observan, por ejemplo, sistemas de imposición de reglas coercitivas, con métodos propios suficientemente válidos para hacer cumplir sus normas.

¹⁵⁵ *Ibíd.*, p.32.

¹⁵⁶ RODRÍGUEZ MARTÍNEZ, Elí: *El Artículo Segundo Constitucional y los Conflictos de Leyes en Materia de Derechos Indígenas*. En: (Página Web en línea) <http://www.bibliojuridica.org/libros/4/1510/45.pdf>

¹⁵⁷ CABEDO MALLOL, Vicente: *Constitucionalismo y Derecho indígena en América Latina*. Colección Amadís. Universidad Politécnica de Valencia. Valencia - España, 2004, pp. 70 – 72.

Según las Sentencias T- 606 de 2001 y T-007 de 2009¹⁵⁸ de la Corte Constitucional de Colombia, las autoridades indígenas pueden conocer de asuntos penales, civiles y laborales, siempre y cuando estén presentes los elementos del denominado “fuero indígena”.

Son dos los principios generales del Derecho indígena desarrollados por GONZÁLEZ GALVÁN¹⁵⁹:

- 1) **Carácter cosmológico:** Para los indígenas latinoamericanos, su orden normativo es de carácter cosmológico. Para ellos, las normas, además de tener como fuente la razón humana, también encuentran sus raíces en criterios extrahumanos. Dentro de esta cosmovisión, no sólo el hombre legisla, sino que fuerzas naturales como: el sol, la luna, la lluvia, la tierra, etc., igualmente dictan las normas. Entonces, naturaleza y hombre se compenetran en la creación de reglas. No se distingue pues, la delimitación entre lo mítico, ético y jurídico.

- 2) **Carácter colectivista:** según la percepción normativa de los pueblos indígenas, todas las manifestaciones que produce la tierra, la naturaleza como tal, sistemáticamente son solidarias y el hombre forma parte de ellas como un ente colectivo. Dentro de esta idea, acotaremos que los sistemas jurídicos indígenas son beneficiarios de derechos humanos que no gozan de un carácter subjetivo, individuales, sino que deben ser considerados derechos comunitarios, colectivos.

¹⁵⁸ Sentencia T-606/01. Corte Constitucional de Colombia, Sala Sexta de Revisión de Tutelas. Magistrado Ponente: Marco Gerardo Monroy Cabra, de fecha 07/06/2001; y Sentencia T-007/09. Corte Constitucional de Colombia, Sala Segunda de Revisión de Tutelas. Magistrado Ponente: Manuel José Cepeda Espinosa, de fecha 16/01/2009.

¹⁵⁹ GONZÁLEZ GALVÁN, José Alberto: *Una Filosofía del Derecho Indígena*. Boletín Mexicano de Derecho Mexicano. Nueva serie, Año XX, N° 89. Universidad Autónoma de México. México, 1997, pp. 526 - 533.

En una etnia indígena la suma total de reglas, convenciones y esquemas de comportamiento se denominan “cuerpo de las costumbres” y, no se discute, que sus miembros sientan un gran respeto por ese cuerpo, una fuerte tendencia a hacer lo que otros hacen, lo que todo el mundo aprueba. De allí que, si sus ansias no le llevan por otra dirección, seguirán la fuerza de la costumbre antes que cualquier otro camino. El ímpetu del hábito, el temor de los mandatos tradicionales y su apego sentimental a los mismos, al igual que el deseo de satisfacer la opinión pública, se conjugan para que la costumbre se respete por el simple hecho de serlo¹⁶⁰.

Recalcaremos nuevamente que el proceso de codificación del siglo XIX se fundamentaba en los postulados de que la reglamentación del orden social, producto de la razón humana, debía constar por escrito. Así pues, la costumbre se mostraba subordinada a la ley escrita, estando el carácter imperativo de la primera, condicionado a la voluntad de lo estipulado en la segunda. En cambio, para los pueblos indígenas la “costumbre” en sí misma es obligatoria y su legitimidad no viene dado por un requisito que exija la forma escrita. Hablamos entonces, de un derecho costumbrista, un derecho ancestral que se fundamenta en la repetición de conductas, que encuentra su génesis en el mundo de los ancestros, sean estos últimos, cercanos o inmemoriales¹⁶¹. Sin embargo, debemos establecer como matiz que si bien el Derecho consuetudinario puede estar conformado por elementos cuya génesis está en la época prehispánica, gozando del carácter de ancestrales, estos componentes también pueden tener su origen en la época colonial, así como, en la época contemporánea¹⁶².

¹⁶⁰ MALINOWSKI, Bronislaw: *Crímen y Costumbre en la Sociedad Salvaje*. Editorial Ariel. Barcelona, 1978, p.67; y MALINOWSKI, Bronislaw: *Magia Ciencia, Religión*. Editorial Ariel. Barcelona, 1994, pp. 7- 8.

¹⁶¹ GONZÁLEZ GALVÁN, José Alberto: *Una Filosofía del Derecho Indígena... op. cit.*, pp. 532 - 533.

¹⁶² STAVENHAGEN, Rodolfo: “Derecho Consuetudinario Indígena en América Latina”. En: *Entre la Ley y la Costumbre. El Derecho consuetudinario indígena en América Latina... op. cit.*, p. 34.

El Derecho consuetudinario se entiende como el derecho que subsiste por la práctica de la gente, independientemente de su carácter oficial. Existen posiciones radicales, que incluso sostienen que la noción “costumbres” indígenas es inapropiada que, en todo caso, lo pertinente sería hablar de sistemas normativos indígenas, en vista de que esta expresión representa mejor la validez política y jurídica frente al sistema de Derecho positivo¹⁶³. Se considera así, que el estudio de la normativa indígena no se puede realizar bajo estándares positivistas, conforme a los cuales las normas jurídicas sólo encuentran su razón de ser, como producto del poder hegemónico del Estado o como una transición de la costumbre en norma. En relación con los pueblos indígenas se desarrollan procesos sociales específicos, que permiten verificar la existencia de sistemas jurídicos como fenómeno concreto, fundamentados en la cultura de estos pueblos y que se diferencia de los referentes occidentales¹⁶⁴.

En este estudio no desestimamos las ideas antes expuestas; sin embargo, hemos adoptado los términos “costumbres” y “Derecho consuetudinario indígena”, al ser ésta la tendencia acogida a nivel de instrumentos internacionales y estatales¹⁶⁵. 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 positivo¹⁶⁶.

Así por ejemplo, el legislador venezolano en el artículo 130 de la Ley Orgánica de Pueblos y Comunidades Indígenas reguló el Derecho propio de estos grupos humanos, reconociendo a sus autoridades legítimas la

¹⁶³ KOWII, Ariruma: *Autonomía, reservaciones o plurinacionalidad*. En: (Página Web en línea) América Latina en Movimiento <http://alainet.org/active/975&lang=es>

¹⁶⁴ DURAND ALCÁNTARA, Carlos H.: “La costumbre jurídica india como sistema de derecho”. En: *Hacia una Fundamentación Teórica de la Costumbre Jurídica India*. Universidad Autónoma Chapingo. México, D.F., 2000, p. 9.

¹⁶⁵ SÁNCHEZ BOTERO, Esther y JARAMILLO SIERRA, Isabel: *La Jurisdicción Especial Indígena...* op. cit., pp. 58 - 59.

¹⁶⁶ Jurisdicción Especial Indígena, “Ejercicio del Derecho Propio, El Caso del Tribunal Superior Indígena de Tolima – CRIT”. Corporación Gestión y Desarrollo Ciudadano. Ibagué, Tolima, Colombia, 2005, p. 10.

potestad de aplicar instancias de justicia dentro de su hábitat y tierras. Tal atribución sólo puede afectar a sus integrantes, de acuerdo con su cultura y necesidades sociales. Se condicionó este reconocimiento a los derechos humanos consagrados en la Carta Magna de este país, los tratados, pactos y convenciones internacionales que hayan sido suscritos y ratificados, interculturalmente interpretados.

A pesar de la constante evolución y compleja dinámica del Derecho indígena, y que incluso, se llega hablar de la existencia de tantos Derechos consuetudinarios como pueblos indígenas particularmente diferenciados, se ha desarrollado un índice que trata de enumerar los apartados que a grandes rasgos describen el ámbito jurídico de este Derecho. Se pueden enumerar así:

1. “El derecho a la tierra, incluyendo acceso, usufructo, distribución, propiedad, y transmisión;
2. La persecución de delitos o el derecho penal; y
3. Procedimientos de administración de justicia”¹⁶⁷.

4. ¿Sistemas jurídicos indígenas?

SANTI ROMANO, cuyos postulados, en nuestra opinión, son una referencia obligada para este tema, difiere de la opinión de quienes estiman que, indiscutiblemente, todos los ordenamientos jurídicos deben subyugarse al Derecho estatal. El autor critica enfáticamente la teoría basada en que sólo el Estado le otorga carácter jurídico a los órdenes normativos, bien de forma directa, cuando los constituye o simplemente

¹⁶⁷ STAVENHAGEN, Rodolfo: “Derecho Consuetudinario Indígena en América Latina”. En: *Entre la Ley y la Costumbre. El Derecho consuetudinario indígena en América Latina...* op. cit., pp. 39 - 42.

cuando los reconoce y, en caso contrario, se estaría ante instituciones antijurídicas, así pues, sólo los ordenamientos estatales e interestatales tendrían la condición de jurídicos. Para este autor, existen tantos ordenamientos jurídicos como instituciones dentro de un mismo Estado y, en definitiva, los argumentos contrarios se alejan de la realidad¹⁶⁸.

Al analizar la teoría de ROMANO observamos como Norberto BOBBIO, establece que el reconocimiento de una multiplicidad de ordenamientos además del ordenamiento del Estado no dependerá de la concepción del Derecho como norma o institución. Entonces, lo determinante serán los caracteres específicos que reciban la norma jurídica o la institución jurídica para diferenciarla de la norma no jurídica o de la institución no jurídica, respectivamente¹⁶⁹.

Los anteriores planteamientos nos sirven de justificación para abordar el significado que tiene el vocablo “sistema jurídico” para el Derecho, así como, para constatar como el conjunto de normas consuetudinarias indígenas entran dentro de esa concepción.

Que el Derecho no es simplemente un conglomerado de normas, sino que conforma un conjunto tendencialmente sistemático, representa una idea bastante difundida por los juristas, por lo menos desde la época de la ilustración. Su desarrollo se encuentra asociado íntimamente a la dogmática jurídica alemana del siglo XIX, los aportes de SAVIGNY, PUCHTA, IHERING, en el campo del Derecho privado y GERBER, GIERKE o LABAND en el terreno del Derecho público, fueron decisivos para la «institucionalización» del concepto de sistema¹⁷⁰.

¹⁶⁸ ROMANO, Santi: *El Ordenamiento Jurídico*. Traducción de Sebastián Martín – Retortillo y Lorenzo Martín – Retortillo. Instituto de Estudios Políticos. Madrid, 1963, pp. 205 - 206.

¹⁶⁹ BOBBIO, Norberto: *Contribución a la Teoría del Derecho*. Editorial Debate. Madrid, 1990, p. 160.

¹⁷⁰ BULYGIN, Eugenio y MENDONCA, Daniel: *Normas y Sistemas Normativos*. Marcial Pons. Madrid, 2005, p. 41; y LÓPEZ RUIZ, Francisco: “Sistema Jurídico y Criterios de Producción

Al buscar una caracterización de “sistema” encontramos que tal término es entendido como un criterio que rige una exposición oral o escrita. Desde este punto de vista, el sistema viene a ser una ordenación extrínseca que en un momento determinado resulta conveniente para fines didácticos o de otro tipo. Con este primer significado, estamos ante la necesidad, conveniencia o elección de quien pretende transmitir conocimientos. Ahora bien, el sistema estudiado desde una perspectiva intrínseca, responde al hecho que la realidad es compleja y muchas veces presenta una ordenación u organización de las diferentes porciones unitarias que lo conforman. Su carácter intrínseco deriva de la naturaleza de las cosas, de la manera como la realidad se presenta, con absoluta independencia de cuándo y cómo sea conocida por el hombre, como sería el caso del sistema solar o del sistema planetario¹⁷¹.

Enfocándonos en el ámbito jurídico, en un primer sentido, el término “sistema” hace referencia a la identidad de la fuente de producción. De acuerdo a este criterio, el sistema jurídico está integrado por todas las normas producidas por una única fuente. Luego, la locución “sistema” alude a la común derivación material. Según este criterio, un sistema jurídico lo conforman todas las normas productos de una sola norma atendiendo a su contenido. La idea de “sistema”, igualmente, se refiere a la común derivación formal, que se verifica cuando el titular de un poder, delega en favor de uno o más sujetos, la potestad para producir nuevas normas jurídicas¹⁷².

El término “sistema” también apunta a la “común proyección institucional”, por lo que se entiende compuesto por todas las normas que regulan una misma institución. Asimismo, el término “sistema” se refiere a

Normativa”. En: *Revista Española de Derecho Constitucional*. Año 14, Núm. 40. Madrid, 1994, p. 163.

¹⁷¹ SOTO SOBREYRA Y SILVA, Ignacio: *Teoría de la Norma Jurídica...* op. cit., p. 96.

¹⁷² LÓPEZ RUIZ, Francisco: *Fuentes del Derecho y Ordenamientos Jurídicos*. Tirant lo Blanch. Valencia, 1997, p. 44. Este autor sustenta su estudio sobre los usos más frecuentes del concepto de sistema, en el análisis de TARELLO.

la “comunidad de usuarios”. De acuerdo a este criterio, las normas usadas por un sujeto o por un órgano público son las que integran el “sistema”. En este contexto adquiere vital importancia, el conjunto de reglas y criterios usados por los tribunales de última instancia, para identificar las normas válidas de un ordenamiento jurídico. Finalmente, la expresión “sistema” se refiere al dato cultural. Así pues, un “sistema” está conformado por todas las normas que la tradición cultural, ha agrupado por diversas circunstancias¹⁷³.

Como características de los sistemas jurídicos se han enumerado las siguientes¹⁷⁴:

- 1) Son sistemas autorregulados, al reglar su forma de creación, modificación y extinción, se constata con esto que el Derecho es un sistema.
- 2) Al ser sistemas se evidencia su carácter institucionalizado.
- 3) Se presentan jerarquizados, dicho de otra manera, estratificados en grados o niveles.
- 4) Son comprensivos, entendiendo por ello que, persiguen la autoridad para regular cualquier tipo de conducta en una determinada comunidad.
- 5) Los sistemas jurídicos “pretenden ser supremos, lo que significa que todo sistema jurídico pretende autoridad para regular el establecimiento y la aplicación de otros sistemas institucionalizados” (...) “todo sistema jurídico pretende autoridad para prohibir, permitir o imponer condiciones sobre el establecimiento y funcionamiento de todas las organizaciones normativas a las que pertenecen los miembros de su comunidad-sujeto”.

¹⁷³ *Ibíd.*, pp. 44 - 45.

¹⁷⁴ *Ibíd.*, pp. 45 - 46.

6) Los sistemas jurídicos son abiertos. Se debe entender que un sistema jurídico es abierto en la medida que esté integrado por normas que tienen como propósito, dar fuerza vinculante dentro del sistema, a normas que no pertenecen a él.

El sistema jurídico ha sido caracterizado como un conjunto de enunciados jurídicos (que constituyen la base axiomática del sistema), que contienen todas sus derivaciones lógicas. Entendido así, el sistema jurídico no entra a calificar el número y el origen de las normas seleccionadas como base axiomática. Bien sean normas legisladas o consuetudinarias, extraídas de sentencias judiciales o de escritos doctrinarios. Desde esta concepción, pueden ser tomadas como base del sistema, cualquier conjunto de normas, como serían, algunos artículos de un código o de una ley, todas las normas referentes a una determinada materia, e incluso, todas las normas que constituyen el Derecho de un país¹⁷⁵.

Ahora bien, diferentes estudios antropológicos han buscado caracterizar los sistemas de norma que rigen la estructura social de los pueblos indígenas, para analizar su organización y funcionamiento, así como, para destacar sus transformaciones. Pero han sido pocos los sistemas normativos que han sido concebidos como expresiones jurídicas o cuerpos legales, alcanzándose este nivel de análisis en estudios comparativos de tipo interculturales o, específicamente, frente a contextos coloniales¹⁷⁶.

Resulta interesante exponer el trabajo de ITURRALDE, quien realiza una compilación y examen de diferentes formas de comprensión, que han

¹⁷⁵ BULYGIN, Eugenio y MENDONCA, Daniel: *Normas y Sistemas Normativos...* op. cit., p. 44.

¹⁷⁶ ITURRALDE, Diego: "Movimiento Indio, Costumbre Jurídica y Usos de la Ley". En: *Entre la Ley y la Costumbre...* op. cit., p. 52.

originado distintos tratamientos al estudio de los órdenes normativos indígenas. Las enumeraremos a continuación¹⁷⁷:

1) En primer lugar se agrupa el trabajo de especialista que han coincidido en la existencia de un sistema jurídico autóctono, el cual está contenido en las reglas del juego de la estructura social y de su funcionamiento. Éste se encuentra manifestado casi de forma directa en todas las prácticas sociales a manera de costumbre, asumiendo como tarea el aislar y ordenar tales normas en un cuerpo denominado Derecho consuetudinario. Tal tarea se encuentra reforzada por el concepto de institución jurídica (familia, propiedad, asociación) para construir conjuntos de reglas asociadas expresadas en forma de cuerpo de leyes.

Por consiguiente, estaríamos ante una manera de comprensión que busca la codificación de estas costumbres o las normas que involucran, todo con la finalidad de favorecer su preservación, aplicación y reconocimiento por parte del conjunto social. El ordenamiento de estos códigos de Derecho consuetudinario pueden optar por diferentes principios clasificatorios: como pueden ser los provenientes del Derecho nacional o los inspirados en los estándares propios de las comunidades indígenas y sus lenguas.

2) Existe igualmente un acercamiento menos holístico, que consiste en el aislamiento y codificación de las normas que organizan las relaciones constitutivas de la comunidad o del conjunto de comunidades, así como, las que regulan los sistemas de distribución del prestigio y ejercicio de la autoridad. El punto neurálgico de esta opción, está en aquellos fenómenos que de forma evidente se encuentran asociados a la existencia de normas expresas, que han sido aceptadas con carácter general, donde la costumbre ha obtenido ciertos niveles de formalización jurídica.

¹⁷⁷ *Ibíd.*, pp. 53 - 56.

Los estudios elaborados desde esta óptica, tienden a proponer la existencia de ciertos principios que determinan derechos y obligaciones, y se dan a la labor de fijarlos como un patrón regulador de los comportamientos. Encontramos aquí, los principios de la reciprocidad, la gerontocracia y los sistemas de cargos. Por tanto, las investigaciones elaboradas bajo esta tendencia, privilegian las formas de organización interna de las comunidades y pueblos, formulando además, estatutos constitutivos de las asociaciones que podrían ser sancionados legalmente para resguardar esas formas aparentemente autónomas de existencia legal y concederle personería.

3) En contraste a los estudios que abordan la organización y funcionamiento social están los análisis de situaciones de conflicto y construcción del consenso, donde determinar los sistemas normativos constituye un medio explicativo esencial, pues de los mismos, deriva una comprensión sobre el Derecho indígena. Consiste en suponer que, con independencia de la verificación de normas anteriores y del grado de formalización que presenten, las leyes existen en tanto están conducidas para enfrentar o dar respuestas mediante procedimientos colectivos, a las situaciones que se manifiestan de manera ritualizadas. Así pues, la acumulación de fallos y su reiteración producen un Derecho jurisprudencial que podría llegar a ser codificado como Derecho indígena.

4) Se dice que los tres puntos de vistas anteriormente expuestos generalmente omiten el hecho que los pueblos indígenas están subordinados a sociedades nacionales que le han impuesto y les imponen un orden jurídico. Cuando tal realidad está presente en el análisis, entonces el Derecho indígena se comprende como el resultado de la asimilación de las normas legales nacionales por parte de los pueblos indígenas, de acuerdo a las condiciones específicas de articulación en la sociedad. Esta constituye una cuarta forma de definir el campo del Derecho indígena, la cual exige como objetivo el determinar cómo las leyes

son concebidas y empleadas en la regulación de la vida social o en la solución de conflictos, contextualizándolas en su universo cultural y expandiéndolas como parte de sus costumbres habituales.

Se ha determinado que este orden jurídico impuesto y externo, asimilado de manera parcial, está combinado con prácticas y valores anteriores, algunos resultados de asimilaciones y adecuaciones más antiguas, para conformar un cuerpo complejo que se puede denominar “costumbre jurídica indígena”.

5) Otra manera de abordar este tema es mediante la recopilación y análisis de las normas, que estando dispersas en diversos cuerpos legales, alcanzan directa o especialmente a las poblaciones indígenas. De este ejercicio surge el establecimiento de una serie de derechos, obligaciones y principio de procedimiento que conforma lo que se entiende como un estatuto particular de los pueblos indígenas en el Estado.

El estudio del Derecho indígena desde esta perspectiva, despliega esfuerzos por lograr la promulgación de un cuerpo suficientemente extenso de legislación especial y excepcional que dé a los pueblos indígenas un marco de protección eficiente en todos los campos de su interés. Un ejemplo interesante, aunque con cierta variación, es la constatada en Estados Unidos y Canadá, con el estudio de los tratados celebrados entre los indígenas y el Estado, así como, la jurisprudencia aplicable, que igualmente ha tenido como finalidad fijar el estatuto legal indígena vigente.

6) Por último, se ha enumerado como forma de comprender el Derecho indígena, la creación de una teoría jurídica alternativa basada en la crítica de las concepciones formales que sustentan el Derecho burgués, cuya meta primordial sería formular una comprensión congruente con el conjunto de los sistemas de representación de las culturas indígenas.

Tres han sido los campos neurálgicos sobre los que se han desarrollado aproximaciones que impliquen cuestiones de costumbre jurídica indígena y legislación estatal: a) el impacto de la construcción de grandes obras, la explotación de yacimientos estratégicos y el desarrollo de grandes plantaciones de materias primas en territorios tradicionalmente indígenas; b) el ejercicio, promoción y defensa de los derechos humanos de los pueblos indígenas en su condición de sujetos colectivos; y c) la prestación de asistencia legal para comunidades que plantean sus demandas e reivindicaciones desde la juricidad y como culturas diferentes. Estos temas se encuentran más relacionados al ámbito político, constatándose como la antropología y la ciencia jurídica no se dan abasto para afrontarlos.

Finalmente, ITURRALDE nos hace entender como estas seis maneras de comprender lo que genéricamente se denomina Derecho indígena, no tienen que ser excluyentes. En la práctica se comprueban formas combinadas de tratar el tema, que dependerán en gran parte, de las directrices que adoptan las investigaciones y de las perspectivas teóricas, así como, metodológicas empleadas para abordar la cuestión indígena en general¹⁷⁸.

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. En estos casos, el respectivo precepto constitucional constituye un reconocimiento que vino a fortalecer dicho valor. No obstante, aún se observan tendencias contrarias. A manera de ejemplo, 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:

¹⁷⁸ *Ibíd.*, p. 56.

“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”¹⁷⁹.

Vemos como la norma antes citada condicionó el valor jurídico de la costumbre indígena, a su compatibilidad con la Constitución chilena. Pero en definitiva, 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.

¹⁷⁹ Ley 19253 de Chile. Publicada en el Diario oficial el 5 de octubre de 1993.

CAPÍTULO III

LA JURISDICCIÓN ESPECIAL INDÍGENA EN LATINOAMÉRICA: UNA APROXIMACIÓN TEÓRICA



CAPÍTULO III

LA JURISDICCIÓN ESPECIAL INDÍGENA EN LATINOAMÉRICA: UNA APROXIMACIÓN TEÓRICA

1. La Jurisdicción especial indígena

1.1. Delimitación conceptual: jurisdicción, competencia procesal internacional y competencia interna

Para alcanzar una idónea caracterización de la jurisdicción especial indígena vigente en los Estados latinoamericanos, comenzaremos por delimitar conceptualmente tres figuras procesales: jurisdicción, competencia judicial internacional¹⁸⁰ y competencia interna (objetiva, funcional y territorial), que a pesar de estar íntimamente relacionadas deben ser distinguidas.

Se ha llegado a afirmar que de jurisdicción no se puede dar un concepto definitivo e inmutable con vigencia en todos los tiempos y los pueblos. Tanto las formas externas mediante las cuales se desarrolla la administración de justicia, como los métodos lógicos de juzgar, tienen un valor circunstancial que sólo se pueden identificar con un tiempo histórico en particular¹⁸¹.

La jurisdicción como función genérica radica en resolver de forma decisiva los conflictos aplicando el Derecho¹⁸². Ahora bien, al establecer un concepto concreto de jurisdicción debemos enfocarnos en dos aspectos fundamentales: 1) la potestad jurisdiccional (aspecto constitucional o

¹⁸⁰ La competencia judicial internacional equivale al término procesal: extensión y límites de la jurisdicción.

¹⁸¹ PEDRAZ PENALVA, Ernesto: *Constitución, Jurisdicción y Proceso*. Ediciones Akal. Madrid, 1990, p. 57.

¹⁸² GIMENO SENDRA, José Vicente: *Introducción al Derecho Procesal*. 6ª ed. Editorial COLEX. Madrid, 2010, p. 37.

estático)¹⁸³ y 2) la función jurisdiccional (aspecto procesal o dinámico)¹⁸⁴. ERNESTO PEDRAZ PENALVA, tomando en consideración ambos aspectos, define la jurisdicción como:

“Potestad estatal ejercitada exclusiva y excluyentemente por Tribunales independientes, previa y legalmente establecidos, funcionalmente desarrollada de modo imparcial en el proceso, dirigida a la satisfacción irrevocable de los intereses jurídicos socialmente relevantes”¹⁸⁵.

Por su parte, la competencia judicial internacional o, empleando la terminología de la Ley Orgánica del Poder Judicial española, la extensión y límites de la jurisdicción, viene a ser la posibilidad de ejercer la potestad jurisdiccional ante supuestos de hecho relacionados con ordenamientos jurídicos extranjeros. Es decir, la jurisdicción es un presupuesto imprescindible de la competencia judicial internacional¹⁸⁶. En este sentido, RENGEL ROMBERG, señala: “Las normas de competencia procesal internacional son normas de derecho estatal externo, dictadas por cada Estado en consideración de la existencia de otros Estados soberanos, para delimitar la propia jurisdicción y delimitar, en virtud de ciertos criterios, las controversias sobre las cuales puede ejercerla”¹⁸⁷.

Es importante determinar que cuando se pretende establecer la competencia judicial internacional de un Estado estamos en el ámbito del

¹⁸³ El artículo 117. 3 de la Constitución española, define la potestad jurisdiccional en los términos de juzgar y hacer ejecutar lo juzgado.

¹⁸⁴ Se define la función jurisdiccional como: tutela y realización del Derecho objetivo. En: DE LA OLIVA SANTOS, Andrés y otros: *Derecho Procesal. Introducción*. 3ª ed. Editorial Universitaria Ramón Areces. Madrid, 2004, pp. 21 - 22

¹⁸⁵ PEDRAZ PENALVA, Ernesto: *Constitución, Jurisdicción y Proceso...* op. cit., pp. 172-173.

¹⁸⁶ VIRGÓS SORIANO, Miguel y GARCIMARTÍN ALFÉREZ, Francisco José: *Derecho Procesal Civil Internacional, Litigación Internacional*. CIVITAS. Madrid, 2000, p. 41.

¹⁸⁷ RENGEL ROMBERG, Aristides: “La Competencia Procesal Internacional en el Derecho Venezolano”. En: *Libro Homenaje a la Memoria de Lorenzo Herrera Mendoza*. Tomo I. Universidad Central de Venezuela. Facultad de Derecho. Caracas, 1970, p. 68.

Derecho procesal civil internacional. A diferencia del supuesto en el que colisionan la jurisdicción especial y la jurisdicción ordinaria dentro de los límites del sistema jurídico de un Estado, situación que se limita, exclusivamente, al perímetro del Derecho procesal.

Finalmente, cuando hablamos de competencia interna estamos haciendo referencia al límite que tiene el ejercicio de la potestad jurisdiccional. En otras palabras, la competencia está constituida por la porción de potestad jurisdiccional que se está autorizado a ejercer. Como dice CALAMANDREI, la cuestión de competencia emana como un *posterius* de la cuestión de jurisdicción. De tal forma, la interrogante de: ¿Cuál es la competencia de un juez?, se equipara a la interrogante de: ¿Qué tipos de causas ese tribunal está llamado a conocer?¹⁸⁸ De aquí surgen las denominadas competencias: objetiva, funcional y territorial.

En síntesis, la competencia interna se circunscribe a la porción de potestad de los distintos tribunales dentro de un Estado; en cambio, la competencia judicial internacional se refiere a la potestad conjunta de los tribunales de un Estado¹⁸⁹.

1.2 Caracterización de la jurisdicción especial indígena

Desde el ámbito procesal la distinción universal que se puede establecer en relación con la jurisdicción ordinaria y la especial, se

¹⁸⁸ CALAMANDREI, Piero: *Instituciones de Derecho Procesal, Según el Nuevo Código*. Traducción de Santiago Sentís Melendo. Volumen II. Ediciones jurídicas Europa - América. Buenos Aires, 1986, pp. 136 - 137. Igualmente se recomienda la consulta de: PEÑA, Hernán: *Distinción de los Conceptos Fundamentales del Derecho Procesal*. Pontificia Universidad Javeriana. Bogotá, 1963, pp. 43 - 46.

¹⁸⁹ Se pronuncia al respecto: MORELLI, Gaetano: *Derecho Procesal Civil Internacional*. Traducción de Santiago Sentís Melendo. Ediciones Jurídica Europa - América. Chile - Buenos Aires, 1953, p. 86. Asimismo, SÁNCHEZ COVISA, Joaquín: "Competencia Internacional". En: *Studia Iuridica*. Universidad Central de Venezuela. Publicación anual de la Facultad de Derecho. Caracas, 1957, p. 434.

encuentra en que el juez ordinario está investido de una jurisdicción general frente a todas las personas sujetas a ella; por tanto, goza de una potencial potestad ante todos los pleitos.

La jurisdicción ordinaria ostenta la potestad jurisdiccional principal en razón de la extensión de su ámbito de ejercicio, de su labor permanente y el papel que cumple en la tarea de administrar justicia en un país. Esta jurisdicción cuenta con sus propios principios, objetivos y características, así como su propia estructura, cuya consagración fundamentalmente se encuentra en la Constitución del Estado. Por otro lado, la jurisdicción especial es una potestad que se ejerce con limitación a asuntos determinados o respecto de personas que están sujetas a ella, como por ejemplo la jurisdicción militar. Fuera de estos límites, no sólo le está prohibido ejercer funciones o potestades, sino que carece de ellas, en otras palabras, resulta incapaz por ausencia absoluta de competencias¹⁹⁰.

El surgimiento de las jurisdicciones especiales se ha fundamentado dentro de los sistemas jurídicos, en eventualidades históricas que han exigido extraer ciertas categorías de causas del conocimiento de la jurisdicción ordinaria y, generar, para cada caso, sedes judiciales que mejor respondieran a las especiales exigencias de ellas. Al respecto señala RAMOS MÉNDEZ, que:

“El concepto de jurisdicción especial se construye en oposición al de jurisdicción ordinaria. Para ello se suele uno servir de dos parámetros: los tribunales a quienes se encomienda, distintos de los ordinarios, y la materia que les está atribuida. Es curioso constatar que la génesis de las jurisdicciones especiales se debe, entre otras, a circunstancias como las siguientes: Una cierta desconfianza respecto de la falta de especialización de los

¹⁹⁰ CHIOVENDA, José: *Principios de Derecho Procesal Civil*. Traducción española de la 3ª ed. italiana. Tomo I. Instituto Editorial Reus. Madrid, 1922, pp. 462 - 463.

tribunales ordinarios, una pausada lentitud en pronunciar sus resoluciones, o, con frecuencia, la implantación de un nuevo orden político”¹⁹¹.

Entre las razones que los procesalistas esgrimen para justificar la creación de jurisdicciones especiales, se encuentra la posibilidad de escoger entre las autoridades legítimas, jueces o magistrados que la ostentan, personas con los conocimientos específicos en la materia a decidir¹⁹². En estos planteamientos encontramos sustentos para afianzar la naturaleza de jurisdicción especial indígena; pues, quiénes más que las autoridades legítimas de estos pueblos autóctonos deben tener la potestad de conocer y resolver las controversias que surgen con relación a la aplicación o trasgresión de su orden normativo.

La jurisdicción especial indígena puede ser definida entonces, como un fuero para estas comunidades autóctonas, en el que sus máximos representantes ejercen funciones y potestades jurisdiccionales¹⁹³. Esta labor comprende todas aquellas funciones propias del poder jurisdiccional, primordialmente: conocer, juzgar, resolver conflictos, definir derechos y obligaciones concretas, ordenar restricciones de derechos, ya sea como penas o medidas, ordenar las prestaciones de servicios a la comunidad, la reparación de daños y perjuicios, la disposición de bienes. Es de resaltar que, en este caso específico el fuero es entendido como el derecho que tiene el indígena “...a ser juzgado por sus propias autoridades, conforme a

¹⁹¹ RAMOS MÉNDEZ: Francisco: *El Sistema Procesal Español*. 7ª ed. Atelier. Barcelona, 2005, p. 65.

¹⁹² CALAMANDREI, Piero: *Instituciones de Derecho Procesal*...op. cit., p. 68.

¹⁹³ Según Francisco CARNELUTTI: “Que el juez sea superior a las partes es una meta que la ley se esfuerza, más o menos sagazmente, en alcanzar; de todos modos, la alcance o no, en realidad, es una necesidad que se considera alcanzada. Este resultado se consigue mediante la atribución al juez de un poder, y hasta de una *potestad*, que es justo llamar *potestad jurisdiccional*. Más brevemente se dice también jurisdicción; la palabra “jurisdicción” adquiere así un doble significado en cuanto sirve para indicar tanto la función como el *poder judicial*”. CARNELUTTI, Francisco: *Derecho y Proceso*. Traducción de Santiago Sentis Melando. Ediciones jurídicas Europa - América. Buenos Aires, 1971, pp. 92 - 93.

sus normas y procedimientos, dentro de su ámbito territorial, en aras de garantizar el respeto por la particular cosmovisión del individuo¹⁹⁴.

Cuando una autoridad indígena administra justicia y ejecuta sus decisiones, no despoja de sus funciones a la jurisdicción ordinaria del Estado, ya que estas potestades le son propias. Así, se ha determinado que las actuaciones jurisdiccionales de las autoridades indígenas contribuyen no sólo a reafirmar el Derecho propio, sino a la creación de un nuevo Derecho. Enfatizando aquí la idea de quienes estiman que el acceso a la justicia para los grupos indígenas estará garantizado en la práctica, sólo en la medida que se respete al libre ejercicio de su jurisdicción consuetudinaria¹⁹⁵.

Es importante decir que, en el derecho de administrar justicia de cada pueblo indígena encontramos la regla procesal que la ciencia jurídica ha denominado *forum regit processum*, es decir, cada foro especial indígena conocerá según sus costumbres. Por ejemplo, en el caso de las treinta y cinco etnias indígenas ubicadas en Venezuela, las más de ochenta etnias de Colombia o los casi setenta y dos grupos etno-lingüísticos del Perú, cada uno de estos pueblos podrá ejercer con sus particularidades, las jurisdicciones especiales según sus diferenciadas normas consuetudinarias.

¹⁹⁴ Sentencia T- 496/1996. Corte Constitucional Colombiana, Sala Cuarta de Revisión de Tutelas. Magistrado Ponente: Carlos Gaviria Díaz, de fecha 26/09/1996.

¹⁹⁵ SÁNCHEZ BOTERO, Esther: *Derechos Propios, Ejercicio Legal de la Jurisdicción Especial Indígena en Colombia*. Instituto de Estudios del Ministerio Público, Procuraduría General de la Nación. Bogotá, 2004, p.49.

1.3 Elementos de la jurisdicción especial indígena: *notio*, *iudicium* e *imperium*

Los elementos que el Derecho procesal atribuye a la jurisdicción son: la *notio*, el *iudicium* y el *imperium*.

- 1) La *notio*: es la potestad atribuida al juez para conocer de las controversias sometidas a su consideración. Admite su autoridad para efectuar las actuaciones dirigidas a obtener un conocimiento certero del caso concreto (por ejemplo: citar a las partes, recaudar pruebas, hacer notificaciones, etc.). Está implícito en este elemento, el poder de documentación e investigación;
- 2) El *iudicium*: es la autoridad que tiene el operador jurídico para resolver las controversias de las cuales está conociendo, es decir, constituye el poder de decisión; y
- 3) El *imperium*: consiste en la facultad que se le atribuye al juez para hacer uso de la fuerza pública, con el objeto de alcanzar la efectividad de las sentencias. En este elemento están contenidos los poderes jurisdiccionales de coerción y ejecución¹⁹⁶.

En cuanto a la jurisdicción especial indígena, debe entenderse que la *notio*, el *iudicium* y el *imperium* son elementos constitutivos de ésta. Pero aclarando que, tal jurisdicción debe tratarse dentro de la particularidad

¹⁹⁶ SÁNCHEZ BOTERO, Esther y JARAMILLO SIERRA, Isabel: *La Jurisdicción Especial Indígena...* op. cit., p. 131.

cultural de cada pueblo indígena¹⁹⁷. Los tres elementos constitutivos de la jurisdicción especial indígena pueden ser concebidos de la siguiente manera¹⁹⁸:

1) La *notio*, la cual consta del factor territorial y del factor de pertenencia étnica (*infra* p. 109). En virtud de ésta, el operador jurídico deberá verificar que todos los sujetos e intereses en disputa sean los de un pueblo indígena, así como, si los sucesos se han verificado dentro de las fronteras del territorio de ese pueblo. En caso de resultar afirmativa la verificación, la jurisdicción competente deberá ser ejercida por las autoridades legítimas del pueblo indígena en cuestión. En caso de una controversia donde estén implicados un indígena y un sujeto no indígena, la determinación de la jurisdicción competente deberá realizarse tomando en consideración las siguientes circunstancias:

- ✓ Que los supuestos de hecho estén o no consagrados en ambos sistemas jurídicos; y
- ✓ Que los sujetos no indígenas implicados en la controversia tengan los conocimientos básicos acerca de las costumbres de la comunidad indígena en la que se suscitaron los acontecimientos.

2) El *iudicium* es la facultad que tienen las autoridades indígenas para pronunciarse respecto a controversias sometidas a su conocimiento, encuentra una limitante: los derechos fundamentales consagrados en el ordenamiento jurídico estatal.

¹⁹⁷ *Ibid.*, pp.131 y 144.

¹⁹⁸ Con relación a los elementos procesales de la jurisdicción especial indígena se empleó como fuente documental: *Ibid.*, pp. 132 - 145.

3) El *imperium* consiste en la potestad que tienen las autoridades indígenas de ejercer la fuerza física con el objeto de garantizar el cumplimiento de sus decisiones. Igualmente presenta dos limitantes vistas desde el ámbito jurídico y el fáctico:

- ✓ Límites jurídicos: Corresponde a los derechos fundamentales - derecho a la vida, prohibición de esclavitud, tortura, etc.-.
- ✓ Límites fácticos: Se refiere al dominio y control que los pueblos indígenas tengan sobre sus amplios territorios y sus habitantes. Pero concretar esto en la práctica no ha resultado sencillo.

En relación con este tema, resulta oportuno acudir a la Corte Constitucional de Colombia que reiteradamente en su jurisprudencia ha establecido los cuatro elementos que forman, según su criterio, la jurisdicción especial indígena:

- 1) La posibilidad de que existan autoridades judiciales propias de los pueblos indígenas;
- 2) la potestad de éstos de establecer normas y procedimientos propios;
- 3) la sujeción de dichas jurisdicción y normas a la Constitución y la ley; y
- 4) la competencia del legislador para señalar la forma de coordinación de la jurisdicción indígena con el sistema judicial nacional."

Dice la Corte Constitucional de Colombia con relación a estos elementos, que:

“Mientras que los dos primeros elementos constituyen el núcleo de la autonomía otorgado a las comunidades, la cual no sólo es jurisdiccional sino, también, normativa, el tercero y cuarto elementos señalan los mecanismos de coordinación entre los ordenamientos jurídicos indígenas y el ordenamiento nacional, con el fin de hacer efectivo el principio de la diversidad dentro de la unidad”¹⁹⁹.

Una vez definida la jurisdicción especial indígena y determinados sus elementos, debemos establecer cuáles son los puntos de conexión que determinan cuándo las autoridades legítimas de una comunidad indígena pueden ejercer funciones y potestades jurisdiccionales dentro de sus respectivos países.

1.4 El territorio y la pertenencia étnica como puntos de conexión para determinar la jurisdicción especial indígena

Para la comprensión de este apartado se deben tener bien delimitados los conceptos de jurisdicción y competencia, pues erróneamente se pueden emplear ambas nociones de forma equivalente (*supra* pp. 100 - 102). En este sentido, se debe recordar que dado el carácter plurilegislativo *ratione personae* de los Estados latinoamericanos integrados por pueblos indígenas, encontramos una coexistencia de

¹⁹⁹ Corte Constitucional de Colombia: SC- 139/96, ST- 349/96 y SU 510/98.

jurisdicciones diferenciadas dentro de su estructura judicial. Por una parte está la jurisdicción ordinaria y, por la otra, la jurisdicción especial de cada una de los pueblos indígenas que integran el Estado en cuestión. Frente a esta realidad nos preguntamos: ¿Cómo se determina cuándo una autoridad indígena tiene potestad jurisdiccional y no el juez ordinario?

Estimamos que, la pluralidad de jurisdicciones producto de la diversidad étnica dentro de las fronteras de un Estado, puede resultar analógica a la pluralidad de competencia judicial internacional (pluralidad de jurisdicciones) de diferentes países, si sus disposiciones constitucionales así lo permiten. Por ello, consideramos que haciendo uso de la interpretación constitucional, las normas procesales y de la jurisprudencia vigentes en un Estado plurilegislativo *ratione personae*, se obtienen los puntos de conexión que determinan las potestades jurisdiccionales de las autoridades legítimas de un pueblo indígena. Primero se debe establecer la jurisdicción especial a través de puntos de conexión y, posteriormente, ratificar su competencia.

Han sido dos los criterios que han estipulado para determinar la jurisdicción especial indígena, por ejemplo, la jurisprudencia de la Corte Constitucional de Colombia, la Ley Orgánica de Pueblos y Comunidades Indígenas venezolana y el Proyecto de Ley Número 35 de 2003, por medio de la cual se desarrolla el artículo 246 de la Constitución Política de Colombia. Estos criterios son: 1) el territorio; y 2) la conexión con una comunidad humana, también denominado pertenencia étnica. A continuación estudiaremos estos puntos de conexión con detenimiento.

1.4.1 El territorio indígena

Son dos los grandes aspectos que los instrumentos internacionales y las Constituciones estatales le han atribuido al territorio indígena:

- 1) Como propiedad colectiva sobre sus tierras (Arts. 13, 14 y 17 del Convenio N° 169 de la OIT, Arts. 25, 26 y 27 de la Declaración de las Naciones Unidas sobre los Derechos de los Pueblos Indígenas y Art. 24 del Proyecto Americano de Declaración sobre los Derechos de los Pueblos Indígenas); y
- 2) Como jurisdicción, entendido como el espacio geográfico donde están legitimados para ejercer su autoridad.

1.4.1.1 Propiedad Colectiva de Tierras Indígenas

Las reivindicaciones territoriales son la esencia de las demandas mundiales de los pueblos indígenas. Estos colectivos fundamentan sus derechos a la tierra, básicamente, en la vida que estas comunidades han desarrollado en tales territorios desde tiempos remotos. El título indígena es una institución jurídica que ampara los derechos ancestrales de los pueblos indígenas a la tierra, territorios y recursos. Resulta primordial a la hora de abordar este tema, determinar la fuente o fuentes posibles de las que este título jurídico deriva. Son tres las fuentes que se enumeran para sustentar el título indígena: 1) la legislación que ha surgido del Estado en cuyo territorio están los pueblos indígenas; 2) los tratados concertados entre los conquistadores, colonizadores o los Estados y los pueblos

indígenas; y 3) el Derecho propio de estos pueblos que representa las fuentes que engloban sus tradiciones histórico-jurídicas²⁰⁰.

Desde tiempos remotos la tierra ha sido considerada como uno de los factores esenciales en la producción dentro de la economía general, y particularmente, en las esferas del sector de la producción agrícola, junto con el trabajo y el capital. Luego, se pasó a considerar al trabajo como factor principal, por ser el agente activo de la producción, quedando la tierra como un agente pasivo y el capital como simple instrumento de producción.

No obstante lo antes mencionado, la tierra viene a ser un factor imprescindible, incluso en su papel pasivo. El hombre para lograr la producción necesita una superficie de suelo, una tierra que reúna unas mínimas condiciones de fertilidad, ya que él puede tener la capacidad de modificar las condiciones naturales del suelo, pero en definitiva necesitará de unas cualidades naturales para que dichas variaciones sean económicas²⁰¹.

SANZ JARQUE nos presenta la siguiente definición de la propiedad de la tierra:

“..el más soberano poder que se tiene sobre una superficie delimitada del globo terrestre, en función de la producción, la estabilidad, el crecimiento económico sostenible, el equilibrio ecológico y el pleno desarrollo de la comunidad”²⁰².

²⁰⁰ AGUILAR CAVALLLO, Gonzalo: *El Título Indígena y su aplicabilidad en el derecho Chileno*. En: (Página Web en línea) http://www.scielo.cl/scielo.php?pid=S0718-00122005000100010&script=sci_arttext#nota34

²⁰¹ PRIETO HERAUD, Eduardo: *Factores humanos: La propiedad de la tierra*. Dirigido por D. Alejandro Barbero Rodríguez. Madrid, 1959, p. 2.

²⁰² SANZ JARQUE, Juan José: *La eterna cuestión de la tierra en el pensamiento de Santo Tomás de Aquino: propiedad y tenencia*. Universidad CEU San Pablo. Madrid, Madrid, 2007, pp. 19- 20

En definitiva, la propiedad de la tierra no es una función, pero sí constituye un derecho subjetivo de las personas que son sus titulares, que tiene una y múltiples funciones que cumplir por naturaleza y a favor del bien común. En la actualidad, la propiedad rústica o la propiedad de la tierra es y se conforma residualmente, como una manera de tenencia y explotación del suelo que no ha sido urbanizado²⁰³.

Ahora bien, un punto fundamental en el debate histórico de la propiedad de la tierra ha girado en cuanto a su condición individual o colectiva. Debemos tomar en consideración que la Revolución francesa fue el punto final al movimiento espiritual y emancipador que había iniciado en siglos anteriores el humanismo y el renacimiento. El objetivo principal de estas tendencias del pensamiento fue dejar asentado que: “La Revolución francesa es individualista; en quien ella ha pensado es el individuo; es a él a quien ha querido liberar”. Así pues, la muestra más fidedigna de la consagración de tal meta fue la propensión individualista del Código de Napoleón²⁰⁴.

Siguiendo los planteamientos doctrinales más destacados, encontramos afirmaciones que establecen como la conservación y progreso de la especie humana, en las mejores condiciones posibles, exige que necesariamente cada individuo aproveche y sufra las consecuencias naturales, buenas o malas, de su conducta y aptitudes. Esto dependerá del hecho que cada individuo pueda obrar libremente (ámbito positivo del derecho), sin más límite que la libertad de los demás (ámbito negativo del derecho). Entonces, el ejercicio de tal libertad, en cada una de las diferentes facetas de la actividad diaria, conforman los llamados derechos

²⁰³ *Ibíd.*, p. 20; y VILALTA, A. Esther y MÉNDEZ, Rosa M.: *Propiedad de la tierra y su explotación*. Bosch. Barcelona, 2004, p.7.

²⁰⁴ El artículo 544 del Código de Napoleón (1804), consagró la propiedad como inviolable, sagrada y absoluta. Siguiendo así la misma tendencia prevista en el artículo XVII de la Declaración francesa de los Derechos del Hombre y del Ciudadano (1789). En: DE CAMPS y ARBOIX, Joaquín: *La Propiedad de la Tierra y su Función Social...* op. cit., pp. 76 - 81.

individuales, figurando el derecho a la propiedad y el derecho a dar y legar²⁰⁵.

Según el individualismo nada colectivo tiene sentido sino es mediante la participación del individuo y por su incuestionable servicio a éste. Es por ello que se debe entender que lo colectivo es una obra de los individuos, que tiene una fuente artificial. Sin embargo, el individualismo no ha podido obviar o ignorar las exigencias sociales del ser humano, por lo que, finalmente ha tenido que reconocer las formas y exigencias colectivas que resultan primordiales para el mismo individuo.

Es oportuno citar a Theodoor C. VAN BOVEN, que expone:

“Cuando se hace distinción entre los derechos individuales y los derechos de grupo, no debe tomarse tal distinción en términos de contraposición. Esto no desmerece el hecho de que ciertos derechos sean de naturaleza individual, como el derecho a la intimidad, a la libertad de pensamiento y de conciencia, y el derecho a la libertad y seguridad de la persona; por otro lado, ciertos derechos son colectivos por su naturaleza, como la mayor parte de los derechos económicos y sociales. Existen también derechos que presentan aspectos individuales y colectivos. Casos manifiestos son la libertad de religión y de expresión”²⁰⁶.

²⁰⁵ VAZ FERREIRA, Carlos: *Sobre la Propiedad de la Tierra*. Imprenta Nacional. Montevideo, 1918, pp. 19 - 20.

²⁰⁶ VAN BOVEN, Theodoor C.: “3. Criterios distintivos de los derechos humanos”. En: *Las dimensiones internacionales de los derechos humanos*. Karel Vasak editor general. Ediciones del Serbal. Barcelona 1984, p. 94.

Las pruebas más evidentes de la existencia de derechos colectivos están, sin duda alguna, en el Derecho internacional. En esta disciplina jurídica encontramos textos legales y políticos, preceptos y principios que hablan directamente de derechos colectivos. El Derecho internacional se ha conformado por y para colectividades. Encontramos así una de las más interesantes paradojas dentro del individualismo, pues bajo esta teoría se creó el sujeto colectivo por excelencia, el Estado. Recordemos que la Declaración francesa de Derechos del Hombre y del Ciudadano de 1789, que fue sobre todo un documento que promulgaba principios individuales, se fundamentó en la soberanía de la nación. Igualmente, encontramos derechos reconocidos a otros actores colectivos, como la libre determinación concebida para todos los pueblos²⁰⁷.

El reconocimiento internacional de los indígenas como pueblos, fue el punto de partida para que se admitiera que estos grupos étnicos gozan de derechos colectivos. Los indígenas obtienen su identidad en la medida que son miembros de una comunidad, no de manera aislada. Los pueblos indígenas reclaman derechos colectivos porque estos resguardan, de manera más eficaz que los derechos humanos individuales, la preservación de la identidad común. Hay situaciones en la que incluso sólo con la garantía de derechos colectivos se puede alcanzar la consecución de derechos individuales, como por ejemplo, para alcanzar reivindicaciones en el caso de los grupos étnicos que se encuentran en situación de marginalidad²⁰⁸.

En este sentido, señala BUJOSA VADELL:

²⁰⁷ LÓPEZ CALERA, Nicolás María: *¿Hay derechos colectivos? Individualidad y socialidad en la teoría de los derechos*. Editorial Ariel. Barcelona, 2000, pp. 13 - 39.

²⁰⁸ DE LA CRUZ, Rodrigo: "Los Derechos de los Indígenas. Un tema milenario cobra nueva fuerza". En: *Derechos de los Pueblos Indígenas. Situación Jurídica y Políticas de Estado*. Ramón Torres Galarza comp. Abya Yala Quito. Ecuador, pp. 10 - 11; y KLOOSTERMAN, Janet: *Identidad Indígena. Entre romanticismo y realidad*". Thela Publishers. Ámsterdam, 1997, p. 11.

“...en algunos casos el interés de grupo no es más que una auténtica agregación de situaciones jurídico - subjetivas individuales que se unen para mejorar las perspectivas de tutela, mientras que en otros casos la relación con el interés individual es más lejana –aunque evidentemente el individuo esté, en último término, como sujeto interesado-, es decir, existe una colectividad, pero en estado difuso, que compone una serie abierta e indeterminada de sujetos que tienen un interés en común, una aspiración hacia un bien no susceptible de apropiación exclusiva”²⁰⁹.

Actualmente, existe una tendencia de reconocer ciertos derechos a un grupo específico, tomando en consideración sus particularidades culturales. Es decir, este reconocimiento envuelve la idea de que el derecho es colectivo porque es propio de un sujeto colectivo, que en el caso objeto de estudio, lo constituiría las etnias indígenas. Lamentablemente esta concepción genera mucha discusión encabezada, principalmente, por la filosofía liberal que exige la neutralidad del Estado, la igualdad de todos los ciudadanos ante la ley y, que a aspectos como la pertenencia a un grupo étnico, no se le de una importancia pública²¹⁰.

Con relación al anterior argumento liberal, BORRERO GARCÍA nos recuerda como en la Sentencia T380/93 de la Corte Constitucional de Colombia, los magistrados expusieron que la comunidad indígena pasó de ser una realidad fáctica y legal a un sujeto portador de derechos

²⁰⁹ BUJOSA VADELL, Lorenzo: *Protección jurisdiccional de los intereses de grupo*. J.M. Bosh Editor. Barcelona, 1995, pp. 94- 95.

²¹⁰ TORBISCO CASALS, Neus: “La Interculturalidad Posible: El Reconocimiento de Derechos Colectivos”. En: *La Multiculturalidad*. Consejo General del Poder Judicial. Cuadernos de Derecho Judicial. Madrid, 2001, pp. 273 - 336.

fundamentales²¹¹. Así pues, no se consideró individualmente a sus miembros, sino a la comunidad misma. En este sentido expresó la Corte:

“La protección que la Carta extiende a la anotada diversidad se deriva de la aceptación de formas diferentes de vida social cuyas manifestaciones y permanente reproducción cultural son imputables a estas comunidades como sujetos colectivos autónomos y no como simples agregados de sus miembros que, precisamente, se realizan a través del grupo y asimilan como suya la unidad de sentido que surge de las distintas vivencias comunitarias. La defensa de la diversidad no puede quedar librada a una actitud paternalista o reducirse a ser mediada por conducto de los miembros de la comunidad, cuando ésta como tal puede verse directamente menoscabada en su esfera de intereses vitales y, debe, por ello, asumir con vigor su propia reivindicación y exhibir como detrimentos suyos los perjuicios o amenazas que tengan la virtualidad de extinguirla. En este orden de ideas, no puede en verdad hablarse de protección de la diversidad étnica y cultural y de su reconocimiento, si no se otorga, en el plano constitucional, personería sustantiva a las diferentes comunidades indígenas que es lo único que les confiere estatus para gozar de los derechos fundamentales y exigir, por sí mismas, su protección cada vez que ellos les sean conculcados (CP art. 1, 7 y 14)”²¹².

²¹¹ BORRERO GARCÍA, Camilo: *Multiculturalismo y Derechos Fundamentales*. GTZ y CINEP. Bogotá, 2003, p. 109.

²¹² T-380/93. Corte Constitucional de Colombia, Sala Tercera de Revisión de Tutelas. Magistrado Ponente: Eduardo Cifuentes Muñoz, de fecha 13/03/1993.

Ciñéndonos al tema del dominio de la tierra, debemos partir de la idea que en tiempos modernos la Declaración de los Derechos del Hombre y la expansión de principios fisiocráticos le otorgaron a la propiedad un tinte individualista, aún más acentuado que el verificado en los últimos años del Derecho romano. La revolución francesa y los Códigos favorablemente liberaron la propiedad del dueño, derogando las cargas que la hacían prisionera (censos, irredimibles, fideicomisos, vinculaciones, etc.). Pero negativamente, al ser considerada la propiedad como uno de los más innatos y sagrados derechos, se establecieron taxativamente las limitaciones a las que estaba sometida, dificultando cualquier reforma social²¹³.

Las tendencias actuales del derecho a la propiedad, siguiendo directrices técnico- doctrinales y político – sociales, van dirigidas a la rectificación de sentido individualista, que se diseñó en el seno del Derecho romano y la escuela del Derecho natural, heredado posteriormente por los Códigos modernos. Asimismo, se puede hablar de una diversificación de los regímenes que se impuso por la existencia de múltiples y peculiares clases de propiedad que son evidentes en la vida jurídica de estos tiempos. Todo esto debido a que constantemente el derecho a la propiedad manifiesta peculiaridades que dificultan establecer principios uniformes y construir una teoría única sobre el mismo²¹⁴.

El título histórico de primeros ocupantes les ha otorgado a los pueblos indígenas el fundamento jurídico inmediato para administrar y disponer de sus tierras y de los recursos que en ella se encuentran; es por ello que, estos grupos humanos se consideran legítimos propietarios de los mismos, con o sin título escrito de propiedad. La exigencia de un título escrito que corrobore el dominio es una transculturización que ha puesto en franca desventaja a los pueblos indígenas. Estos colectivos nunca han

²¹³ BORRERO GARCÍA, Camilo: *Multiculturalismo y Derechos Fundamentales*. .. op. cit., pp. 117 - 118.

²¹⁴ *Ibid.*, p. 126 - 127.

empleado, a menos que sea de forma impuesta, esta clase de estándares jurídicos para delimitar sus territorios y para justificar su propiedad. El título escrito, resultado de la propiedad privada, era desconocido por los pueblos indígenas, y tal exigencia, ha conducido en muchas ocasiones al despojo de sus tierras.

El derecho a la propiedad colectiva es un derecho originario, cuyo fundamento es la relación “*ab origen*” de los pueblos indígenas con sus tierras y como habitantes preexistentes a la fundación de los Estados. Por tanto, no deberíamos estar ante un derecho derivado de un título de propiedad que otorga el Estado, sino ante un derecho que reconoce a estos pueblos su carácter originario, es decir, su condición de habitantes ancestrales y tradicionales de esas tierras.

En gran parte de los países, especialmente los de la *Commonwealth*, el uso y la ocupación exclusivos de tierras desde tiempo inmemorial da lugar a un título aborigen, oponible a todas las personas, salvo al Estado, en consecuencia, no estamos ante un título que contenga un derecho de posesión o propiedad absoluto. Tal circunstancia hace que este título frecuentemente esté bajo el supuesto de ilegitimidad, estando el Estado facultado para extinguirlo. Colisiona así, la protección jurídica, constitucional e internacional de la propiedad colectiva de tierras indígenas, y los derechos que en la mayoría de los países protegen la propiedad y los bienes de los individuos no indígenas, bien sea, personas físicas o jurídicas.

A diferencia del título de propiedad del derecho común, el título indígena no se refiere únicamente a tierras, como bienes inmuebles claramente delimitados, sino que incluye un concepto más amplio de territorios y los recursos que en ellos se encuentren. Debe considerarse también, que el título indígena es un título histórico e inmemorial, por lo tanto no escrito que se encuentra basado en la posesión, ocupación o uso

tradicional actual o histórico de sus tierras, territorios y recursos. El título aborígen en un alto porcentaje de países que lo reconocen, cuenta con frecuentes limitaciones en su naturaleza jurídica y en los derechos que genera; e igualmente, en la protección jurídica que ostenta, en contraste con otros títulos de propiedad de la tierra, conformándose entonces, un título limitado e imperfecto²¹⁵.

Cuando hablamos del título indígena nos referimos al antecedente, remoto o reciente, de la adquisición de la tierra, territorios y recursos que, en el caso específico de los pueblos indígenas, está conformado por la ocupación y utilización inmemorial de estas tierras. Es de destacar como se ha superado la discusión doctrinal sobre la imposibilidad de ocupación de bienes inmuebles, evolución reflejada, por ejemplo, en el sistema jurídico español (Artículos 21 y 22 de la Ley de Patrimonio del Estado de 1964)²¹⁶.

Para comprender la concepción actual de la propiedad colectiva de tierras indígenas, cabe citar la Sentencia T188/93 de la Corte Constitucional de Colombia, que define este derecho de la siguiente manera:

“El derecho de propiedad colectiva ejercido sobre los territorios indígenas reviste una importancia esencial para las culturas y valores espirituales de los pueblos aborígenes. Se resalta la especial relación de las comunidades indígenas con los territorios que ocupan, no sólo por ser éstos su principal medio de subsistencia sino además porque constituyen un elemento integrante de la cosmovisión y la religiosidad de los pueblos aborígenes. El derecho fundamental a la propiedad colectiva de

²¹⁵ AGUILAR CAVALLO, Gonzalo: *El Título Indígena y su aplicabilidad en el derecho Chileno*. En: (Página Web en línea) http://www.scielo.cl/scielo.php?pid=S0718-00122005000100010&script=sci_arttext#nota34

²¹⁶ DÍEZ - PICAZO, Luis y GULLÓN, Antonio: *Sistema de Derecho Civil. Derechos de las Cosas y Derecho Inmobiliario Registral*. Vol. III. 7º ed. Tecnos, Madrid, 2004, p. 172 -173.

los grupos étnicos lleva implícito, dada la protección constitucional del principio de diversidad étnica y cultural, un derecho a la constitución de resguardos en cabeza de las comunidades indígenas. El derecho fundamental de petición es aquí un medio o presupuesto indispensable para la realización de aquellos derechos”²¹⁷.

En la base de datos del Banco Interamericano de Desarrollo, los países que destacan dentro del continente americano por haber desarrollado una legislación sobre propiedad colectiva de tierras indígenas siguiendo los estándares internacionalmente reconocidos, son: Argentina, Belice, Bolivia, Brasil, Chile, Colombia, Costa Rica, Ecuador, El Salvador, Guatemala, Guyana, Honduras, México, Nicaragua, Panamá, Paraguay, Perú, Suriname, Uruguay y Venezuela²¹⁸. Además, en países como Dinamarca, España, Fiji, Nepal, Noruega, Países Bajos; entre otros, el Convenio N° 169 de la OIT tiene plena vigencia; y por consiguiente, su regulación sobre este derecho. En países de Europa, por ejemplo, Noruega, Suecia y Finlandia, habitan los sami, destacando sólo el primer país como ratificante del Convenio N° 169 de la OIT. No obstante, las denuncias de violaciones de los derechos a la propiedad colectiva de estos pueblos siguen persistentes.

Por citar un caso, haremos mención a Paraguay, donde la legislación actualmente estipula una extensión mínima legal de 20 has. de tierra por familia indígena, en la región oriental y 100 has. en la región occidental. Para acceder a la adjudicación de tierras, la ley prevé como condición la conformación de una comunidad que como mínimo cuente con

²¹⁷ T-188/93. Corte Constitucional de Colombia, Sala Tercera de Revisión de Tutelas. Magistrado Ponente: Eduardo Cifuentes Muñoz, de fecha 12/05/1993.

²¹⁸ Lista oficial para el momento de realizar esta investigación. Última consulta: julio de 2009, en (Página Web en línea) BID <http://www.iadb.org/SDS/IND/ley/leyn/datamap.cfm>

veinte familias. No obstante, tal previsión ha quedado en letra muerta, producto de una escasez de recursos económicos, que ha derivado en un déficit de tierras que ajustándose a la ley, se estima en más de 500.000 has²¹⁹.

En nuestros días la propiedad constituye un derecho fundamental consagrado en el artículo 17 de la Declaración Universal de los Derechos Humanos (Naciones Unidas, 1948). Este artículo nos enuncia que la propiedad es un derecho de las personas que puede disfrutarse individual y colectivamente, prohibiendo su privación arbitraria.

El Convenio N° 169 de la OIT en el artículo 13 estipula el deber que tienen los Estados de respetar la peculiar importancia que para las culturas y valores de los pueblos indígenas tiene su relación con las tierras o territorios. Es importante la equiparación que el numeral 2° de este artículo hace con relación a la tierra y el territorio, así pues, la primera acepción incluye a la segunda. En este orden de ideas, el artículo 14 del mismo Convenio N° 169 consagra el reconocimiento a estos pueblos, del derecho de propiedad y de posesión sobre las tierras que tradicionalmente ocupan. Asimismo, señala que será propicio, cuando el caso así lo exija, tomar medidas para salvaguardar el derecho de los pueblos interesados a utilizar tierras que no estén ocupadas por ellos de manera exclusiva, pero a las que hayan tenido tradicionalmente acceso para sus actividades tradicionales y de subsistencia.

Finalmente, el artículo 17 del Convenio citado, promueve el respeto a las modalidades de transmisión de los derechos sobre la tierra entre los miembros de los pueblos indígenas, de acuerdo a sus estipulaciones autóctonas. Uno de los puntos comunes y más resaltantes dentro de esta regulación internacional está en que para demostrar los derechos sobre las

²¹⁹ DA CRUZ, Humberto: *Hacia un Desarrollo Sostenible de los Pueblos Indígenas Mediante una Aproximación Etnoecológica*. Ecodesarrollo, Instituto de Etnoecología y Desarrollo Sostenible. Madrid, 2007, p. 8.

tierras y recursos no es necesario probar la ocupación. Es decir, esta regulación admite la posesión inmemorial y la utilización de tierras bajo otros supuestos diferentes al de la ocupación²²⁰.

En el ámbito internacional destaca igualmente la Declaración de las Naciones Unidas sobre los Derechos de los Pueblos Indígenas del año 2007, que a pesar de no tener un carácter vinculante para los Estados, constituye un referente dentro del sistema universal. El artículo 25 de la Declaración determina que los pueblos indígenas en relación con sus tierras y territorios, tienen derecho a mantener y fortalecer su relación espiritual con las mismas, así como, con las aguas, mares costeros y otros recursos que tradicionalmente han poseído u ocupado y utilizado mediante otras modalidades. De igual forma, tienen derecho a asumir las responsabilidades que a ese propósito les conciernen respecto a las generaciones futuras.

El artículo 26 de la Declaración en comento, expresamente reconoce el derecho a la propiedad tradicional u otra forma tradicional de ocupación o utilización, que los pueblos indígenas tienen sobre las tierras, territorios y recursos que poseen, al igual que, sobre aquellos adquiridos de otra forma. Asimismo, los pueblos indígenas tienen derecho, según la norma, a poseer, utilizar, desarrollar y controlar las tierras, territorios y recursos que poseen en razón de la propiedad tradicional u otra forma tradicional de ocupación o utilización. Esta disposición reitera la obligación que tienen los Estados de garantizar el reconocimiento y protección legal de esas tierras, territorios y recursos, respetando, según el caso, las costumbres, las tradiciones y los sistemas de tenencia de la tierra de estos pueblos.

²²⁰ AGUILAR CAVALLLO, Gonzalo: *El Título Indígena y su aplicabilidad en el derecho Chileno*. En: (Página Web en línea) http://www.scielo.cl/scielo.php?pid=S0718-00122005000100010&script=sci_arttext#nota34

Es importante subrayar que la aprobación de la Declaración antes estudiada, representa un gran avance y un reto de implementación de los derechos territoriales indígenas por parte de los Estados. Tomando en consideración que, para muchos pueblos indígenas que habitan países en donde no tiene vigencia el Convenio N° 169 de la OIT o la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos no tiene ámbito de aplicación, este Texto representa el primer reconocimiento de sus derechos territoriales en un documento oficial de las Naciones Unidas²²¹.

En el ámbito americano encontramos el Proyecto de Declaración sobre los Derechos de los Pueblos Indígenas, que en el artículo 24 regula la propiedad colectiva de las tierras de estos grupos. Destaca de la norma el numeral 2°, que da reconocimiento legal a los distintos modos y formas particulares de propiedad, posesión y dominio de las tierras y territorios de los pueblos indígenas, de acuerdo a los principios del sistema legal de cada Estado. Además, exhorta a los Estados a determinar los regímenes especiales apropiados para ese reconocimiento, y para su efectiva demarcación o titulación. El numeral 3° establece que los derechos de los pueblos indígenas a sus tierras y territorios que ocupan o utilizan históricamente son permanentes, exclusivos, inalienables, imprescriptibles e inembargables. El artículo 15 por su parte, promueve el respeto y la protección de los lugares de culto indígena.

Observamos que en toda la normativa internacional antes descrita, existe un afán al consagrar el derecho a la propiedad tradicional de las tierras y recursos indígenas, de reconocer la ocupación, la utilización, la posesión y cualquier otro medio tradicional o inmemorial de adquisición de su derecho. Esta regulación exhaustivamente estipula que no sólo la ocupación genera un título inmemorial de los pueblos indígenas sobre sus tierras. Igualmente, insta a los Estados a ejercer una función de tutela que

²²¹ BERRAONDO LÓPEZ, Mikel: "Los derechos territoriales a partir de la Declaración de las Naciones Unidas". En: *La Declaración sobre los derechos de los pueblos indígenas. Punto y seguido*. AlterNativa Intercambio con Pueblos Indígenas. Barcelona, 2008, p. 80.

garantice estos derechos y en caso de daños o perjuicios por actividades desarrolladas, sin previo informe, en las tierras de las comunidades indígenas, consagra un procedimiento de reparación, restitución o indemnización.

La Corte Interamericana de Derechos Humanos, en el caso de los Mayagna (Sumo) Awas Tingni²²², de fecha 31/08/2001, dictaminó que Nicaragua violó el derecho de propiedad de las tierras y recursos naturales de la comunidad Mayagna (Sumo) Awas Tingni, al otorgar una concesión a una industria maderera, sin el consentimiento de este pueblo indígena. La Corte le impuso a Nicaragua la adopción de una legislación interna que garantizara la delimitación, demarcación y titulación de la propiedad de la mencionada comunidad, que a la vez respetara las costumbres indígenas; ordenándole además, que efectivamente realizara la delimitación, demarcación y titulación de dichas tierras.

Por primera vez una decisión definitiva e inapelable, de un Tribunal internacional, confirmó el derecho de propiedad comunal que tienen los pueblos indígenas sobre sus tierras y recursos, frente a un Estado que no fue capaz de garantizarlos²²³. Este reconocimiento se realizó en los siguientes términos:

“Entre los indígenas existe una tradición comunitaria sobre una forma comunal de la propiedad colectiva de la tierra, en el sentido de que la pertenencia de ésta no se centra en un individuo sino en el grupo y su comunidad. Los indígenas por el hecho de su propia existencia tienen derecho a vivir libremente en sus propios territorios; la estrecha relación que los indígenas

²²²Corte Interamericana de Derechos Humanos. Caso de la Comunidad Mayagna (Sumo) Awas Tingni vs. Nicaragua. Sentencia de 31 de agosto de 2001. Serie C No. 79.

²²³ Artículo 67 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos, adoptada en San José de Costa Rica, de fecha 22/11 /1969. Se pronuncia en este sentido: ANAYA, James y GROSSMAN, Claudio: “El caso Awas Tingni vs. Nicaragua: un nuevo hito en el Derecho Internacional de los pueblos indígenas”. En: *El Caso Awas Tingni contra Nicaragua, Nuevos horizontes para los derechos humanos de los pueblos indígenas*. Universidad de Deusto. Bilbao, 2003, p. 12.

mantienen con la tierra debe ser reconocida y comprendida como base fundamental de sus culturas, su vida espiritual, su integridad y su supervivencia económica. Para las comunidades indígenas la relación con la tierra no es meramente una cuestión de posesión y producción sino un elemento material y espiritual del que deben gozar plenamente, inclusive para preservar su legado cultural y transmitirlo a las generaciones futuras”²²⁴.

La Corte Interamericana estableció asimismo, que no obstante el artículo 21 de la Convención americana de Derechos Humanos, no hace referencia expresa a los pueblos indígenas al regular la propiedad, se entiende que esta disposición “...protege el derecho a la propiedad en un sentido que comprende, entre otros, los derechos de los miembros de las comunidades indígenas en el marco de la propiedad comunal...”²²⁵. En igual sentido, la Corte se pronunció nuevamente en su sentencia del 28 de noviembre de 2007, caso Pueblo Saramaka vs. Surinam²²⁶, en aplicación del Convenio N° 169 de la OIT, la Declaración de las Naciones Unidas y las recomendaciones del Relator Especial de Derechos Humanos.

1.4.1.2 El territorio indígena como punto de conexión para determinar la jurisdicción especial indígena

Es de aclarar que, cuando desde el punto de vista *iusprivatista* se ha estudiado exhaustivamente el tema de la plurilegislación *ratione personae*,

²²⁴ Corte Interamericana de Derechos Humanos. Caso de la Comunidad Mayagna (Sumo) Awas Tingni vs. Nicaragua. Sentencia de 31 de agosto de 2001. Serie C, N° 79.

²²⁵ *Ibid.*

²²⁶ Corte Interamericana de Derechos Humanos. Caso Pueblo Saramaka vs. Surinam. Sentencia de 27 de noviembre de 2007. Serie C, N° 172.

se ha concluido que será sólo la conexión con una comunidad humana o la pertenencia étnica la que determinará el Derecho aplicable o las autoridades que lo aplicarán, descartándose así el criterio territorial²²⁷. Sin embargo, los análisis de la experiencia relativa a los pueblos indígenas latinoamericanos, han arrojado que para determinar la potestad jurisdiccional de las autoridades legítimas indígenas es decisiva la particular conexión que tienen estos pueblos con sus territorios.

Al analizar el artículo 260 de la Constitución venezolana, el artículo 132 de la Ley Orgánica de Pueblos y Comunidades Indígenas de Venezuela, el artículo 246 de la Constitución colombiana o el artículo 149 de la Constitución de Perú, se evidencia que el reconocimiento y regulación del ejercicio de las funciones y las potestades jurisdiccionales de las autoridades indígenas está limitado al espacio geográfico de sus territorios, tierras o hábitat.

Por su parte, el artículo 11 de la Ley de Deslinde Jurisdiccional de Bolivia determina que:

“El ámbito de vigencia territorial se aplica a las relaciones y hechos jurídicos que se realizan o cuyos efectos se producen dentro de la jurisdicción de un pueblo indígena originario campesino, siempre y cuando concurran los otros ámbitos de vigencia establecidos en la Constitución Política del Estado y en la presente Ley”.

Limitándonos a la jurisprudencia de la Corte Constitucional de Colombia, observamos como al analizar el alcance de las decisiones de la

²²⁷ BORRÁS RODRIGUEZ, Alegría: *Les Ordres Plurilégislatifs dans le Droit International Privé Actuel...* op. cit., p. 240.

jurisdicción especial indígena, examina la norma constitucional y, en primer lugar, la restricción territorial se interpreta como el lugar donde sucedieron los acontecimientos que ocasionaron el conflicto²²⁸. Cabe comentar que, el artículo 11. 3 del Proyecto de Ley Número 35 de 2003, por medio de la cual se desarrolla el artículo 246 de la Constitución Política de Colombia, establece que las autoridades indígenas podrán conocer aquellos asuntos acaecidos fuera de sus territorios, llevados a cabo por indígenas que se encuentren transitoriamente fuera de su ámbito territorial tradicional y cuando se presenten casos entre indígenas por fuera de su ámbito territorial.

En segundo lugar, la Corte Constitucional colombiana ha acordado que las decisiones de las autoridades indígenas tienen validez en todo el territorio colombiano. Tal tendencia se refleja cuando al igual que en las decisiones de jueces ordinarios, su jurisprudencia admitió la procedencia de las tutelas contra las decisiones judiciales indígenas. Asimismo, ordenó a las fuerzas de seguridad del Estado, llevar de regreso a los sujetos que han evadido las decisiones de las autoridades legítimas indígenas, para que la pena impuesta se cumpla en el territorio indígena donde se dictó²²⁹.

La Corte Constitucional de Colombia también ha determinado que el término “territorio”, no se circunscribe exclusivamente a la porción de tierra bajo propiedad colectiva de los pueblos indígenas (los denominados “resguardos”); sino que admite igualmente al ocupado tradicionalmente por dichas comunidades. En este sentido, se ha pronunciado la sentencia T-254/94, que expresamente establece:

²²⁸ Sentencia T- 496/1996. Corte Constitucional Colombiana, Sala Cuarta de Revisión de Tutelas. Magistrado Ponente: Carlos Gaviria Díaz, de fecha 26/09/1996.

²²⁹ Sentencia T - 349/ 96. Corte Constitucional Colombiana, Sala Cuarta de Revisión de Tutelas. Magistrado Ponente: Carlos Gaviria Díaz, de fecha 08/08/1996. En este sentido: SÁNCHEZ BOTERO, Esther y JARAMILLO SIERRA, Isabel: *La Jurisdicción Especial Indígena...* op. cit., pp. 132 - 133.

“Las anteriores premisas permiten identificar a la comunidad indígena de El Tambo, localizada en el Municipio de Coyaima, Departamento del Tolima, como una comunidad en proceso de legalización de su territorio de resguardo y de recuperación de su identidad cultural, que habita un predio adjudicado por el INCORA en 1989 respecto del cual, por el momento, no posee título de propiedad comunitaria. En efecto, al igual que en otras parcialidades del Tolima, los miembros de la comunidad de El Tambo no conservan la lengua que hablaban sus antepasados ni parte importante de sus costumbres y tradiciones. No obstante, eligen a sus autoridades representadas en el cabildo indígena, administran colectivamente el uso y trabajo de la tierra y comparten un propósito común: identificarse con su pasado aborigen, manteniendo los rasgos y valores propios de su cultura, así como sus formas de gobierno y control social que los distinguen como comunidad indígena”²³⁰.

En cuanto a la simple posesión u ocupación tradicional por parte de la comunidad indígena, para considerar como territorios los espacios geográficos que habitan, explotan o constituyen el ámbito tradicional de sus actividades económicas y culturales, la Sentencia T-384/1994 de la Corte Constitucional de Colombia cita el artículo 2 del Decreto 2001 de 1988 y el artículo 124 del Decreto 2655 de 1988 (Código de Minas). Asimismo, la Sentencia SU -039/1997 de la misma Corte, al citar el párrafo del artículo 330 de la Constitución se pronuncia a favor de la ocupación para determinar el territorio indígena²³¹.

²³⁰ Sentencia T-254/94. Corte Constitucional Colombiana, Sala Tercera de Revisión de Tutelas. Magistrado Ponente: EDUARDO CIFUENTES MUÑOZ, de fecha 30/05/1994.

²³¹ SÁNCHEZ BOTERO, Esther y JARAMILLO SIERRA, Isabel: *La Jurisdicción Especial Indígena...* op. cit., pp. 132 - 134; y Jurisdicción *Especial Indígena*, “Ejercicio del Derecho Propio, El Caso del Tribunal Superior Indígena de Tolima – CRIT”... op. cit., p. 26.

1. 4.2 La pertenencia étnica como punto de conexión

El artículo 9 de la Declaración de las Naciones Unidas sobre los Derechos de los Pueblos Indígenas establece que los indígenas tienen derecho a pertenecer a una comunidad o nación indígena, con respeto a las tradiciones y costumbres del pueblo en cuestión, sin que pueda surgir alguna discriminación por el ejercicio de tal derecho. El artículo 33.1 del mismo texto, señala que los pueblos indígenas gozan del derecho a fijar su propia identidad o pertenencia según sus costumbres y tradiciones. Todo lo cual sin perjuicio al derecho que tienen los integrantes de estos grupos étnicos a ostentar la ciudadanía de los Estados en los que habitan. Asimismo, el artículo 1.2 del Convenio N° 169 de la OIT prevé que la conciencia de la identidad indígena o tribal es un criterio primordial a la hora de definir los grupos a los que se aplican las normas de ese instrumento.

Las disposiciones antes expuestas nos dan una idea de la relevancia que tiene para nuestro tema lo que se denomina “criterio de pertenencia étnica”, y que BORRÁS RODRÍGUEZ ha denominado “la conexión con una comunidad humana: factor étnico”²³².

Resulta interesante estudiar la experiencia legislativa venezolana en este particular. El artículo 130 de la Ley Orgánica de Pueblos y Comunidades Indígenas venezolana indica que el Derecho propio de los pueblos indígenas resultará aplicable por sus autoridades, sólo cuando estén involucrados *integrantes* de una comunidad indígena. El párrafo único del artículo 132 de la misma Ley, define qué debe entenderse por *integrante*.

²³² BORRÁS RODRÍGUEZ, Alegría: *Les Ordres Plurilégislatifs dans le Droit International Privé Actuel...* op. cit., pp. 240 - 242.

Partiendo de la normativa antes señalada, aseveramos que ser integrante de una comunidad indígena venezolana, además de ser un factor de conexión que determina el Derecho aplicable de una de las etnias de este país, también representa un criterio atributivo de su jurisdicción especial, que algunos autores han denominado como “la conciencia étnica como factor que determina la jurisdicción”, en cuanto a la delimitación de la *notio*²³³. Podemos encontrar aquí una íntima relación entre el *ius* y el foro indígena, denominado “interdependencia de los conflictos de leyes y de jurisdicción”, donde los conflictos de leyes tienen una influencia sobre los conflictos de jurisdicción²³⁴.

De acuerdo al artículo 132 de la Ley Orgánica de Pueblos y Comunidades indígenas venezolana, integrante será:

- 1) Toda persona indígena que forme parte de una comunidad indígena; y
- 2) Toda persona no indígena integrada por vínculos familiares o por cualquier otro nexo a la comunidad indígena, siempre que resida en la misma.

Se evidencian así dos criterios para determinar cuándo un sujeto es integrante de un pueblo indígena. El primer criterio se refiere a “toda persona indígena que forme parte de una comunidad indígena”. Para establecer, quiénes son los sujetos que forman parte de una etnia venezolana, quiénes tienen un sentido de pertenencia indígena, surge la identidad como un factor determinante²³⁵. Una de las formas más prácticas, mediante la cual se puede precisar a qué comunidad indígena

²³³ SÁNCHEZ BOTERO, Esther y JARAMILLO SIERRA, Isabel: *La Jurisdicción Especial Indígena...* op. cit., pp.134 - 137. Alegría Borrás expone una situación similar en los países africanos en la época colonial. En: BORRÁS RODRÍGUEZ, Alegría: *Les Ordres Plurilégislatifs dans le Droit International Privé Actuel...* op. cit., p. 268.

²³⁴ LOUSSOUARN, Yvon y BOUREL, Pierre: *Droit international privé*. 4^a édition. DALLOZ. Paris, 1993, pp. 8 - 9.

²³⁵ YRIGOYEN FAJARDO, Raquel: *Pautas de Coordinación...* op. cit., pp. 29 - 31.

pertenece un individuo de este país, es el sistema de identificación especial que tienen los indígenas venezolanos actualmente²³⁶.

En la Cédula de Identidad²³⁷ de los ciudadanos indígenas, se observa que, a diferencia de los documentos de identidad del resto de los venezolanos, expresamente se indica el pueblo indígena al que pertenece y la comunidad donde reside. Es de resaltar que, si un sujeto indígena no ha obtenido su Cédula de Identidad especial, no debe interpretarse como una negativa a ser identificado como tal. Puede darse el caso que un individuo indígena haya obtenido hace veinte años, una Cédula de Identidad igual a la de todos los venezolanos, y no por ello ha dejado de identificarse como indígena²³⁸, pues el proceso de cedulação especial para los indígenas es de nueva data. En todo caso, si hoy día un sujeto indígena decide obtener una Cédula de Identidad común a la de todos los venezolanos, negándose a la posibilidad de tramitar la Cédula especial, se podría presumir una negativa del sujeto a ser identificado como indígena. Pero asimismo, podría suponerse que el individuo en cuestión, considera que la Cédula de Identidad indígena es discriminatoria.

De igual forma, existen numerosos casos de indígenas venezolanos que habitan en tierras remotas, donde están muy arraigadas sus tradiciones y el Estado no ha logrado inculcarles el respeto a esta legislación que exige la obtención de una Cédula de Identidad especial. Este proceso de cedulação se está desarrollando paulatinamente, por tanto, si un indígena se niega a tramitar su Cédula de Identidad especial por no entender su significado, deberán emplearse otros criterios más

²³⁶Capítulo III, De la Identificación Indígena y artículo 19, número 9, de la Ley Orgánica de Identificación venezolana. Igualmente, artículo 62 de la Ley Orgánica de Pueblos y Comunidades Indígenas venezolana.

²³⁷ Este documento venezolano equivale al DNI en España.

²³⁸ Artículo 3.3 de la Ley Orgánica de Pueblos y Comunidades Indígenas venezolana.

subjetivos para determinar su identidad y su pertenencia a una comunidad indígena²³⁹.

El segundo criterio para determinar la integración a una comunidad indígena, se refiere a las personas a que hace referencia el párrafo único del artículo 132 de la Ley Orgánica de Pueblos y Comunidades Indígenas venezolanos, está dirigido a los integrantes, que no siendo indígenas, adquieren esta condición por tener vínculos familiares o cualquier otro nexo con una comunidad indígena, con la exigencia que residan en dicha comunidad. Como ya hemos señalado, consideramos que estamos ante un factor de conexión y un criterio atributivo de jurisdicción especial, constituido por la residencia del integrante no indígena. Pero la residencia en este supuesto, no es una conexión independiente, sino que debe conjugarse con los vínculos familiares u otra conexión del individuo no indígena a la comunidad en cuestión. Apreciemos además, que esta residencia no fue calificada por legislador en función al tiempo, es decir, si debía ser habitual, permanente, por seis meses o un año. Podríamos tomar aquí, el criterio de mera o simple residencia consagrado en el Código Civil Venezolano²⁴⁰.

Este criterio atributivo de jurisdicción especial indígena que contempla el artículo 132 de la Ley en comento, se puede enmarcar dentro del caso de un ciudadano no indígena que se casa con una Wayúu, según las costumbres de esta etnia. La jurisdicción especial indígena que ejercen las autoridades guajiras podrá conocer de una controversia en la que esté involucrado dicho ciudadano no indígena, siempre y cuando el individuo en cuestión, resida en una comunidad Wayúu. Podría jugar aquí un papel determinante la autonomía de la voluntad como punto de conexión para

²³⁹ *Ibid.*

²⁴⁰ Artículo 31 del Código Civil Venezolano: La mera residencia hace las veces de domicilio respecto de las personas que no lo tienen en otra parte.

determinar el Derecho aplicable o para establecer la jurisdicción que podría conocer en caso de controversia²⁴¹.

El artículo 8 de la Ley Orgánica de Pueblos y Comunidades Indígenas venezolana estipula que, en tanto corresponda, los ciudadanos (as) indígenas que habitan en zonas urbanas tienen los mismos derechos que los indígenas que habitan en sus territorios. Es decir, que los indígenas que se desplazan de sus tierras tradicionales y se arraigan en las grandes ciudades de sus países, no necesariamente, dejan de pertenecer a sus pueblos y, por ende, continúan protegidos por las normativas que resguardan sus derechos. El señalado artículo enumera entre los derechos que los indígenas habitantes de zonas urbanas pueden exigir ante las autoridades nacionales competentes: la educación intercultural bilingüe, los servicios de salud adecuados, créditos, constitución de cooperativas y empresas, así como, el acceso a actividades de promoción cultural.

Situándonos en la experiencia colombiana en relación con la pertenencia étnica, destacan las Sentencias T- 496/96 y T-344/98 de la Corte Constitucional. En ellas se determina que cuando las autoridades legítimas conocen de una controversia, no solamente el lugar donde ocurrieron los hechos es relevante para determinar sus potestades. Se dictaminó pues, que igualmente es necesario tomar en consideración las culturas implicadas, el grado de aislamiento o integración del individuo frente a la cultura mayoritaria, la afectación del individuo frente a la sanción, etc. Esta interpretación cobra relevancia cuando un indígena perpetra un hecho delictivo fuera de su territorio y el agraviado no pertenece a su comunidad. Al respecto se pronunció la Sentencia T-496/96 de la Corte Constitucional de Colombia, cuando expresamente determinó:

²⁴¹ Se recomienda la consulta de: BORRÁS RODRÍGUEZ, Alegría: *Les Ordres Plurilégislatifs dans le Droit International Privé Actuel...* op. cit., pp. 248 -249.

“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 del 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 accidental 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, sancionado por el ordenamiento jurídico nacional. En el primer caso, el intérprete 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 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 normas y procedimientos*²⁴².

Por su parte, la Sentencia SU- 510/98 sobre libertad de culto de la misma Corte, admitió el principio de la doble pertenencia de los indígenas, a la nación colombiana y al pueblo indígena, presentándose una tensión entre el principio de la libertad individual y el principio de la autonomía de esos colectivos²⁴³.

1. 5 Idiomas Indígenas y los procesos judiciales

El artículo 28.3 del Convenio N° 169 de la OIT señala que deberán desarrollarse normativas para preservar las lenguas indígenas de los pueblos interesados y promover el desarrollo y la práctica de las mismas. Igualmente, el artículo 13 de la Declaración de los Derechos de los Pueblos Indígenas consagra que estos grupos étnicos tienen derecho a revitalizar, utilizar, fomentar y transmitir a las generaciones futuras sus idiomas y tradiciones orales. El segundo numeral de esta norma, enfatiza en que los Estados deben implementar medidas eficaces para garantizar la protección de ese derecho, así como, para asegurar que los pueblos indígenas puedan entender y hacerse entender en las actuaciones políticas, jurídicas y administrativas, facilitando si es necesario, servicios de interpretación u otros medios idóneos.

²⁴² Sentencia T- 496/1996. Corte Constitucional Colombiana, Sala Cuarta de Revisión de Tutelas. Magistrado Ponente: Carlos Gaviria Díaz, de fecha 26/09/1996.

²⁴³ SÁNCHEZ BOTERO, Esther y JARAMILLO SIERRA, Isabel: *La Jurisdicción Especial Indígena...* op. cit., pp. 134 -137; y ASSIES, Willem: "El Derecho Indígena en el marco de los Estados contemporáneos. Tensiones y desafíos". En: *Resolución de conflictos en el derecho mapuche: un estudio desde la perspectiva del pluralismo jurídico*. Universidad Católica de Temuco. Temuco - Chile, 2003, pp. 48- 49.

Utilizaremos a manera de ejemplo el caso de Venezuela, que siguiendo la tendencia de la normativa internacional, en el artículo 9 de la Constitución instauró un significativo logro para los pueblos indígenas, al determinar que sus idiomas son de uso oficial y, al exigir igualmente, el respeto de estos en todo el territorio venezolano por ser patrimonio cultural de la Nación y de la humanidad. El artículo 119 *eiusdem*, también reconoce el derecho que tienen los pueblos indígenas al uso de sus idiomas. Cabe citar la intervención de la Constituyente representante de la etnia Wayúu, Nohelí Pocaterra, quien al momento de discutirse la aprobación de la normativa constitucional que garantizaría el uso oficial de los idiomas indígenas en Venezuela, expresó:

“Ciudadano Presidente, colegas Constituyentes: Para comentarles y decirles que nuestros idiomas indígenas son la máxima expresión de nuestra especificidad cultural. Nuestros idiomas indígenas son los instrumentos, es el máximo instrumento, que tenemos para transmitir nuestra palabra de generación en generación.

Nuestros idiomas indígenas son el legado de nuestros antepasados. Es una de las herencias culturales que hemos recibido de nuestros antepasados. A través de nuestros idiomas es que nosotros hemos transmitido de generación en generación todo lo que sabemos de nuestra cultura. La palabra para nosotros es muy importante.

Hermanas y hermanos constituyentes, no nos corten la lengua, no nos corten los idiomas. Ya en el pasado, precisamente por no estar consagrados en la Constitución, muchos de nuestros pueblos indígenas han desaparecido culturalmente.

De modo que exijo que se reconozca a los idiomas indígenas, que además de decir que: “El español o el castellano -como se quiera plantear- es el idioma oficial...”, agregar: “y los idiomas indígenas son de uso oficial para los pueblos indígenas en los términos que fije la ley”²⁴⁴.

Estas palabras demuestran el significado que tiene para las etnias venezolanas el artículo 9 de la Constitución de ese país. Se evidencia además, como en definitiva se dejó en manos del legislador ordinario un criterio constitucional que debía ser respetado. El precepto constitucional fue desarrollado en el artículo 94 de la Ley Orgánica de Pueblos y Comunidades Indígenas (LOPCI), asimismo, en los artículos 3 y 4 de la Ley de Idiomas Indígenas venezolana (LII)²⁴⁵. Concretamente, el artículo 95.2 de la LOPCI, así como, los artículos 7 y 40 de la LII determinan que el estado garantizará el uso de estos idiomas en los procesos judiciales o administrativos que involucren a ciudadanos indígenas. El artículo 11 del Proyecto de Ley de Coordinación de la Jurisdicción Especial Indígena con el Sistema de Justicia venezolano prevé que de las decisiones emanadas de la jurisdicción especial indígena, tomadas de manera oral en idiomas indígenas o castellano, deberá levantarse un acta en este último idioma.

Por otra parte, el 27 de mayo de 2002, el Ejecutivo venezolano dictó el Decreto N° 1.795²⁴⁶, mediante el cual se hizo obligatorio el uso de los idiomas indígenas, tanto en forma oral como escrita, en los planteles educativos públicos y privados ubicados en hábitat indígena, e igualmente, en otras zonas rurales y urbanas habitadas por indígenas, en todos los niveles y modalidades del sistema educativo del país. En la misma fecha

²⁴⁴ Sesión ordinaria de la Asamblea Nacional Constituyente, de fecha 19/12/1999. p. 101. Base digitalizada consultada en original. Asamblea Nacional de la República Bolivariana de Venezuela.

²⁴⁵ Publicada en Gaceta Oficial N° 38.981, de fecha 28/07/2008.

²⁴⁶ Publicado en Gaceta Oficial de la República de Venezuela N° 37.453, de fecha 29/05/2002.

se dictó el Decreto N° 1.796²⁴⁷, mediante el cual se creó el Consejo Nacional de Educación, Cultura e Idiomas Indígenas. Dejaremos asentado entonces, que el castellano junto a treinta y una lenguas indígenas son los idiomas oficiales en Venezuela²⁴⁸.

No obstante lo antes expuesto, a nivel jurisprudencial, en Venezuela se tiene un precedente no muy alentador. En la acción de amparo intentada bajo la vigencia de la Constitución de 1999, por el pueblo Pemón contra la República Bolivariana de Venezuela y EDELCA, para evitar la construcción de un tendido eléctrico en el estado Bolívar, los dirigentes de esta etnia solicitaron en el escrito de la demanda redactado en idioma castellano, que el amparo constitucional y todas las actuaciones fuesen traducidas al idioma pemón.

La sentencia N° 1600 de la Sala Constitucional del Tribunal Supremo de Justicia, de fecha 20 de diciembre de 2000²⁴⁹, dictaminó que tomando en consideración que los actores interpusieron la acción de amparo en el idioma castellano, demostraron el conocimiento de este lenguaje, por tanto se hizo inútil la traducción de las actuaciones de la causa y del amparo constitucional al idioma pemón. Igualmente, la Sala esgrimió como causal de justificación a su negativa de traducción, la “*celeridad procesal*” propia de un amparo constitucional, explicando que el traducir las voluminosas actuaciones retrasaría la decisión.

Estimamos que la sentencia N° 1600 de dicha Sala, violó el derecho constitucional del cual gozaba el pueblo pemón, a que ese amparo fuese traducido en el idioma oficial de su etnia. Además, el fallo infringió el artículo 8.2.a de la Convención Americana de Derechos Humanos (1969),

²⁴⁷ Publicado en Gaceta Oficial de la República de Venezuela N° 37.453, de fecha 29/05/2002.

²⁴⁸ Nota de prensa: La diversidad lingüística de los indígenas es oficial. Un solo País con 31 lenguas. El Nacional, de fecha 24/05/02.

²⁴⁹ Sentencia N° 1660. Sala Constitucional del Tribunal Supremo de Justicia de Venezuela. Magistrado ponente: Moisés A. Troconis Villarreal, amparo constitucional interpuesto por Melchor Flores y otros contra la República Bolivariana de Venezuela y EDELCA, de fecha 20/12/00.

que establece como una garantía procesal, la asistencia de un traductor o intérprete gratuito, si una de las partes en el proceso no comprende o no habla el idioma del juzgado o tribunal. Además, la Comisión Interamericana de Derechos Humanos determinó que el derecho a la traducción de documentos es fundamental para el debido proceso²⁵⁰.

La acción de amparo en cuestión fue interpuesta por los caciques de seis comunidades indígenas y consta en autos que estaban adheridas cincuenta y seis personas que se identificaron como miembros del pueblo Pemón. Por ello preguntamos: ¿El Máximo Tribunal venezolano comprobó que esas cincuenta y seis personas hablaban castellano? Somos de la idea que bastaba que sólo una de esas personas no tuviera total dominio del castellano para que el Tribunal Supremo de Justicia garantizara el uso oficial del idioma pemón, en aplicación de la propia Constitución.

En este mismo caso, supongamos que esos cincuenta y seis sujetos pertenecientes al pueblo pemón hablaban castellano, ¿Qué sucede, por ejemplo, con las ancianas y ancianos del pueblo Pemón que habitan en la Sierra de Imataca - estado Bolívar- Venezuela? ¿Acaso esta sentencia no versaba sobre aspectos trascendentales para el destino ambiental de todo el territorio donde habita este pueblo? Según la sentencia N° 1600 de la Sala Constitucional, el derecho al uso oficial de los idiomas indígenas es optativo y se encuentra condicionado a que se demuestre en autos que los indígenas implicados en cualquier controversia tengan o no un excelente dominio del castellano.

Posteriormente a la Sentencia antes expuesta, se promulgó la Ley Orgánica de Pueblos y Comunidades Indígenas venezolana, que en su artículo 95.2 en concordancia con los artículos 137 y 139 *eiusdem*, establecen que el Estado venezolano debe garantizar el uso de los idiomas

²⁵⁰ Informe de la Comisión Interamericana sobre la Situación de los Derechos Humanos de un Sector de la Población Nicaragüense de Origen Miskito. OEA/Ser.L/V/II.62.doc.10,rev.3,1983.

indígenas en los procesos judiciales y administrativos donde sean partes sujetos pertenecientes a alguna etnia autóctona de ese país.

En contraste a la anterior reseña, destacaremos como en México a nivel académico se habla de la existencia de 364 lenguas indígenas²⁵¹. En este país la Ley General de Derechos Lingüísticos de los Pueblos Indígenas²⁵², tiene por objeto regular el reconocimiento y protección de los derechos lingüísticos, individuales y colectivos de los pueblos y comunidad indígenas, al igual que la promoción del uso y desarrollo de las lenguas de estos pueblos.

Los artículos 3°, 7° inciso a), 9°, 13 fracciones XI y XII y 25 de la citada Ley, determinan que las lenguas indígenas son parte integrante del patrimonio cultural y lingüístico nacional, las cuales serán válidas, al igual que el español, para cualquier asunto o trámite de carácter público, así como, para acceder plenamente a la gestión, servicios e información pública. Reconoce la normativa que es un derecho de todos los mexicanos comunicarse en la lengua de la que sea hablante. Asimismo, los artículos 5 y 10 de la misma Ley, señalan que el Estado, a través de sus tres órdenes de gobierno, en los ámbitos de sus respectivas competencias, reconocerá, protegerá y promoverá la preservación, desarrollo y uso de las lenguas indígenas nacionales. Todo ello asegurando el derecho de los pueblos y comunidades indígenas el acceso a la jurisdicción del Estado en la lengua indígena nacional de que sean hablantes.

El 16 de enero de 2007, Carlos Morales Sánchez en su condición de abogado indígena defensor, ganó a nivel nacional, por primera vez en la historia del país azteca, un amparo ante el Poder Judicial de la

²⁵¹ MONTAÑO GARFIAS, Ericka: "Presentaron atlas sobre el español y catálogo del estado actual de las lenguas autóctonas. México posee 364 variantes lingüísticas derivadas de 62 grupos indígenas". En: (Página Web en línea) http://www.nacionmulticultural.unam.mx/Portal/Derecho/NOTICIAS/PDF/080331_variantes_linguisticas.pdf

²⁵² Publicada en el Diario Oficial de la Federación, de fecha 13/03/2003. Última reforma publicada DOF, de fecha 18/06/2010.

Federación²⁵³, el cual interpuso en lengua chinanteca. Se convirtió así en el primer defensor que solicitó un amparo ante las autoridades federales de justicia en un idioma indígena y en ese mismo idioma le fue respondido, dándole la razón en sus alegatos. Este amparo fue a favor de Amelia Castillo Galán, integrante del pueblo indígena chatino, acusada de un delito contra la salud por ser encontrada en posesión de marihuana.

En diciembre de 2007, la Cámara de Diputados de México aprobó una reforma a la Ley Federal de Defensoría Pública, que exige a las autoridades y juzgados penales, contar con traductores en casos donde estén involucradas personas que hablen alguna lengua indígena.

Posteriormente, en las mismas fronteras, el defensor público Carlos Morales Sánchez, logró que la Primera Sala de la Suprema Corte de Justicia de la Nación revocara la Sentencia de un Tribunal Colegiado de Circuito, por considerar que contenía una interpretación inadecuada del artículo 2 de la Constitución Federal. Hacemos referencia al Amparo directo en revisión 1624/2008, de fecha 5 de noviembre de 2008, que establece fundamentos importantes en relación a este tema, pues determina que aunque se demuestre el dominio del castellano por parte de un ciudadano indígena, esto no impide a que se resguarden y se aplique la protección a sus especificadas culturales, como integrante de un pueblo indígena. Nos dice MORALES SÁNCHEZ en cuanto a esta Sentencia, que:

“La Primera Sala fue más allá: sostuvo que el colegiado actuó incorrectamente al adoptar el criterio según el cual sólo las personas monolingües en una lengua indígena son legítimas destinatarias de las previsiones del artículo 2 y, en particular, de la que prevé el derecho a acceder plenamente a la jurisdicción del Estado y la necesidad de que sus costumbres y

²⁵³ Consejo de la Judicatura Federal (ed.), “Primer Juicio de Amparo en Lengua Indígena”, Compromiso. Órgano Informativo del Poder Judicial de la Federación. México, año 6, núm. 68, febrero de 2007, pp. 12-14.

especificidades culturales sean tomadas en cuentas por los jueces”²⁵⁴.

Comentando otras experiencias latinoamericanas, señalaremos que el artículo 10 de la Constitución colombiana determina que además del castellano, las lenguas y dialectos de los grupos étnicos son igualmente oficiales en sus territorios. En concordancia a esta norma, la Corte Constitucional colombiana en la Sentencia T- 384/94 determinó expresamente:

“La prohibición de poder usar la lengua materna, desconoce principios fundamentales de la Carta Política y ha provocado la incomunicación entre grupos y personas indígenas La Corte, en consecuencia, tutelaré el derecho a la igualdad del peticionario, ordenando que se le inaplique la circular 003 de 1.994 que viola sus derechos fundamentales y que, cuando solicite el servicio de los equipos de la administración departamental, se le permita hacerlo en su lengua materna, la curripaco, que también es lengua oficial en esa entidad territorial, para cualquier fin permitido a aquellos que se expresan en español”²⁵⁵.

Fuera del ámbito jurídico procesal se pueden reseñar algunas prácticas positivas relativas a la utilización de idiomas indígenas latinoamericanos. En Venezuela se han publicado algunas narraciones tradicionales de distintos pueblos indígenas. Destaca así, la labor del

²⁵⁴ MORALES SÁNCHEZ, Carlos: “Las nuevas reglas para juzgar al indígena. El caso Jorge Santiago Santiago”. En: *Revista del Instituto Federal de Defensoría Pública*. Publicación Semestral, Número 8, diciembre 2009. México, 2009, p. 96.

²⁵⁵ Sentencia T-384/94, Corte Constitucional de Colombia. Magistrado Ponente: Carlos Gaviria Díaz, de fecha 31/08/1994.

Ministerio de Educación y Deportes que ha editado textos escolares en algunos idiomas de las etnias de este país, e incluso, la Constitución venezolana en Wayúu. Asimismo, Monte Ávila Editores Latinoamericana cuenta con una colección bilingüe de literatura indígena.

Por su parte, la Constitución Política de Perú (Art. 48) y la Ley N° 28016²⁵⁶, establecen que en ese país andino son idiomas oficiales el castellano, el quechua, aymara y otras lenguas aborígenes. Nos llena de satisfacción comentar que en ese país se ha editado la obra "Don Quijote de la Mancha" en quechua, con el título de "*Yachay Sapa Wiraqucha Dun Qvixote Manchaymantan*". Éste es un ejemplo refrescante de la experiencia de la aplicación de idiomas indígenas en Latinoamérica.

Con punto final expondremos las palabras de MAYS VALLENILLA, que sobre este tema señala:

"...el derecho de hablar y escribir- valga decir, expresarse y comunicarse con sus semejantes a través de su propia lengua o idioma- sea, desde todo punto de vista, uno de los primarios e indelebles derechos humanos que debe poseer, ejercitar y defender todo ser humano como miembro activo de una comunidad"²⁵⁷.

Una vez caracterizada la jurisdicción especial indígena, nos corresponde en el siguiente capítulo, analizar la aparición de conflictos entre ésta y la jurisdicción ordinaria dentro de las fronteras de los países

²⁵⁶ Ley de Reconocimiento, Preservación, Fomento y Difusión de las Lenguas Indígenas. Publicada en el Diario Oficial El Peruano, de fecha 21/11/ de 2003.

²⁵⁷ MAYS VALLENILLA, Ernesto: "La Lengua como Derecho Humano". En: *Los Derechos Humanos en el Siglo XXI. Cincuenta Ideas para su Práctica...* op. cit., pp. 159 -160.

integrados por pueblos indígenas. Esto con el objetivo de proponer una solución idónea a esta categoría de colisiones.

CAPÍTULO IV

RELACIONES Y CONFLICTOS ENTRE LA JURISDICCIÓN ORDINARIA Y LA JURISDICCIÓN ESPECIAL DENTRO DE LAS FRONTERAS DE PAÍSES INTEGRADOS POR PUEBLOS INDÍGENAS



CAPÍTULO IV

RELACIONES Y CONFLICTOS ENTRE LA JURISDICCIÓN ORDINARIA Y LA JURISDICCIÓN ESPECIAL DENTRO DE LAS FRONTERAS DE PAÍSES INTEGRADOS POR PUEBLOS INDÍGENAS

1. Libre determinación de los pueblos Indígenas y la autonomía de su jurisdicción especial

1.1 Libre determinación de los pueblos indígenas

El Convenio N° 169 de la OIT acertadamente optó por designar a los indígenas como pueblos. Pero a pesar de esta consideración, el numeral tercero del artículo 1.2 del mismo instrumento presenta una cláusula de salvaguarda, aclarando que cuando se emplea el término “pueblos”: “no deberá interpretarse en el sentido de que tenga implicación alguna en lo que atañe a los derechos que pueda conferirse a dicho término en el derecho internacional”²⁵⁸. Esto nos confirma que el empleo de la expresión “pueblos indígenas” en el Convenio 169 de la OIT, no abarca el derecho a libre determinación, por tanto, no lleva implícita la posibilidad de disociación de las distintas etnias indígenas de los Estados que forman parte. En pocas palabras podemos decir que este Convenio estipuló que los indígenas eran pueblos pero no lo eran. Desde 1989, año en que se adoptó el Convenio 169, es mucho lo que se ha discutido y se ha evolucionado con relación a cómo se concibe internacionalmente el derecho que tienen los pueblos indígenas a la libre determinación.

El derecho a la libre determinación o autodeterminación de los pueblos surgió a principios del siglo XX como pauta de acción política después de la Segunda Guerra Mundial y dentro del antagonismo

²⁵⁸ Artículo 1.2 del Convenio N° 169 de la OIT.

ideológico de la guerra fría. La Carta de las Naciones Unidas (1945) en los artículos 1.2 y 55 hace referencia al principio de la libre determinación de los pueblos, sustentando las relaciones de amistad entre las naciones²⁵⁹. El contenido de los capítulos XI, XII y XIII de la Carta también contiene tácitamente este derecho. Asimismo, la libre determinación de los pueblos está prevista como derecho de todos los pueblos en el artículo 1 del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, así como, en el artículo 1 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, ambos textos adoptados por las Naciones Unidas en 1966. La Carta Africana sobre los Derechos Humanos y de los Pueblos, auspiciada por la Unión Africana y adoptada en 1981, en el artículo 20.1 también prevé el derecho a la autodeterminación.

La Asamblea General de las Naciones Unidas además adoptó la Resolución 1.514 (XV), del 14 de diciembre de 1960, que consta de la Declaración sobre la concesión de la independencia a los países y los pueblos coloniales, mejor conocida como la “Carta Magna de la Descolonización”. Dos días después la Asamblea adoptó la Resolución 1.541 (XV) que fijó sólo tres manifestaciones del ejercicio del derecho a la libre determinación: creación de un nuevo Estado, libre asociación con otro Estado, y la integración a otro Estado²⁶⁰. Así pues, la manera en que la Resolución 1.514 (XV) consagró que la libre determinación suscitaba un derecho de los pueblos conforme a la Carta, eliminó la ideología que JIMÉNEZ DE ARÉCHAGA denomina “la administración colonial ilustrada”, por la cual se suponía que las potencias coloniales debían conducir a sus territorios dependientes, discrecional y progresivamente, a alcanzar el gobierno propio²⁶¹.

²⁵⁹ REMIRO BROTONS, Antonio y otros: *Derecho Internacional... op. cit.*, p. 165.

²⁶⁰ PASTOR RIDRUEJO, José Antonio: *Curso de Derecho Internacional Público y Organizaciones Internacionales...op. cit.*, p., pp. 262 - 265.

²⁶¹ JIMÉNEZ DE ARÉCHAGA, Eduardo: *El Derecho Internacional Contemporáneo*. Tecnos. Madrid, 1980, p. 126.

Casi una década después, el 24 de octubre de 1970, la Asamblea General de las Naciones Unidas adoptó la Resolución 2.625 (XXV) que contiene la Declaración de los principios de Derecho Internacional referentes a las relaciones de amistad y cooperación entre los Estados de conformidad con la Carta de las Naciones Unidas. En esta Resolución se establece que todos los pueblos, sin injerencia externa, tienen derecho a determinar su condición política y de gestionar su desarrollo económico, social y cultural, y los Estados al mismo tiempo, deben respetar ese derecho con conformidad a la Carta de la Organización. Ahora bien, cabe preguntarse cuál es el alcance de la formulación del derecho a la libre determinación en el seno de las Naciones Unidas y disertar si los pueblos indígenas están incluidos en ella.

Al estudiar la Resolución 1.514 (XV), la libre determinación destaca como un derecho de todos los pueblos, posteriormente, la Resolución 2.625 (XXV) lo estableció como un derecho de los pueblos y un deber de los Estados. Dentro del Comité especial creado en 1964 para redactar la Resolución 2.625 (XXV), se discutió profundamente sobre la naturaleza del derecho a la libre determinación. La propuesta de Checoslovaquia y los países afroasiáticos y no alineados, buscaba la formulación del principio como un derecho de los pueblos y, de manera contraria, las propuestas de los Estados Unidos (1966) y el Reino Unido (1967) perseguían una formulación orientada a establecer la libre determinación como un deber de los Estados²⁶². Los partidarios de la primera tendencia buscaban reforzar la posición de los pueblos en las relaciones internacionales y el Derecho internacional, en cambio, los que apoyaban la segunda tendencia perseguían minimizar tal posición, evidenciándose entonces, una disputa de orden político más que jurídico. Finalmente, la Resolución de forma

²⁶² CARRILLO SALCEDO, Juan Antonio: *Soberanía del Estado y Derecho Internacional*. 2 ed. Tecnos. Madrid, 1979, pp. 63 - 64.

equilibrada admitió conjuntamente las dos posiciones y consagró este derecho de forma universal²⁶³.

La expectativa que provocaba la formulación universal del derecho a la libre determinación se basaba en que los movimientos secesionistas podían aprovecharla para fundamentar sus reclamos, contrariando el principio de integridad territorial que es un postulado básico del Derecho internacional. Fue así que buscando un equilibrio en la Resolución 2.625 (XXV), al igual que en la Resolución 1.514 (XV), se incorporó una cláusula de salvaguarda que exige a todo Estado respetar la unidad nacional e integridad territorial de cualquier otro Estado o país. Ahora bien, frente a la consagración de la autodeterminación como un derecho para todos los pueblos, autores como JAMES CRAWFORD estiman que este principio fuera del contexto colonial todavía es una *lex obscura*, ilustrándonos con casos como el de Chechenia y Kosovo²⁶⁴.

De forma realista, debe decirse que los temores que rodearon la adopción de la Resolución 2.625 (XXV) por la posible extralimitación en la interpretación del derecho a la libre determinación de todos los pueblos, no eran infundados. LAWSON cita un informe de 1988 en donde se reflejaban ciento once casos de conflictos armados, de los cuales noventa y nueve entraron dentro de la categoría de "conflictos internos" o "guerras de formación estatal", que llevaban implícitas exigencias de autonomía o secesión. En otro análisis aludido por la autora, se identificaron doscientos treinta y tres grupos políticos en condición activa durante el período que comprendió 1945 y 1989, pero no todos procuraban el conflicto armado. Estaban incluidos grupos como movimientos etno - nacionalista, sectas militantes, luchadores comunales, etno - clasistas y pueblos indígenas que tomaron algún tipo de la acción en apoyo de sus intereses colectivos. Para

²⁶³ PASTOR RIDRUEJO, José Antonio: *Le Droit International Á La Veille Du Vingt et Uniéme Siécle : Normes, Faits et Valeurs*. Cours général de droit international public, Tiré á part du *Recueil des cours*. Tome 274. Martinus Nijhoff Publishers. The Hague, Boston, London, 1998, pp. 145 - 146.

²⁶⁴ CRAWFORD, James: *The right of Self – Determination in International Law: Its Development and future, en People's Rights*. Edited by Philip Alston, Oxford University Press. New York, 2001, p. 38.

LAWSON, el principio de autodeterminación para todos los pueblos, descrito como una de las normas de Derecho internacional contemporáneo más enérgicamente promovida y extensamente aceptada, dio una fuerza moral adicional a las reclamaciones de los etno - nacionalistas²⁶⁵.

Consideramos que a pesar de las dificultades del concepto de libre determinación y sus vaivenes prácticos, es innegable que en la actualidad este derecho ostenta un carácter universal que sobrepasó el contexto de las situaciones coloniales, abarcando a todos los pueblos²⁶⁶. Para corroborar esta idea, tenemos la opinión consultiva de la Corte Internacional de Justicia de 2004 sobre las consecuencias jurídicas de la construcción de un muro en el territorio palestino ocupado (CIJ: *Recueil 2004*), en donde se pronunció a favor del derecho a la libre determinación del que goza el pueblo palestino (párrafo 118) el cual resultaba contrariado con la construcción del muro en cuestión (párrafo 122 *in fine*).

En cuanto a nuestro objeto de estudio, debemos decir que el artículo 3 de la Declaración de las Naciones Unidas sobre los derechos de los pueblos indígenas, consagró tajantemente el derecho a la libre determinación de los mismos. La libre determinación puede entenderse como un derecho “de un tipo específico de colectividad humana, unida por la conciencia y la voluntad de constituir una unidad capaz de actuar en función de un futuro común”²⁶⁷.

Por ejemplo, el artículo 2. I de la Ley de Deslinde Jurisdiccional de Bolivia consagra que, en vista de la existencia pre colonial de las naciones y pueblos indígenas y su dominio ancestral sobre sus territorios, se

²⁶⁵ LAWSON, Stephanie: *Self - determination as Ethnocracy: Perspectives from the South Pacific*. En: *The New World Order. Sovereignty, Human Rights, and the Self - Determination of Peoples*. Berg. Oxford/ Washington, 1996, p. 154.

²⁶⁶ En este sentido: PÉREZ VERA, Elisa: *Naciones Unidas y los Principios de la Coexistencia Pacífica*. Tecnos. Madrid, 1973, p. 81; y DIEZ DE VELASCO, Manuel: *Instituciones de Derecho Internacional Público...* op. cit., p. 296.

²⁶⁷ DÍAZ MÜLLER, Luis Teodoro: “Las Minorías Étnicas en Sistemas Federales: ¿Autodeterminación o Autonomía?”. En: *Aspectos Nacionales e Internacionales sobre Derecho Indígena*. Universidad Autónoma de México. México, 1991, p. 58.

garantiza su libre determinación en el marco de la unidad del Estado. Según la norma, la libre determinación consiste en su derecho a la autonomía, al autogobierno, a su cultura, al reconocimiento de sus instituciones y a la consolidación de sus entidades territoriales. Además, el artículo 10. I del mismo Texto, prevé que la jurisdicción indígena originaria campesina conoce los asuntos o conflictos que histórica y tradicionalmente conocieron bajo sus normas, procedimientos propios vigentes y saberes, de acuerdo a su libre determinación

1.2 Autonomía política y jurídica de los pueblos indígenas

La Resolución 2.625 (XXV) proclama que con respeto a la integridad territorial de los Estados, los pueblos que los integran gozan de un derecho de participación democrática en las cuestiones públicas, sin ningún tipo de discriminaciones por razones étnicas, de creencias u opiniones. Igualmente, de la misma Resolución se desprende que una de las posibles vías para ejercer el derecho de libre determinación es el acceso de las colectividades a un grado aceptable de autonomía política en el seno de un Estado, reforzando el carácter representativo de su gobierno²⁶⁸. Los indígenas alrededor del mundo están vinculados por la preocupación de alcanzar un control sobre sus tierras, prevenir la explotación de recursos naturales en menoscabo de sus derechos y modo de vida y por la preservación o supervivencia cultural. Es así que, todos estos aspectos presentes en la lucha cotidiana de estos pueblos, sin duda alguna, están insertos en el tema de la libre determinación²⁶⁹, cuya máxima expresión viene a ser la autonomía y la autogestión interna.

²⁶⁸ DIEZ DE VELASCO, Manuel: *Instituciones de Derecho Internacional Público...* op. cit., p. 296.

²⁶⁹ KEAL, Paul: *European Conquest and the Rights of Indigenous Peoples. The moral backwardness of international society*. Cambridge University Press. Cambridge, 2003, pp. 11 - 12.

Algunos líderes indígenas señalan que la autonomía no es más que el derecho del que gozan algunas entidades regionales o territoriales, a las cuales se les concede la potestad de autogestionarse, autogobernarse y decidir sobre sus propios asuntos. La autonomía derivada del derecho a la libre determinación de los pueblos indígenas, según esta perspectiva, no implica separatismo. Esta autonomía envuelve una relación entre el poder central y sus factores sociales, culturales y territoriales; en otras palabras, representa una fórmula que permite constituir el pluralismo político en una sociedad multiétnica²⁷⁰.

La autonomía a la que hacemos referencia, según HOEKEMA "...implica el reconocimiento de pueblos indígenas como entidades públicas, con capacidad legal y con la garantía de poder emitir normas dentro de su jurisdicción y de participar en la elaboración de las políticas estatales, departamentales, etc."²⁷¹. Esta autonomía debe instituirse con respeto a otros grupos que coexisten en el Estado y con acatamiento a los derechos individuales. De allí que, suele sugerirse una clarificación en la determinación de los territorios habitados por las pueblos indígenas²⁷².

Para ejemplificar cómo puede forjarse la autonomía de los pueblos en cuestión, resulta interesante destacar que en Venezuela existe la figura del Municipio indígena y los consejos comunales. El artículo 169 de la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela prevé la promulgación de una legislación que consagre opciones para la organización del régimen de gobierno y administración local propia de los municipios con población indígena. La LOPCI, en los artículos 72 y 73 desarrolla algunos de los preceptos constitucionales antes citados.

²⁷⁰ GARCÍA HIERRO, Pedro: "Territorios Indígenas: Tocando las Puertas del Derecho". En: *Revista de India., Departamento de Historia de América*. Instituto de Historia. Vol. LXI, NÚM.223. Consejo Superior de Investigaciones Científicas. Madrid, 2001, p. 640.

²⁷¹ HOEKEMA, Andre J.: "El Concepto de Autonomía". En: *Derechos de los Pueblos Indígenas en las Constituciones de América Latina*. Comp. Enrique Sánchez. COAMA y Editorial Disloque. Colombia, 1996, p. 243.

²⁷² FALK, Richard: *The Rights of Peoples (In Particular Indigenous Peoples)*. En: *The Rights of Peoples*. Edited by James Crawford. Clarendon Press - Oxford, 1998, pp. 34 -35.

Asimismo, la Ley Orgánica del Poder Público Municipal venezolana, en el artículo 11 establece los requisitos para solicitar la creación de municipios indígenas y el artículo 50 del mismo Texto establece:

“ El Municipio Indígena es la organización del régimen de gobierno y administración local, mediante la cual los pueblos y comunidades indígenas definen, ejecutan, controlan y evalúan la gestión pública de acuerdo a los planes previstos en su jurisdicción territorial, tomando en cuenta la organización social, política y económica, cultural, usos y costumbres, idiomas y religiones, a fin de establecer una administración municipal que garantice la participación protagónica en el marco de su desarrollo sociocultural. La organización municipal de los municipios indígenas será democrática y responderá a la naturaleza propia del gobierno local”²⁷³.

Asimismo, en Venezuela existe la figura de los consejos comunales. El artículo 2 de la Ley de los Consejos Comunales²⁷⁴ define a estas figuras dentro del marco constitucional de la democracia participativa y protagónica, como instancias de participación, articulación e integración entre las diversas organizaciones comunitarias, grupos sociales y los ciudadanos(as). Según el citado artículo, los consejos comunales son una herramienta para que el pueblo organizado pueda ejecutar de forma directa, la gestión de las políticas públicas y proyectos dirigidos a dar respuesta a las necesidades y aspiraciones de las comunidades, con la máxima meta de erigir una sociedad de equidad y justicia social. El artículo 11 de la misma Ley, establece que los pueblos y comunidades indígenas elegirán los órganos de los consejos comunales, siguiendo sus

²⁷³ Publicada en Gaceta Oficial N° 38.204, de fecha 8/06/2005. Con reforma parcial publicada en Gaceta Oficial N° 39.163, de fecha 24/04/2009.

²⁷⁴ Publicada en Gaceta Oficial N° 39.335, de fecha del 28/12/2009.

costumbres y tradiciones; e igualmente, siguiendo las estipulaciones de la Ley.

En realidad son pocos los avances que se pueden reseñar en nuestra investigación con respecto a la creación de Municipios indígenas en Venezuela. Dentro del territorio venezolano existen oficialmente treinta y cinco pueblos indígenas y para el momento en que se realiza este estudio, se verifica la existencia de “Municipios con población indígena”, específicamente en los estados Amazonas, Anzoátegui, Apure, Bolívar, Delta Amacuro, Monagas, Sucre y Zulia.

En otras fronteras, el artículo 286 de la Constitución de Colombia reconoció el territorio indígena como una de las entidades territoriales, que junto a las provincias y los municipios, dividen esa nación. Los artículos 329 y 330 de la Carta Magna en comento, consagra la figura de los resguardos indígenas²⁷⁵. Actualmente en esta nación concurren quinientos once resguardos indígenas (aproximadamente 28.2 millones de hectáreas - 25% del territorio nacional-). Son ochenta pueblos indígenas que se han identificado en Colombia, con sesenta y cuatro idiomas y trecientas formas dialectales. En los resguardos de estos pueblos originarios se verifica el derecho a la autonomía con el ejercicio de la jurisdicción especial indígena, institución que ha gozado de un acentuado desarrollo en el ámbito jurisprudencial de ese país²⁷⁶.

El extenso territorio autónomo de Nunavut, tierra del pueblo indígena inuit en la zona del ártico de Canadá, que cuenta incluso con la figura de un primer ministro, representa otro modelo a destacar. El tratado de 1999 otorgó a los milenarios inuit de Nunavut su autonomía, finalizando un largo

²⁷⁵ CASTILLO, Luis Carlos: “Reforma constitucional, autonomía y derechos indígenas y de las comunidades negras en Colombia”. En: *Las Vertientes Americanas del Pensamiento y el Proyecto Des – Colonial...* op. cit., p.142 - 143.

²⁷⁶ Se recomienda la consulta de la Sentencia T-634/99. Corte Constitucional de Colombia, Sala Séptima de Revisión de Tutelas. Magistrado Ponente: Alejandro Martínez Caballero, de fecha 30/08/1999.

proceso de luchas y negociaciones de distintas organizaciones indígenas de la región. Antes del primer contacto con los europeos los inuit vivían en su enorme territorio, se gobernaban a sí mismos y administraban sus recursos conforme a su conveniencia.

Con la conformación de Canadá y cuando la zona quedó incorporada como territorio noroccidental, se dio un duro golpe al pueblo inuit. Sin embargo, con una estructura organizativa y ante fuertes pugnas, a mediados de los años sesenta obtuvieron el derecho al voto. Fue hasta entonces que se experimentó un renacer de este pueblo, ya que lograron más participación en la construcción del país. En el presente, el pueblo inuit lleva una controversia legal en la Corte Suprema de Justicia Canadiense, exigiendo al gobierno de Ottawa que precise a las transnacionales que explotan la pesca en sus mares a que reinviertan al menos 85 % de sus ganancias en el territorio de Nunavut y no un 25 % como en la actualidad²⁷⁷.

El artículo 2 de la Constitución de México²⁷⁸ prevé que esa Nación es única e indivisible. Sin embargo, la misma norma estipula que la Carta Magna reconoce y garantiza el derecho de los pueblos y las comunidades indígenas a la libre determinación y, por ende, a la autonomía para escoger, en los municipios con población indígena, representantes ante los ayuntamientos. Asimismo dispone este artículo, que las constituciones y leyes de las entidades federativas reconocerán y regularán estos derechos en los municipios, con la finalidad de fortificar la participación y representación política de conformidad con sus tradiciones y normas internas.

²⁷⁷ *Los inuit, ejemplo de autonomía indígena en Canadá*. En (Página Web en línea) <http://www.jornada.unam.mx/2004/12/14/052n1con.php?printver=1&fly=>

²⁷⁸ Publicada en el Diario Oficial de la Federación, en fecha 5/02/1917. Última reforma publicada DOF, de fecha 29/97/2010.

En México los pueblos indígenas mantienen instituciones gubernamentales propias que se encuentran integradas únicamente por indígenas. Cada uno de los entes está integrado por funcionarios denominados “principales” y un conjunto de autoridades con funciones gerenciales, religiosas y de administración de justicia, todos electos por la comunidad siguiendo ciertos principios de representación y rotación de cargos. Los principales gozan de gran prestigio y autoridad, que se han ganado luego de desempeñar cargos en la estructura de gobierno civil y religiosa dentro de la comunidad; e igualmente, deben demostrar capacidades y conocimientos de normas administrativas y de justicia interna. En algunos pueblos como los tzeltales y tzotziles en los altos de Chiapas y los triques en Oaxaca, se conserva la estructura de linaje, por ello, los principales son los jefes de la casta²⁷⁹.

El caso de Oaxaca destaca en cuanto a la lucha por el respeto a la autonomía indígena en México. En ese estado la población indígena resulta casi proporcional a la población mestiza. Es así como, de los 570 municipios establecidos legalmente en Oaxaca, 411 están bajo el régimen de su particular sistema consuetudinario para votar por sus representantes y de esta forma estructuran su organización política²⁸⁰.

Cada uno de los pueblos del norte, centro y sursureste de México presentan rasgos distintivos. El ejercicio del gobierno de algunos pueblos norteros es independiente del gobierno municipal. De tal manera, se observa que el gobierno indígena conserva cierto grado de desconexión en relación con la autoridad municipal, persistiendo en la negativa de incorporar a su organización política a funcionarios conectados al municipio. En gran parte de los pueblos del centro y sur-este del país, los

²⁷⁹ SÁNCHEZ, Consuelo: *Los pueblos indígenas, del indigenismo a la autonomía*. Siglo Veintiuno Editores. México, 1999, pp. 68 - 69.

²⁸⁰ LÓPEZ Y RIVAS, Gilberto: “México: las autonomías de los pueblos indios en el ámbito nacional”. En: *Autonomías Indígenas en América Latina. Nuevas formas de convivencia política*. Leo Gabriel y Gilberto López y Rivas (coordinadores). Universidad Autónoma Metropolitana – Iztapalapa. Plaza y Valdés Editores. México, 2005, p. 73.

gobiernos indígenas están de alguna manera vinculados con el municipio. Pero se debe aclarar que, en muchos de estos casos las autoridades municipales han compensado y dado equilibrio a muchos de estos pueblos indígenas que han perdido su potestad comunitaria. En ocasiones, por ejemplo, el juez municipal se ha reunido con las autoridades tradicionales antes de dar ejecución a alguna medida importante relacionada a la comunidad²⁸¹.

En contraste se presenta el caso del Ejército Zapatista de Liberación Nacional (EZLN) en Chiapas - México, que en 1994 se alzaron en armas. El EZLN estaba dirigido por el subcomandante Marcos y tenía como principal proclama alcanzar la autonomía de los pueblos indígenas. Lograron constituir veintisiete Municipios Autónomos Rebeldes Zapatistas (MAREZ), organizados en el denominado Aguascalientes. Esta Organización político - militar estaba representada por un mando llamado Comité Clandestino Revolucionario Indígena - Comandancia General (CCRI - CG) del EZLN, producto de su militancia mayoritariamente indígena. A partir de 2003, luego de deponer las armas y conseguir algunas reivindicaciones, el EZLN se reestructuró en los denominados Caracoles y Juntas de Buen Gobierno.

En Bolivia se han presentado conflictos separatistas. En este país coexisten treinta y seis pueblos indígenas y en abril de 2008, cinco de estos pueblos pertenecientes al departamento de Santa Cruz, promulgaron expresamente la autonomía de sus territorios y comunidades. Todo esto en base al marco de autonomía y libre determinación establecida en los artículos 1 y 171 de la ya derogada Constitución Política del Estado; la ley N° 1257 de ratificación del Convenio 169 de la Organización Internacional del Trabajo (OIT); la Ley N° 3760 de ratificación de la Declaración de los Derechos de los Pueblos Indígenas; y el Pacto de San José de Costa Rica. Dando continuidad a esta contrariada interpretación, el 4 de mayo de 2008

²⁸¹ *Ibid.*, pp. 71-73.

se celebró un referéndum en Santa Cruz y la afirmación de separación de Bolivia promovida por un sector radical, ganó con un 85 %. Como era de esperarse el gobierno de este país desconoció los resultados de la consulta, declarándola ilegal e inconstitucional.

El 25 de enero de 2009 se celebró un nuevo referéndum, esta vez convocado por el gobierno nacional, en donde se consultó la aprobación de una Constitución con interesantes beneficios para los pueblos indígenas y, en la cual, se rechazaban las aspiraciones separatistas de algunos sectores. La opción del gobierno ganó y la nueva Constitución fue promulgada el 7 de febrero de 2009, desarrollando el tema de la autonomía indígena del artículo 289 al 296 (Capítulo Séptimo). De esta manera, el artículo 291 establece que la autonomía de estos pueblos está conformada por los territorios indígena originario campesinos, así como, por los municipios y regiones que adoptan dicha cualidad según lo previsto en la misma Constitución y la ley. Finalmente estipula el artículo que dos o más pueblos indígenas podrán conformar una sola autonomía indígena originaria campesina. La autonomía concebida en esta Constitución concibe la elección directa de autoridades y administración de sus recursos económicos.

En relación con el derecho a la libre determinación y la autonomía, el artículo 2 de la nueva Carta Magna de Bolivia establece:

“Dada la existencia precolonial de las naciones y pueblos indígenas originarios campesinos y su dominio ancestral sobre sus territorios, se garantiza su libre determinación en el marco de la unidad del Estado, que consiste en su derecho a la autonomía, al autogobierno, a su cultura, al reconocimiento de

sus instituciones y a la consolidación de sus entidades territoriales, conforme a esta Constitución y la ley”²⁸².

Ejemplos como los anteriores nos hace pensar que no fue un hecho fortuito que el Proyecto de Declaración de las Naciones Unidas sobre los derechos de los pueblos indígenas ya se hubiera materializado para 1994; pero, debió esperarse hasta 2007 para verificar la adopción definitiva del Texto. Trece años fueron necesarios para debatir la polémica y, por fin, el artículo 3 de esta Declaración reconociera el derecho a la libre determinación de los pueblos indígenas. Esta norma reconoció a estos pueblos la legitimidad para determinar libremente su condición política y, de la misma manera, le concedió el derecho a procurar su desarrollo económico, social y cultural.

Asimismo, el artículo 4 de la Declaración de las Naciones Unidas reconoció a los pueblos indígenas el derecho a la autonomía y al autogobierno para tramitar sus asuntos internos y locales, e igualmente, el derecho a financiar sus funciones autónomas, todo en ejercicio de la libre determinación. Este instrumento se apartó así del temor a la secesión que transmite el Convenio 169 de la OIT. De tal forma, independientemente del carácter no vinculante para los Estados que tiene la Declaración de las Naciones Unidas, no se puede ignorar el gran alcance que el instrumento tiene como referente en el orden internacional.

Estudiando las realidades jurídicas y políticas que vive hoy por hoy la comunidad internacional, consideramos que la libre determinación se entiende como un precepto fundado en el reconocimiento de la unidad estatal, que toma en cuenta el derecho de los pueblos indígenas a decidir

²⁸² Artículo 2 de la Constitución de Bolivia. Promulgada el 7 de febrero de 2009.

sobre su destino, a autogestionarse y darse sus propias formas de gobierno. En los últimos años, luego de observar el repliegue del Ejército Zapatista de Liberación Nacional en México, casos donde los pueblos indígenas promuevan el separatismo es excepcional. Los representantes de estos pueblos alrededor del mundo, dejaron claro durante las discusiones para la aprobación de la Declaración en el seno de las Naciones Unidas, su disconformidad con actos secesionistas y, en la práctica, salvo casos aislados, sus palabras y acciones han sido coherentes.

Ahora bien, enfocándonos en la autonomía indígena desde la perspectiva del derecho a administrar justicia dentro de sus territorios, cabe citar nuevamente la Corte Constitucional de Colombia. El máximo tribunal de ese país reiteradamente ha dejado ver como la regulación de la jurisdicción especial indígena en la Constitución Política, representa uno de los derechos fundamentales para el ejercicio de la autonomía y del reconocimiento de la diversidad étnica y cultural de las comunidades indígenas²⁸³. Recordemos que el artículo 246 de la Constitución colombiana de 1991, reconoció las potestades jurisdiccionales que tienen las autoridades de los pueblos indígenas y, por ende, los miembros de estas comunidades pueden ser juzgados por las mismas, de acuerdo a sus costumbres.

2. Efecto de cosa juzgada de las decisiones emanadas de la jurisdicción especial indígena

El concepto de cosa juzgada recae sobre el principio fundamental concerniente a que los juicios deben realizarse una única vez. De allí se

²⁸³ Corte Constitucional de Colombia. Sentencias: T-349/96, T- 496/96, T-523/97, C-795/00, entre otras.

desprende que la cosa juzgada viene a ser la prohibición de reiteración de juicios²⁸⁴. En el Derecho procesal generalmente se hace alusión a la firmeza de las resoluciones judiciales y a la cosa juzgada.

Para ORTELLS RAMOS se habla de firmeza de una resolución judicial cuando estamos ante el efecto implícito de la inexistencia o de la preclusión de recursos contra la misma, que la hacen inmutable dentro del proceso en el cual fue dictada. Esta firmeza ha sido denominada tradicionalmente por la doctrina como cosa juzgada formal (ejemplo artículo 207 de la Ley de Enjuiciamiento Civil de España - LEC)²⁸⁵. Debemos determinar además, que la cosa juzgada formal tiene plena cabida en el proceso penal.

Ahora bien, esta modalidad produce dos efectos:

- 1) El Juez o Tribunal está vinculado al contenido de la resolución firme que él mismo ha dictado, por tanto, deberá adecuar sus conductas a lo que resolvió firmemente en sus resoluciones; y
- 2) La invariabilidad de las resoluciones firmes.

Por su parte, la cosa juzgada material viene a hacer la cualidad de inmutable que tiene la decisión contenida en una sentencia firme con relación a cualquier proceso posterior entre las mismas partes, u otras personas afectadas, así como, sobre el mismo objeto – pretensión procesal- (ejemplo artículo 222 LEC)²⁸⁶. Son dos los efectos que produce esta categoría:

²⁸⁴ NIEVA FENOLL, Jordi: *La cosa juzgada*. Atelier Libros Jurídicos. Barcelona, 2006, p. 119.

²⁸⁵ ORTELLS RAMOS, Manuel y otros: *Derecho Procesal Civil*. 10ª ed. Thompson - Aranzadi. Navarra, 2010, pp. 557 - 559.

²⁸⁶ *Ibid.*, p. 560.

- 1) Efecto negativo o excluyente: de acuerdo al cual no es posible sustanciar un segundo proceso que verse sobre el mismo objeto que un proceso anterior concluyó a través de una sentencia firme. Se fundamenta este efecto en que la sentencia firme dictada en el primer proceso produce efectos de cosa juzgada sobre el segundo; por tanto, es forzoso poner fin al nuevo proceso de forma inmediata, y en todo caso, se prohíbe dictar una sentencia sobre el fondo en ese segundo proceso.

- 2) Efecto positivo o prejudicial: según éste lo que se dictamine en una sentencia firme que puso fin a un primer proceso, deberá ser considerado por un tribunal que conozca de un proceso posterior, que presente un objeto conexo con el del primer proceso. En tal caso, necesariamente, las partes tienen que ser idénticas. Esto trae como consecuencia que en los puntos del objeto del segundo proceso, que concuerden con los enjuiciados en el primero, el nuevo tribunal deberá ceñirse a lo decidido por resolución firme en el primer proceso.

La cosa juzgada material en el proceso penal no produce el efecto positivo o prejudicial, produciendo solamente el efecto negativo o excluyente. Es por ello que en el proceso penal la cosa juzgada material sirve para excluir la sustanciación de procesos que tengan el mismo objeto, frente a otros que ya concluyeron por sentencia firme anteriormente. Se impide entonces, una doble condena por un mismo hecho y se imposibilita un castigo si previamente existió absolución. Además, el efecto negativo que produce la cosa juzgada en el proceso penal busca evitar que una misma persona sea juzgada por un mismo hecho, en un segundo proceso penal. La eficacia negativa de la cosa juzgada material depende de la existencia de dos procesos. El primero finalizado por resolución firme, y el segundo, que esté pendiente. Cumulativamente, es necesario que los objetos de esos procesos sean idénticos y se trate del mismo imputado en ambos.

El breve preámbulo doctrinal antes expuesto es propicio para señalar el carácter de cosa juzgada que necesariamente deben tener las decisiones de las autoridades legítimas indígenas. Así lo prevé el artículo 132 y 134.1 de la Ley Orgánica de Pueblos y Comunidades Indígenas venezolana, con la condición del respeto a la Constitución, los tratados y la ley. Asimismo, lo ratificó, por ejemplo, el Juzgado Noveno de Primera Instancia en función de Control de Maracaibo, en su auto sobre un caso penal, de fecha 25 de abril de 2007²⁸⁷ y la Corte de Apelaciones del Circuito Judicial Penal del Estado Delta Amacuro, en su auto de fecha 17 de enero de 2008²⁸⁸.

El artículo 192 de la Constitución de Bolivia de 2009 prevé que las decisiones de la jurisdicción indígena originaria campesina son firmes. De tal manera, sus fallos serán ejecutados por las autoridades tradicionales directamente y no podrán ser revisadas por otra jurisdicción. Por su parte, el artículo 10 del Proyecto de Ley Número 35, por medio de la cual se desarrolla el artículo 246 de la Constitución Política de Colombia, ha optado por la expresión “efectos de las decisiones judiciales”, en lugar de cosa juzgada, con la intención de proteger adecuadamente a un individuo, al evitar que sea juzgado dos veces por un mismo hecho.

El artículo 12 de la Ley de Deslinde Jurisdiccional de Bolivia, prevé:

“I. Las decisiones de las autoridades de la jurisdicción indígena originaria campesina son de cumplimiento obligatorio y serán acatadas por todas las personas y autoridades.

²⁸⁷ Juzgado Noveno de Primera Instancia en función control Maracaibo de la República Bolivariana de Venezuela. Jueza MGS.: Erika Milena Carroz Perea, Acta de Audiencia Preliminar, de fecha 25/04/2007.

²⁸⁸ Corte de Apelación del Circuito Judicial Penal del Estado Delta Amacuro, Tucupita. Magistrado ponente: Diosnardo Antonio Frontado Vargas, Asunto Principal: YP01-D-2007-000068, Asunto: YP01-R-2007-000068, de fecha 17/01/2008.

II. Las decisiones de las autoridades de la jurisdicción indígena originaria campesina son irrevisables por la jurisdicción ordinaria, la agroambiental y las otras legalmente reconocidas”.

Es oportuno aclarar que las decisiones emanadas de la jurisdicción especial indígena no se limitan al área penal. Existen interesantes casos en los cuales las autoridades indígenas han dictado fallos en materia civil o de familia, que deben ser considerados con el carácter de cosa juzgada. Como modelo, haremos referencia al divorcio de una pareja con arreglo a la ley Wayúu, dictado en Colombia en fecha 29 de agosto de 1989. En este fallo se acordó el pago de 50.000 pesos colombianos y un collar, por parte de los familiares de la esposa a los familiares del cónyuge. Una vez disuelto el matrimonio, las parejas se comprometieron a respetarse mutuamente y a vivir en sana paz²⁸⁹.

Cabe hacer mención a otro caso que se suscitó dentro de la comunidad indígena colombiana Nasa - Páez. En esta oportunidad el Cabildo del resguardo indígena de Vitonco, del Cauca, aprobó la adopción de un menor de edad abandonado a las orillas de una quebrada, a favor de un matrimonio, en virtud del amor que evidentemente habían profesado al niño²⁹⁰.

El análisis de la condición de cosa juzgada de las decisiones dictadas por autoridades indígenas cobra relevancia cuando entramos en el tema del reconocimiento de estas sentencias, bien sea a nivel del

²⁸⁹ Decisión Indígena de divorcio, Oficina de Asuntos Indígenas de Uribia Guajira, de fecha 29/08/1989 (Anexo VI). Citaremos igualmente: Acta de Acuerdo por separación conyugal según Ley Wayúu, Comunidad Wayúu, Resguardo Alta y Media Guajira Municipio de Manaure, de fecha 16/03/2003 (Anexo VII); y Acta de Acuerdo: pago a mujer por separación conyugal por la Ley Wayúu, Unidad de Asuntos Indígenas de Riohacha, de fecha 1/04/2003 (Anexo VIII).

²⁹⁰ Resolución 002 del Cabildo del resguardo indígena de Vitonco, Cauca, de fecha 17/09/1999. En: SÁNCHEZ BOTERO, Esther: *Derechos Propios, Ejercicio Legal de la Jurisdicción Especial Indígena en Colombia...* op. cit., p. 199.

sistema judicial nacional o en el ámbito del juez extranjero. En el capítulo VII abordaremos cuáles son las implicaciones del reconocimiento de la jurisdicción especial indígena por parte de España y, necesariamente, retomaremos los argumentos sobre la condición de cosa juzgada de estas decisiones.

3. El principio de unidad jurisdiccional: ¿Un obstáculo en el Estado plurilegislativo *ratione personae*?

Comenzaremos a desarrollar este punto con las palabras de CASADO, que en el Discurso de investidura del grado de Doctor en Jurisprudencia, en el año 1851, decía que:

“Podrá discutirse cual sea el mejor camino por donde la jurisdicción ha de traer á los pueblos sus beneficios, pero siempre encontrarán los Gobiernos en la Unidad el medio más fácil de su aplicación, y libres de los obstáculos que han embarazado su marcha, conquistaran la gloria de robustecer el poder con los menores sacrificios de la Sociedad”²⁹¹.

Se reconoce históricamente, que la igualdad de los ciudadanos, la exaltación del monopolio de la fuerza y el ejercicio de la justicia por el nuevo Estado aparecieron luego de la Revolución francesa. Esto condujo a la extinción de los Tribunales ordinarios (antigua justicia real) y casi, la total la abolición de los privilegios de fuero (con excepción de la jurisdicción eclesiástica y la militar). Se obtuvo así, cierta unidad de fuero y, además, la

²⁹¹ CASADO, Policarpo: *La Unidad en la Jurisdicción es un Elemento de Progreso Social*. Imprenta de Don Pedro Sanz y Sanz. Madrid, 1851, p. 11.

unidad de garantías procesales en la aplicación de la ley, en el castigo de delitos y en la resolución de los conflictos interpretativos. Es de añadir que, cuando en aquella época apareció la *cassation*, se condicionó jurídicamente la sujeción del juez a la ley, e igualmente, la uniformidad de interpretación de la misma²⁹².

La unidad jurisdiccional se concibe como un principio básico sobre el que se asienta la organización de la justicia en el marco de un Estado de Derecho. Principio éste que es estudiado por LOEWENSTEIN como un monopolio judicial de los tribunales²⁹³ y que viene a ser consecuencia de la independencia judicial. Este supone en primer lugar, la exclusión de cualquier clase de juez extraordinario *ad personam* o *ex post facto*; y en segundo lugar, la prohibición del ejercicio de funciones jurisdiccionales por órganos administrativos o legislativos ajenos a la organización judicial. De allí que, unidad, exclusividad e independencia constituyen conceptos complementarios y principios circunstanciales de la jurisdicción en un Estado, donde las garantías se refuerzan y el derecho al juez legal o natural representan una de sus principales derivaciones²⁹⁴.

Se ha llegado a afirmar que al abordar el tema de la unidad de la jurisdicción, necesariamente tratamos el problema de las jurisdicciones especiales, más aún cuando se hace referencia a su supervivencia o la posibilidad de supresión de las mismas. Entonces, unificar jurisdicciones significaría centralizarlas en poder de un solo órgano jurisdiccional. Establecer un criterio cerrado y absoluto de la unidad de jurisdicción desencadenaría en la supresión de todas y cada una de las jurisdicciones especiales. No obstante, al no ser viable la existencia de un solo órgano, el

²⁹² SÁNCHEZ BARRILAO, Juan Francisco: "Poder Judicial y Unidad Jurisdiccional en España". En: *Poder Judicial y Unidad Jurisdiccional en el Estado Autonómico*. Directores Juan Luis Ibarra Robles y Miguel Ángel García Herrera. Consejo General del Poder Judicial. Madrid, 2006, pp. 103 - 104.

²⁹³ LOEWENSTEIN, Karl: *Teoría de la Constitución*. Ariel. Barcelona, 1979, p. 295.

²⁹⁴ LAVILLA ALSINA, Landelino: *Poder Judicial y Constitución*. Secretaría General Técnica del Ministerio de Justicia. Madrid, 1978, p.35; y HUERTAS CONTRERAS, Marcelo: *El Poder Judicial en la Constitución Española*. Universidad de Granada. Granada, 1995, pp. 63 - 64.

principio de unidad jurisdiccional debe interpretarse como la existencia de un único poder judicial²⁹⁵.

Es oportuno hacer referencia al ejemplo de España en este particular. En este sistema jurídico rige el principio de unidad jurisdiccional por mandato legislativo (artículo 117.5 CE y artículo 3.1 Ley Orgánica del Poder Judicial, LOPJ). Éste es considerado la piedra angular del sistema judicial español, por ser “la base de la organización y el funcionamiento de los Tribunales”. Luego, el artículo 122.1 CE señala que los Jueces y Magistrados de carrera formarán un Cuerpo único, reservándose a una ley orgánica la determinación de su estatuto jurídico, al igual que, la constitución, el funcionamiento y el gobierno de los Juzgados y tribunales. El mismo artículo 122 CE, en su numeral 2, instaura el Consejo General del Poder Judicial, creado como órgano de gobierno del mismo. Por último, el artículo 123 CE consagra la existencia de un Tribunal Supremo de Justicia, “con jurisdicción en toda España”, concebido como “órgano jurisdiccional superior en todos los órdenes, salvo lo dispuesto en materia de garantías constitucionales”²⁹⁶.

Además, como ya hemos señalado en el capítulo I, el Estado español tiene competencia exclusiva sobre la administración de Justicia (art. 149.1.5ª CE). Soló el artículo 152.1.2º y 3º CE estipulan excepcionalmente, una habilitación competencial en favor de las Comunidades Autónomas, para que las mismas puedan participar en la fijación de las demarcaciones judiciales que hayan de existir en su territorio, de conformidad con lo previsto en la Ley Orgánica del Poder

²⁹⁵ REVERÓN PALENZUELA, Benito: *Poder Judicial, Unidad Jurisdiccional y Estado Autonómico*. Editorial Comares. Granada, 1996, p. 66.

²⁹⁶ PORRAS RAMÍREZ, José María: “Unidad Jurisdiccional y Autonomía Política. La Posición Constitucional de los Tribunales Superiores de Justicia”. En: *Revista Española de Derecho Constitucional*. Año 23, Núm. 57. Madrid, 2003, p. 70.

Judicial y dentro de la unidad e independencia de éste (principio de autonomía política)²⁹⁷ (*infra* pp. 286 - 291).

Así pues, con fundamento en los artículos 117.5 CE y 3.1 LOPJ, en España está prohibida la instauración de jurisdicciones especiales; es decir, de jurisdicciones a cargo de jueces que no integren el Poder Judicial. Los Tribunales y sus jueces deben estar contemplados y reglados por la LOPJ²⁹⁸. Entonces, en este país sólo debe hacerse referencia a la existencia de diferentes órdenes jurisdiccionales (civil, penal, contencioso administrativo, etc.) (Art. 9 LOPJ)²⁹⁹. Tal concepción es la respuesta histórica a la exigencia del constitucionalismo de supresión de las jurisdicciones especiales, propias del antiguo régimen dictatorial de este país³⁰⁰.

Con relación a la consagración del principio de unidad jurisdiccional en España, nos dice BUJOSA VADELL, que: “El principio de unidad en su actual formulación constitucional acoge la generalización de garantías jurisdiccionales a todos los órganos que ejerzan jurisdicción especialmente la independencia y el sometimiento únicamente a la ley, lo cual no supone desterrar la inicial aspiración a la igualdad que caracterizaba en el siglo pasado a la unidad de fueros, sino referirla a la igualdad en las garantías constitucionales: tanto en el aspecto de la organización, como el del funcionamiento”³⁰¹.

²⁹⁷ *Ibíd.*, p. 70.

²⁹⁸ GIMENO SENDRA, José Vicente: *Introducción al Derecho Procesal...* op. cit., pp. 63 - 64; y DE LA OLIVA, Andrés y otros: *Derecho Procesal. Introducción...* op. cit., pp. 172 - 173.

²⁹⁹ FAIREN GUILLEN, Víctor: *Doctrina General del Derecho Procesal...* op. cit., p. 122.

³⁰⁰ DÍEZ- PICAZZO, Luis María: *Régimen Constitucional del Poder Judicial...* op. cit., p. 35. En cuanto a la concepción del principio de unidad jurisdiccional en España consultar: Sentencia del Tribunal Supremo de España, de fecha 30/09/1993- RJA 6660; y Sentencia del Tribunal Constitucional de España, STC 105/1985, de fecha 7/10/1985; entre otras.

³⁰¹ BUJOSA VADELL, Lorenzo Mateo: “La Unidad Jurisdiccional y la Llamada Jurisdicción Militar”. En: *Justicia...* op. cit., p. 995.

Ahora bien, debemos precisar que en España el principio de unidad jurisdiccional no fue consagrado por el legislador de manera absoluta. Se ha llegado a afirmar que a pesar de estar firmemente acreditado y arraigado este principio en las doctrinas dogmáticas, en realidad esa meta se revela como poco menos que inalcanzable. En España, sin embargo, luego de la entrada en vigencia de la LOPJ de 1985, puede aseverarse que no subsiste ninguna jurisdicción especial en el ámbito del Poder Judicial, con salvedad a las excepciones previstas en la propia Constitución³⁰².

Se desprende del artículo 3.1 LOPJ, que en este país existen órganos judiciales que pueden instaurarse fuera del Poder Judicial, los cuales están expresamente determinados en la Constitución Española (CE), entiéndase: los tribunales consuetudinarios y tradicionales (artículo 125 CE); Tribunal de Cuentas (artículo 136 CE); y el Tribunal Constitucional (artículos 159 al 165 CE). De la misma forma, la jurisdicción militar es una excepción al principio de unidad jurisdiccional en el sistema jurídico español, afirmación que se desprende del apartado 2º del art. 117.5 CE³⁰³.

Entendiendo que el principio de unidad jurisdiccional reside en la independencia, en lugar de la soberanía, GIMENO SENDRA considera que no atenta de forma directa contra este principio, la estipulación excepcional de facultades juzgadoras a personas que, a pesar de no estar adscritas como funcionarios del Ministerio de Justicia y no regirse por el sistema de autogobierno, puedan gozar de potestad jurisdiccional ostentando las condiciones de independencia e imparcialidad. E incluso, el autor ve justificada la existencia de Tribunales Consuetudinarios como el de las Aguas de Valencia, aún sin gozar de relación funcional alguna por parte

³⁰² RAMOS MÉNDEZ, Francisco: *El Sistema Procesal Español...* op. cit., p. 66.

³⁰³ GIMENO SENDRA, José Vicente: *Introducción al Derecho Procesal...* op. cit., pp. 67 – 68; RODRÍGUEZ – AGUILERA, Cesáreo: *El Poder Judicial en la Constitución*. Bosch. Barcelona, 1980, p.124; BANDRÉS, José Manuel: *Poder Judicial y Constitución*. Bosch. Barcelona, 1987, pp. 28 – 29; y BUJOSA VADELL, Lorenzo Mateo: “La Unidad Jurisdiccional y la Llamada Jurisdicción Militar”. En: *Justicia...* op. cit., p.1035. Consultar: STC 60/1991, de fecha 14/03/1991; entre otras.

de sus componentes, al estar su *auctoritas* fundamentada en la independencia, más que demostrada con su actuación práctica. Es esta la razón por la cual, estima GIMENO SENDRA, el legislador constituyente español no adoptó una concepción constitucional radical o absoluta sobre el principio de unidad jurisdiccional³⁰⁴.

Luego de examinar la experiencia española, nos preguntamos: ¿La jurisdicción especial indígena constituye una excepción al principio de unidad jurisdiccional en los países latinoamericanos?

Por ejemplo, en el sistema jurídico venezolano a pesar de contemplarse un número considerable de jurisdicciones especiales, entre ellas la indígena (artículo 260 Constitución venezolana), en realidad opera el principio de unidad de jurisdicción previsto en el artículo 1 del Código de Procedimiento Civil. Desde la perspectiva de ese sistema jurídico, se entiende que la jurisdicción es una y la ejerce el juez ordinario al administrar justicia, a venezolanos y a extranjeros, según las normas que establezcan su competencia. En el sistema *en comento* el legislador prefirió que la jurisdicción se especializara por reglas de competencia en lugar de fraccionarla.

En Venezuela la jurisdicción militar también tiene carácter de especial, pero, cuando ésta colisiona con la jurisdicción ordinaria, el asunto se resuelve como un conflicto de competencia por la materia ante la Sala de Casación Penal del Tribunal Supremo de Justicia venezolano. En relación con nuestro tema resulta más interesante el caso de Perú, donde el artículo 139.1 de su Constitución consagra la unidad y exclusividad de la función jurisdiccional, pero establece expresamente como excepciones, la jurisdicción militar y arbitral. Así pues, aunque el artículo 149 de la misma

³⁰⁴ GIMENO SENDRA, José Vicente: *Fundamentos del Derecho Procesal (Jurisdicción, Acción y Proceso)*... op. cit., p. 90.

Carta Magna, consagra la jurisdicción especial de sus pueblos indígenas, no la incluyo dentro de las excepciones al principio de unidad jurisdiccional.

Consideramos que el reconocimiento de la jurisdicción especial indígena en un sistema jurídico plantea como máximo reto, reformular el principio de unidad de jurisdicción. En un Estado plurilegislativo *ratione personae* este principio previsto de forma absoluta, entorpece la posibilidad de dar respuestas acertadas a los conflictos entre la jurisdicción ordinaria y la jurisdicción especial indígena, como veremos seguidamente.

4. Conflictos entre la jurisdicción ordinaria y la jurisdicción especial en los países con población indígena: ¿Qué tipo de conflictos son?

Cuando el maestro CALAMANDREI se refería a la colisión de jurisdicciones especiales dentro de un Estado, dejaba claro que el problema no debía tratarse como un conflicto de competencia por la materia, sino que el tratamiento procesal adecuado debía equipararse al que se da a los conflictos entre órganos investidos de funciones constitucionalmente diferentes, cuya violación genera un “defecto de jurisdicción”³⁰⁵. Así pues, la doctrina italiana denomina conflicto real, a la colisión entre la jurisdicción ordinaria y la jurisdicción especial y, por otra parte, denomina conflicto de atribución, a la colisión entre la jurisdicción ordinaria y la administración pública³⁰⁶.

Para dar otra visión, podemos decir que en España cuando surge un conflicto positivo entre diferentes órdenes jurisdiccionales (arts. 42 - 52

³⁰⁵ CALAMANDREI, Piero: *Instituciones de Derecho Procesal...* op. cit., pp. 128 - 129 y p. 138; y DE LA PLAZA, Manuel: *Derecho Procesal Civil Español*. Vol. I. Editorial Revista de Derecho Privado. Madrid, 1942, pp. 177 - 178.

³⁰⁶ FAZZALARI, Elio: *Lezioni di Diritto Processuale Civile*. Tomo I, Processo Ordinario di Cognizione. PADOVA. Italia, 1985, pp. 65 - 66.

LOPJ), el asunto se trata como conflicto de competencia y su solución está a cargo de la Sala Especial de Conflictos de Competencia del Tribunal Supremo de este país. Aunque dice FAIREN GUILLEN que: “En realidad la terminología no es exacta; por su contenido, se trata de <<conflictos entre Juzgados o Tribunales de distinto orden jurisdiccional >> y así se deberían denominarse, para diferenciarlos de los << conflictos de competencia>> propios y clásicos, entre órganos jurisdiccionales del mismo orden jurisdiccional”³⁰⁷.

Luego, en España si el conflicto es negativo, pues alguno de los tribunales con potestades jurisdiccionales considera que no ostenta competencia genérica (art. 9.6 LOPJ), la parte interesada podrá interponer un “*recurso por defecto de jurisdicción*” ante la Sala Especial de Competencia del Tribunal Supremo de España (art. 50 LOPJ). Pero, lo más importante para nuestra investigación, cuando existe una colisión entre la jurisdicción ordinaria y la jurisdicción militar el asunto se resuelve como un conflicto de jurisdicción ante la Sala de Conflicto de Jurisdicción del Tribunal Supremo español (art. 39 LOPJ y arts. 22 y 29 Ley de Conflictos Jurisdiccionales); existiendo incluso, una ley especial que regula la materia.

En contraste con lo antes señalado, en el sistema jurídico venezolano destacados autores consideran que, los conflictos de jurisdicción de los jueces entre sí, debe tratarse como un problema de competencia, alejándose, por ejemplo, del criterio de la doctrina italiana que estudia los conflictos entre jurisdicciones de un mismo Estado, a través del procedimiento de defecto de jurisdicción³⁰⁸.

³⁰⁷ FAIREN GUILLEN, Víctor: *Doctrina General del Derecho Procesal...* op. cit., p. 124.

³⁰⁸ Se recomienda la consulta de: RENGEL ROMBERG, Aristides: *Tratado de Derecho Procesal Civil Venezolano (según Nuevo Código de 1987)*. Volumen I. Organizaciones Gráficas Carriles C.A. Caracas, 1987, pp. 298 -301; PUPPIO, Vicente J.: *Teoría General del Proceso*, 5ª edición revisada y ampliada. Universidad Católica de Venezuela. Caracas, 2004, pp. 186 - 190; y BELLO LOZANO, Humberto y BELLO LOZANO MÁRQUEZ, Antonio: *Jurisdicción y Competencia, Esquemas del Procedimiento Ordinario y de los Procedimientos Especiales*. Mobil - Libros. Caracas, 1989, p. 58.

En Venezuela el artículo 59 del Código de Procedimiento Civil establece la falta de jurisdicción: a) frente a la administración pública y b) frente al juez extranjero, este último aspecto regulado actualmente por el artículo 57 de la Ley de Derecho Internacional Privado. Sin embargo, se debe tener presente que el antecedente legislativo del artículo 59 del Código de Procedimiento Civil venezolano es el artículo 37 del Código de Procedimiento Civil italiano³⁰⁹, que establece la falta de jurisdicción: a) frente a la administración pública; b) frente al **juez especial**; y c) frente al juez extranjero, este último aspecto derogado por el artículo 73 de la Ley N° 218, que reformó el sistema italiano de Derecho internacional privado. Es oportuno preguntarnos: ¿Por qué el legislador venezolano omitió en la regulación del defecto de jurisdicción, la declinación del juez ordinario ante el juez especial, en el Código de Procedimiento Civil vigente en ese país?

Cabe citar a ALID ZOPPI, quien a nuestro juicio da una respuesta interesante a la pregunta planteada anteriormente, al expresar:

“A la luz del nuevo Código – y desde luego de lo que insinuaba el antiguo artículo 22- si bien existe un problema de jurisdicción relativo a la incapacidad de actuar de la justicia venezolana, es claro que hay también problemas internos de jurisdicción, aún cuando el nuevo Código quiere llamarlos de competencia para no confundirlos con los extremos que significa negar la soberanía de Venezuela; por eso, no obstante que como incidente, el Código distingue entre problemas de jurisdicción y competencia, a nuestro modo de ver, algunos que no son de estricta competencia sino más bien de intervención concreta de determinados órganos jurisdiccionales, y por ello -en lo interno- hay problemas de competencia cuando surgen entre Tribunales de la misma jurisdicción y problemas de jurisdicción cuando lo

³⁰⁹ Aprobado con el Decreto Real N° 1443, de fecha 28/10/1940 y publicado en la Gaceta Oficial N° 253, de fecha 28/10/1941. Entró en vigencia el 21/04/1942.

es entre órganos diversos, y ese era el sentido que, sin decirlo, tenía el derogado Código al hablar – artículos 93 y 97- de jurisdicción o competencia, pero el nuevo, para evitar confusión, reservó el primer nombre para los problemas externos”³¹⁰.

No cabe duda que un sector de la doctrina venezolana admite la existencia de conflictos de jurisdicción en el ámbito interno, aunque reconozca que, el Código de Procedimiento Civil los denomina conflictos de competencia para diferenciarlos de los conflictos con elementos de extranjería. Del mismo modo, la jurisprudencia de este país reiteradamente resuelve los conflictos entre la jurisdicción especial y la jurisdicción ordinaria como conflictos de competencia por la materia, reservando el defecto de jurisdicción sólo a las colisiones frente al juez extranjero y la administración pública.

Asimismo, resaltaremos que el artículo 5.51 de la Ley Orgánica del Tribunal Supremo de Justicia de la República Bolivariana de Venezuela (2004)³¹¹, atribuye a este máximo ente la potestad de decidir sobre los conflictos de competencia entre tribunales ordinarios o especiales de la República. En dicho artículo no se alude a los conflictos de jurisdicción entre tribunales de distinto orden jurisdiccional, dando continuidad a la línea doctrinal y jurisprudencial vigente en este país.

Estamos convencidos que la solución que responde mejor a las particularidades del sistema jurídico venezolano, al colisionar un Tribunal

³¹⁰ ALID ZOPPI, Pedro: *Cuestiones Previas y Otros Temas de Derecho Procesal*. Vadell Hermanos Editores. Valencia, 1992, pp. 35 - 36.

³¹¹ Publicada en Gaceta Oficial N° 37.942, de fecha 20/05/2004. El artículo 23.19 de la Ley Orgánica de la Jurisdicción Contencioso Administrativa de Venezuela, establece que la Sala Político - Administrativa del Tribunal Supremo de Justicia, será competente para conocer del conflicto de competencia que surjan entre los tribunales de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa. Publicada en Gaceta Oficial N° 39.451, de fecha 22/06/2010.

de Primera Instancia en lo Civil (jurisdicción ordinaria) y un Tribunal de Protección del Niño y del Adolescente (jurisdicción especial), con relación a cuál de ellos tiene potestad para conocer, por ejemplo, sobre un divorcio con menores de edad involucrados, sea la de resolver el asunto como un conflicto de competencia por la materia. Estamos ante dos jurisdicciones que se rigen por normas procesales que, tienen como coincidencia, haber sido creadas por el consenso de la Asamblea Legislativa y ambas pertenecen al sistema jurídico nacional. Sin embargo, dada la pluralidad *ratione personae* que se verifican en países latinoamericanos como Venezuela, estimamos que esta solución no es la más viable para la colisión entre la jurisdicción especial indígena y la jurisdicción ordinaria.

Cuando el artículo 134.3 de la Ley Orgánica de Pueblos y Comunidades Indígenas venezolana, legislación posterior a la Ley Orgánica del Tribunal Supremo de Justicia, hace expresa alusión a los conflictos de jurisdicción, lo hace para referirse a la colisión entre la jurisdicción especial indígena y la jurisdicción ordinaria. Como ejemplo de solución a la clase de conflictos que específicamente abordamos, en sistemas jurídicos de otros países latinoamericanos, tenemos la sentencia N° T-601/01 de la Sala Constitucional de Colombia, de fecha 07/06/2001, que establece:

“La Corte Constitucional ha analizado, en casos de tutela, cuestiones relativas a la jurisdicción indígena. Por consiguiente, carece de sentido ubicar como presunta colisión de competencias lo que en verdad es una vía de hecho que conlleva violación al debido proceso, al respeto a la autonomía étnica y al acceso a la jurisdicción especial. Hay que tener en cuenta que en este caso no se planteó el conflicto de competencias, sino que el caso es de flagrante

desconocimiento de la jurisdicción indígena, lo cual constituye una notoria vía de hecho”³¹². (Resaltado nuestro).

La tendencia jurisprudencial antes citada es reiterada en la Sentencia T-009/07 de la misma Corte³¹³. Así pues, siguiendo esta línea, consideramos que cuando, por ejemplo, en Venezuela se discute si un Tribunal de Primera Instancia en lo Civil y Mercantil del estado Zulia o un *Pütchipuü*³¹⁴, tiene la potestad para conocer sobre una controversia surgida entre dos integrantes de la etnia Wayúu, por un contrato celebrado en la alta Guajira, el problema es distinto al conflicto de competencia interna. Estamos ante dos sistemas jurídicos que coexisten en ese país, cuyas fuentes jurídicas son diferentes. Las normas procesales de la jurisdicción ordinaria están contenidas, bien en el Código de Procedimiento Civil o en el Código Orgánico Procesal Penal. Pero, las normas procesales que rigen los procedimientos de la jurisdicción especial indígena, que tienen un carácter cosmológico, colectivista y consuetudinario, deben ser vistas desde la visión de cada una de las treinta y cinco etnias indígenas ubicadas en ese país. Recordemos que el principio *forum regit processum*, tiene aplicación en la jurisdicción especial indígena.

Estimamos que cuando la jurisdicción ordinaria y la jurisdicción especial indígena colisionan no se trata de determinar qué autoridad goza de competencia en materia indígena. Tampoco se trata de emplear este último término para hacer referencia a la actividad que debe realizar el juez, concerniente a determinar cuándo resulta aplicable una costumbre o una tradición ancestral de una etnia indígena, por ejemplo, de la Wayúu. Se trata de establecer cuál jurisdicción tiene la potestad para conocer de la

³¹² Sentencia T-606/01. Corte Constitucional de Colombia, Sala Sexta de Revisión de Tutelas. Magistrado Ponente: Marco Gerardo Monroy Cabra, de fecha 07/06/2001.

³¹³ Sentencia T-009/07. Corte Constitucional de Colombia, Sala Segunda de Revisión. Magistrado Ponente: Manuel José Cepeda Espinosa, de fecha 19/01/2007.

³¹⁴ Pütchipuü o palabrero: Autoridad indígena de la etnia indígena colombo- venezolana Wayúu.

controversia, enmarcándose dentro de los denominados conflictos interpersonales (*supra* pp. 35 - 38). En consecuencia, los conflictos de la competencia territorial, personal y material, deberían ser entendidos como un problema diferente y posterior al de la determinación de la jurisdicción con potestad para resolver sobre una disputa o agravio.

Nuestro enfoque queda respaldado, por ejemplo, con el Interdicto Restitutorio interpuesto ante el Juzgado Segundo de Primera Instancia en lo Civil, Mercantil, Agrario y Transito de la Circunscripción Judicial del Estado Anzoátegui - Venezuela, de fecha 22 de abril de 2008³¹⁵. En esta controversia una ciudadana que consideraba había sido despojada por otro ciudadano, de unas bienhechurías³¹⁶ en un terreno, acudió a la jurisdicción ordinaria para iniciar un procedimiento interdictal consagrado en el artículo 699 del Código de Procedimiento Civil Venezolano.

El Tribunal, una vez recibidas las pretensiones de la actora, decretó la medida de secuestro sobre el inmueble en cuestión. Ante esta medida compareció ante el Tribunal el apoderado del demandado y opuso cuestiones previas, en amparo del artículo 346 del Código de Procedimiento Civil Venezolano, en su ordinal 1° (falta de jurisdicción del juez o la incompetencia de éste) y ordinal 11° (prohibición de la ley de admitir la acción propuesta). Asimismo el demandado se acogió a los artículos 119 al 126 de la Constitución venezolana y los artículos 27, 130, 131, 132 y 133 de la LOPCI; por considerar que era la jurisdicción especial indígena la que debía conocer de la controversia.

Fue necesario entonces, que el Tribunal con la finalidad de constatar los hechos consultara a la Presidencia del Instituto Autónomo para la

³¹⁵ Juzgado Segundo de Primera Instancia en lo Civil, Mercantil, Agrario y Transito de la Circunscripción Judicial del Estado Anzoátegui – Venezuela. Juez Provisorio: Jesús Gutiérrez Díaz, Interdicto Restitutorio, de fecha 22/04/2008.

³¹⁶ En Venezuela el vocablo “bienhechuría” tiene dos acepciones jurídicas: 1) construcción levantada en terrenos baldíos y; 2) conjunto de mejoras que hace el arrendatario a un inmueble.

Secretaría de los Pueblos Indígenas, para confirmar si los ciudadanos y el terreno en disputa pertenecían a la comunidad indígena del estado Anzoátegui - Venezuela. Frente la respuesta afirmativa del Instituto consultado, el juez dictaminó de la siguiente manera:

“...son las autoridades indígenas las competente para conocer y resolver los conflictos surgidos entre los miembros de dicha comunidad a través del proceso contenido en el mencionado artículo; en el caso que nos ocupa la comunidad indígena de Caigua, se encuentra establecida en una Asociación Civil de la Parroquia Caigua Patar del Municipio Simón Bolívar del Estado Anzoátegui, la cual se encuentra Registrada en la Oficina Subalterna del Registro del Estado Anzoátegui, en el segundo trimestre del año 1996, anotado bajo el N° 08, folios 47al 55, protocolo primero, tomo décimo sexto, y N° 35 folio 269, protocolo primero, tomo quinto, segundo trimestre del año 2005; **siendo el representante de dicha comunidad el Cacique Humberto Celestino Caicuto**, venezolano, mayor de edad, titular de la cédula de identidad N° 3.954.564, **a quien este Tribunal, reconoce como la Autoridad con la Jurisdicción para conocer y resolver el conflicto surgidos entre los ciudadanos Carmen Luisa Gómez y José Elías Salazar Guaimacuto; declarando igualmente este sentenciador, que este Tribunal no tiene jurisdicción para seguir conociendo el presente asunto. Así se decide,**

Por todo lo antes expuesto este Tribunal Segundo de Primera Instancia en lo Civil, Mercantil, Agrario y del Tránsito de la Circunscripción Judicial del Estado Anzoátegui, administrando justicia en nombre de la República Bolivariana de Venezuela y por autoridad de la Ley, declara CON LUGAR la cuestión previa opuesta por la parte demandada contenida en el

ordinal 1º del artículo 346 del Código de Procedimiento Civil, relativa a la falta de jurisdicción de este Tribunal para conocer del presente asunto; por tal motivo este Tribunal no se pronuncia con respecto a la cuestión previa también alegada, contenida en el ordinal 11 del artículo ejusdem.- Así decide.-”³¹⁷ (Resaltado nuestro).

Observamos como en esta decisión el sentenciador, muy acertadamente, determinó su falta de jurisdicción frente a la jurisdicción especial indígena, en virtud del artículo 346. 1 del Código de Procedimiento Civil Venezolano. No optó por declinar su competencia, fórmula que venían empleando los tribunales de ese país ante la colisión de la jurisdicción ordinaria y las jurisdicciones especiales.

El artículo 12 del Proyecto venezolano de Ley de Coordinación de la Jurisdicción Especial Indígena con el Sistema de Justicia, establece lo que denomina la declinatoria de competencia. Establece la norma que cuando una autoridad legítima indígena se declare incompetente para conocer sobre una controversia dentro de su territorio, tendrá la facultad de remitirla a una institución que sería creada por esta Ley (Art. 21), denominada Comisión Especial para la Coordinación entre la Jurisdicción Especial Indígena con el Sistema de Justicia, que a su vez será la encargada de remitirla al tribunal competente. El artículo 13 del mismo Proyecto plantea la prohibición de conocer de oficio que tienen los tribunales nacionales, sobre hechos ocurridos dentro de tierras indígenas y cuyo conocimiento correspondan a sus autoridades legítimas, a menos que sea por solicitud de parte (autonomía de la voluntad) o por requerimiento de la Comisión

³¹⁷ Juzgado Segundo de Primera Instancia en lo Civil, Mercantil, Agrario y Tránsito de la Circunscripción Judicial del Estado Anzoátegui – Venezuela. Juez Provisorio: Jesús Gutiérrez Díaz, Interdicto Restitutorio, de fecha 22/04/2008.

Especial. Pero, en definitiva, no se hace referencia al conflicto de jurisdicciones, sino a una relación de coordinación³¹⁸.

Las funciones que serán concedidas a la Comisión Especial para la Coordinación entre la Jurisdicción Especial Indígena con el Sistema de Justicia, tal como están diseñadas en el citado Proyecto, consideramos que coadyuvarán significativamente en el acoplamiento de ambas jurisdicciones. Pero en lo referente a los conflictos entre la jurisdicción ordinaria y la jurisdicción especial indígena, que entendemos son conflictos interpersonales, pensamos que responde más adecuadamente a la ciencia procesal, recurrir a la previsión del artículo 134.3 de la LOPCI. Esta disposición determina que será el Tribunal Supremo de Justicia venezolano el encargado de conocer sobre la colisión, mediante el procedimiento respectivo.

Cabe citar aquí el dictamen que emitió Bartolomé CLAVERO, con relación al Anteproyecto de Coordinación Jurisdiccional en Venezuela:

“El punto neurálgico de la coordinación jurisdiccional es el de las jurisdicciones comunes y el de la jurisdicción de conflictos. No hay en el Anteproyecto de Venezuela nada parecido a la regla boliviana de la plurinacionalidad, aunque la misma pudiera tener cabida en la Constitución venezolana. Es uno de los extremos en los que podría ser beneficiosa la inspiración de Bolivia. Tampoco es que se descarte que pueda accederse desde el ejercicio de la jurisdicción indígena a la membresía de jurisdicciones comunes, pero el supuesto no se contempla. La

³¹⁸ “Respecto de la coordinación jurisdiccional entre el sistema Judicial Nacional y la Jurisdicción especial indígena, le corresponde al juez competente, vale decir, el de la jurisdicción donde se produce el supuesto ilícito, quien sigue el debido proceso mediante solicitud de conocimiento a la organización y autoridad indígena. En materia indígena, el declarar inculpable a una persona indígena por diversidad cultural no se afecta, de ningún modo, la jurisdicción indígena, y prevalece el derecho fundamental a la diversidad étnica y cultural de la persona o colectivo. El error de comprensión cultural, para ciudadanos no indígenas, exigiría del juez la solicitud de un peritaje antropológico que determinara la incomprensión cultural”. En: ZAMBRANO RODRÍGUEZ, Carlos Vladimir: *Derechos, Pluralismo y Diversidad Cultural...* op. cit., p. 49.

formación de una jurisdicción con funciones de coordinación se confía al Tribunal Supremo (art. 13: “El Tribunal Supremo de Justicia dispondrá lo necesario para la constitución de los tribunales especializados en Derecho Indígena y de la formación y capacitación de los jueces y juezas, funcionarios y funcionarias, y demás personas involucradas en la Administración de Justicia”), un tribunal éste constituido mediante calificaciones que muy difícilmente puede llegar a alcanzar alguien que ejerza o haya ejercido jurisdicción indígena (art. 263 de la Constitución). A la jurisdicción de coordinación podría más fácilmente accederse desde la jurisdicción indígena, pero el Anteproyecto no contempla en absoluto la posibilidad. Sólo considera la participación indígena en “unidades para la atención y asesoramiento (...) en el registro, organización, funcionamiento y prestación de servicios de la Jurisdicción Especial Indígena”, no en el ejercicio de la jurisdicción de coordinación (art. 15). Tratándose de jurisdicción indígena, la participación admitida en un mínimo obligado³¹⁹.

En Bolivia los artículos 13 y 14 de la Ley de Deslinde Jurisdiccional desarrollan la coordinación entre jurisdicciones. Luego, los artículos 15 y 16 establecen la cooperación entre jurisdicciones. El artículo 17 prevé que las jurisdicciones en Bolivia tienen el deber de coordinar y cooperar. Ahora bien, ¿prevé el conflicto entre la jurisdicción especial indígena y la jurisdicción ordinaria esa normativa? La colisión de jurisdicciones no se descarta en la citada Ley. Observamos así, como el artículo 16.II.c) determina como mecanismo de cooperación, la remisión de la información

³¹⁹ CLAVERO, Bartolomé: *Anteproyecto de Coordinación Jurisdiccional en Venezuela*. Dictamen a Solicitud de Carácter Técnico. En: (Página Web en línea) <http://clavero.derechosindigenas.org/wp-content/uploads/2009/09/venezuela-coordinacion-jurisdiccional.pdf>

y antecedentes de los asuntos o **conflictos** entre la jurisdicción indígena originaria campesina y las demás jurisdicciones.

Para finalizar este capítulo, reiteramos nuestra opinión en cuanto a la necesaria matización del principio de unidad jurisdiccional en un Estado plurinacional y plurilegislativo *ratione personae*, pues el mismo representa un obstáculo a la obtención de soluciones idóneas a los conflictos interpersonales que surgen dentro de sus fronteras.

CAPÍTULO V

ALGUNAS EXPERIENCIAS DEL RECONOCIMIENTO DE LA JURISDICCIÓN ESPECIAL INDÍGENA EN AMÉRICA



CAPÍTULO V

ALGUNAS EXPERIENCIAS DEL RECONOCIMIENTO DE LA JURISDICCIÓN ESPECIAL INDÍGENA EN AMÉRICA

1. Una experiencia del *Common Law*: Estados Unidos de América

Aunque nuestro estudio está circunscrito a los pueblos indígenas latinoamericanos, en este aparte abordaremos el tema de la regulación de la jurisdicción especial dentro de los Estados americanos en general, pues resulta interesante contrastar la experiencia del *Common Law* y el Derecho continental.

En los Estados Unidos de América los indígenas integran más de quinientos cincuenta tribus y su población no alcanzan los dos millones de personas, tomando en consideración que casi el cuarenta por ciento, incluidos los nativos de Alaska, tienen menos de veinte años. Se estima que un veinte por ciento de esa población habita en treientos catorce reservas, tierras indígenas y pueblos de Alaska. Otra aproximación a destacar es que los indígenas de este país y los nativos de Alaska cuentan con una extensión de tierras de 3. 615. 210 millas cuadradas, compuestas por tierras en fideicomiso, que aproximadamente llegan a los 17.8 millones de hectáreas³²⁰.

La Constitución de Estados Unidos de 1787, hace referencia a los indígenas en la Segunda Sección del Artículo I, modificado por la Decimocuarta Enmienda, en relación con la exclusión de los indígenas exentos de tributación, del cálculo de población en base al que las entidades federales escogen a sus representantes. En la Octava Sección

³²⁰ *La Voz de los Pueblos Indígenas, Con el Proyecto de la Declaración de los Derechos de los Pueblos Indígenas*. Prefacio de Rigoberta Menchú. Traducción de Ángela Pérez y Edel Álvarez. Edición de Alexander Ewen para el Consejo Indígena Estadounidense de la Ciudad de New York. Editorial Plenum. Barcelona, 1995, pp. 119 -125.

del mismo Artículo, la denominada “Cláusula de Comercio”, concede potestad al Congreso para reglamentar el comercio con las tribus indias. Finalmente, el Artículo VI establece que la Constitución, las leyes y los tratados son ley suprema de ese país. Por tanto, este artículo implícitamente reconoce el valor legal de los más de 300 tratados celebrados entre Estados Unidos y las tribus indias entre 1789 y la Guerra Civil, que marcaron una relación que se ha catalogado como asimétrica. Dice TORRES GUTIERREZ, que:

“El instrumento legal de los tratados puso en manos de la población blanca un útil mecanismo para sojuzgar a los indios, pues pese a que la idea de tratado parezca connotar una cierta igualdad entre los estipulantes, la realidad distó de aproximarse a ello. Estaban normalmente redactados en inglés, en cuyo manejo (especialmente si tenemos en cuenta que estamos ante un inglés jurídico) no siempre ambas partes se encontraban en igualdad de condiciones, máxime si tenemos en cuenta quienes eran los que iban a estar llamados a interpretarlos y aplicarlos”³²¹.

En el año 1871 el Congreso decretó que no consideraba a las naciones indígenas como Estados extranjeros y, por ende, no celebraría más tratados con ellas, sino legislaría sobre ellas. Las luchas libradas por los pueblos indígenas de Estados Unidos por exigir al gobierno el respeto a sus derechos han sido tan arduas como la de los aborígenes del resto del continente. En la actualidad podemos decir que la situación legal de los indígenas de ese país se encuentra desarrollada en las provisiones constitucionales, leyes, fallos judiciales y regulaciones, denominado en su

³²¹ TORRES GUTIERREZ, Alejandro: *Minorías y Multiculturalidad en los Estados Unidos de Norteamérica*. Universidad Complutense de Madrid. Madrid, 2002, p. 46.

conjunto como Ley India (*Indian Law*). La fuente fundamental de este cuerpo normativo se encuentra en las referencias a los indígenas en la Constitución, que a pesar de ser breves han contado con un amplio desarrollo y una significativa interpretación³²².

Sobre el gobierno federal estadounidense recae una responsabilidad de tutelaje frente a las tribus, derivada de las obligaciones adquiridas al celebrar los tratados, una contraprestación de los territorios cedidos por las tribus. En el fallo, *Cherokee Nation v. Georgia*³²³, el Juez Marshall, Jefe de la Corte Suprema de Justicia, determinó que la relación de las tribus con los Estados Unidos es la de un pupilo con su tutor. Esta sentencia acordó que las tribus no eran estados extranjeros sino “naciones domésticas dependientes”; así pues, gozan de una soberanía restringida. Estas tribus al encontrarse en los límites fronterizos de los Estados Unidos, no pueden gozar de las potestades propias de la soberanía, como celebrar tratados con otros países o cederles territorios³²⁴.

No obstante lo antes señalado, se debe aclarar que el Congreso de los Estados Unidos cuenta con el poder plenario (*plenary power*), en virtud del cual se encuentra legitimado para derogar derechos consagrados en los tratados u otros documentos, para establecer el fin de la relación de tutelaje del gobierno federal, así como, cualquier otro punto concerniente a las relaciones entre el gobierno y las tribus³²⁵. Hay quienes afirman que ese poder plenario se ha perpetuado en un contexto incompatible con sus orígenes jurídicos, lo que ha traído como consecuencia, un incremento del

³²² *Las Tribus Indígenas en Los Estados Unidos. Su situación Legal*. En: Centro de Recursos Informativos de la Embajada de los Estados Unidos en Argentina. Buenos Aires, pp. 5 -9.

³²³ *Cherokee Nation v. Georgia* (30 U.S. (5 Pet.) 1 (1831)). Esta sentencia integra la denominada “Trilogía de Marshall”. Los otros dos fallos son: *Johnson v. McIntosh* (21 U.S. (8 Wheat.) 543 (1823)) y *Worcester v. Georgia* (31 U.S. (6 Pet.) 515 (1832)).

³²⁴ CARLSON, Leonard A.: “Were there alternatives to disaster?” En: *Land Rights, Ethno-Nationality, and Sovereignty in History*. Routledge. New York, 2004, p.46; DUTHU, Bruce N.: *American Indians and the Law*. Penguin Group. New York, 2008, p. 8; y *Las Tribus Indígenas en Los Estados Unidos...* op. cit., p. 4.

³²⁵ *Lone Wolf v. Hitchcock* 187 U.S. 553, 23 S.Ct. 216.

desequilibrio de poder de la ley federal india y un afianzamiento de la dependencia de las tribus³²⁶.

Por otra parte, reseñaremos que actualmente la responsabilidad que tiene el gobierno federal de desarrollar actividades que garanticen el cumplimiento de la obligación de tutelaje y de relación con las tribus, recae en la Oficina de Asuntos Indígenas (*Bureau of Indian Affairs*, BIA), adscrita al Departamento del Interior. Hoy en día el gobierno federal reconoce 562 tribus indígenas en los Estados Unidos³²⁷, de las cuales 297 se encuentran en reservas indias. Se entiende como reservas aquellos territorios con soberanía limitada en manos de las tribus nativas americanas, bajo la reglamentación de la BIA. Igualmente existen tribus no federales y, por tanto, no dependen del BIA, sino de los Estados de la Unión Americana donde están ubicadas, como sería el caso de las tribus de la Confederación Iroquesa, dependientes del Estado de New York.

Ahora bien, limitándonos a nuestro punto de interés, aludiremos al ejercicio de jurisdicción de las autoridades tribales de Estados Unidos. Al respecto señalaremos que, a pesar de la soberanía limitada que ostentan las tribus, éstas ejercen su derecho a la autodeterminación. Las tribus operan como entidades de gobierno con jurisdicción política y legal sobre sus territorios, al igual que sobre los integrantes que se encuentran fuera de los mismos. Cada tribu ejerce su relación con el gobierno federal de manera particular, en base a los tratados, acuerdos, leyes y decretos ejecutivos que según las circunstancias les resulta aplicable. Es de destacar que, para 1832 el Juez Marshall en su fallo de la Corte Suprema de Justicia, *Worcester v. Georgia*³²⁸, determinó que los gobiernos de los

³²⁶ SHATTUCK, Petra T. y NORGREN: *Partial Justice, Federal Indian Law in a Liberal Constitutional System*. Berg Publishers. New York y Oxford, 1991, p.195.

³²⁷ El 4 de abril de 2008, el Gobierno Federal de los E.E.U.U. publicó una lista oficial de 562 tribus en el Registro Federal como entidades indias reconocidas y elegibles para recibir servicios de la BIA.

³²⁸ *Worcester v. Georgia* (31 U.S. (6 Pet.) 515 (1832)).

estados de la Unión Americana no gozan de jurisdicción reguladora o impositiva sobre los territorios indígenas³²⁹.

Los gobiernos de las tribus tienen potestad para establecer los requisitos para ser miembro de las mismas, regular la propiedad privada, regular relaciones entre sus miembros, castigar delitos cometidos por sus miembros dentro de las reservas, así como, regular el comercio dentro de sus territorios. Los gobiernos tribales por lo general no tienen potestades frente a ciudadanos no miembros de las tribus. Sin embargo, las solicitudes de licencias u otra clase de autorizaciones para desarrollar actividades dentro de las reservas, son ejemplos en los que las tribus tienen poder para reglar diligencias de una persona no miembro.

Las tribus de Estados Unidos a la hora de establecer sus estructuras siguieron distintas tendencias. Una parte de las Tribus se acogieron a la Ley de Reorganización Indígena de 1934 (Ley de Wheeler-Howard)³³⁰, aprobando constituciones sustentadas en un modelo redactado por el gobierno federal. En consecuencia, gran parte de las estructuras de los gobiernos tribales tienen similitudes, por lo que se pueden fijar ciertas generalizaciones. No obstante, esto no es una regla, pues algunas tribus se negaron a adoptar las prescripciones de la ley y optaron por organizarse de acuerdo a sus propios principios y tradiciones. Como ejemplo, se cita el caso de la nación Navajo que no cuenta con una constitución escrita, pero al tener un código detallado opera con similitudes a las tribus reorganizadas según la Ley de Reorganización Indígena. Otros pueblos se rigen por la ley tradicional no escrita, cuyas máximas autoridades ejercen sus funciones de manera disímil al de las de las tribus reorganizadas³³¹.

³²⁹ *Las Tribus Indígenas en Los Estados Unidos...* op. cit., p. 4.

³³⁰ 25 U.S.C. 461-479.

³³¹ RAGSDALE, Fred: "The Deception of Geography". En: *American Indian Policy*. University of Oklahoma. Oklahoma, 1985, p. 80; *Las Tribus Indígenas en Los Estados Unidos...* op. cit., p.15; y COLMENARES, Ricardo: *Los Derechos de los Pueblos Indígenas en la Constitución de Venezuela de 1999...*op. cit., p. 93.

Existe un consejo tribal en gran parte de las tribus, en donde sus integrantes son seleccionados por un periodo determinado. Dicho consejo habitualmente goza de potestades de administración gubernamental, que recae en los asuntos internos de la tribu. Pero es de aclarar, que casi todas sus resoluciones deben ser ratificadas por el Secretario del Interior. Este mandato, de acuerdo a cada modalidad, se encuentra estipulado en las constituciones tribales. Hay que hacer la salvedad que, hoy en día esta ratificación se verifica de manera automática, aunque el requerimiento persiste.

Asimismo, de forma general, las constituciones consagran el cargo de presidente o gobernador de la tribu. El ejercicio de este cargo depende de la selección del consejo o por elecciones directas de los miembros de la tribu. Las funciones de este presidente son diferentes en cada tribu, siendo común su designación como líder y vocero.

Con relación al funcionamiento del sistema judicial de las tribus, señalaremos que éstas cuentan con el imperio para sancionar y aplicar leyes, promulgar regulaciones y reglamentos administrativos, así como, para administrar justicia. Por una parte, se debe delimitar la existencia de una legislación del gobierno federal en relación con las tribus, conocida como la Ley Indígena; y por la otra, la coexistencia de una ley tribal, particular para cada tribu y procedente de sus propias instituciones. Los códigos tribales son sancionados por los consejos tribales, los cuales tienen que ser ratificados por el Secretario del Interior³³².

Cada sistema de tribunales tribales tiene particularidades, se pueden encontrar algunos con diversos niveles como el de la nación Navajo. También existen tribunales de un solo juez que ejerce funciones a tiempo parcial. En los últimos tiempos la tendencia marca un retorno a los

³³² *Las Tribus Indígenas en Los Estados Unidos...* op. cit., p. 16; y Soberanía de las tribus indígenas. En (Página Web en línea) <http://www.america.gov/st/usg-spanish/2008/June/20081104110958xaanerotsac0.265072.html>

sistemas tradicionales de resolución de conflictos, puede ser con la creación de nuevas instituciones o con el establecimiento de procedimientos adecuados en los sistemas de tribunales existentes.

En algunas tribus los jueces son elegidos por voto directo, existen otros casos en que son seleccionados por el consejo tribal. Lo habitual es que los jueces sean miembros de la tribu, pero excepcionalmente se rompe este requerimiento. Según la tradición no es necesario que estos operadores ostenten un título de Licenciado en Derecho; sin embargo, cada vez son más frecuentes los jueces con estudios universitarios de este tipo. Se acostumbra que la elección de estos magistrados sea por un lapso previamente estipulado.

Los tribunales de apelaciones surgen como una nueva directriz dentro del contexto que hablamos, presentando características distintivas en cada caso. En ocasiones algunos de estos tribunales se conforman bajo la modalidad de *ad hoc*, resolviendo la apelación designada. De igual forma, existen casos en los que están compuestos por jueces de otras tribus. Otro ejemplo es el de la nación Navajo, donde encontramos un Tribunal Supremo de carácter permanente.

Específicamente, la jurisdicción criminal en el campo de la *Indian Law*, implica una división de autoridad entre Tribunales Federales, Indios y Estatales, que puede basarse en la materia, el lugar, o la persona³³³. Así pues, el gobierno tribal tienen jurisdicción para sentenciar con relación a delitos menores cometidos por indígenas en perjuicio de otros indígenas dentro de las reservas. Si el delito es en perjuicio de ciudadanos no-indígenas, inicialmente la jurisdicción es del gobierno tribal, pero igualmente los tribunales federales tienen jurisdicción. Los delitos cometidos por no indígenas son de jurisdicción federal, quedando excluida

³³³ United States Department of the Interior: *Federal Indian Law*. United States Government Printing Office. Washington, 1958, p. 308.

la jurisdicción tribal. Cuando los delitos son mayores, como asesinatos, robos a mano armada; entre otros, la jurisdicción recae sobre los tribunales federales, según lo estipula la Ley de Delitos Mayores³³⁴. Cuando los indígenas perpetran delitos fuera de las reservas, la jurisdicción recaerá según corresponda, a los gobiernos locales, Estadales o al Federal.

En el área civil, se observa que si el hecho que motiva la reclamación se produce en territorio indio, independientemente de la condición de indígena o no de quien interpone la demanda, generalmente, la jurisdicción es de los tribunales tribales. Cuando se está ante cuestiones que atañen exclusivamente a la tribu, la jurisdicción tribal será absoluta. Se debe aclarar sin embargo, la controversia que gira alrededor de la jurisdicción en materia civil, siendo un tema en el que la Suprema Corte de Estados Unidos no ha dictaminado una doctrina clara; por lo tanto, en ciertos casos los tribunales de los Estados tienen jurisdicción³³⁵.

Es de aclarar que, estos gobiernos tribales en tiempos modernos, ostentan una serie de actividades sociales y económicas cada vez más amplias y complejas, encontrando una creciente resistencia por parte de administraciones locales o estatales, ciudadanos privados o corporaciones, del gobierno federal, e incluso, de sus propios miembros tribales. Frecuentemente esta problemática constituye un desafío a la jurisdicción de las tribus, dicho de otra manera, a su autoridad legal para pronunciarse y hacer cumplir la ley³³⁶.

A continuación expondremos los datos ofrecidos en el Censo de las Agencias de Justicia Tribales en el País indio, del año 2002, publicada por el Departamento de Justicia de Estados Unidos, en el año 2005:

³³⁴ 18 U.S.C. 1153.

³³⁵ *Las Tribus Indígenas en Los Estados Unidos...* op. cit., pp. 16-17.

³³⁶ DUTHU, Bruce N.: *American Indians and the Law...* op- cit., p. 5.

“Tribunales y administración

- Un estimado del 59 % (188) de las 314 tribus tenían alguna forma de sistema judicial.

- El 84% de los sistemas de justicia tribales que funcionan en el país indio manejó casos de delito de menor cuantía.

- 175 tribus tenían un tribunal tribal formal. De estos:
 - Aproximadamente 174 tenían una jurisdicción general de tribunal tribal, separada,

 - 91 tenían un tribunal de apelación,

 - 80 tenían un tribunal juvenil,

 - 51 tenían un tribunal de familia,

 - Más del 60 % (112) proporcionan servicios a las víctimas.

- El 60% de las tribus habían escrito códigos de familia para:
 - establecimiento de paternidad,

 - publicación de una orden de apoyo infantil,

 - hacer cumplir una orden de apoyo infantil,

 - modificación o ajuste de un niño, y orden de apoyo.

- Casi un tercio (97) de las tribus tenía un programa de ejecución de apoyo infantil³³⁷.

2. Algunas experiencias en Latinoamérica: Bolivia, Colombia, Ecuador, Perú y Venezuela

2.1 Bolivia

Bolivia nació como República el 6 de agosto de 1825, con una evidente y mayoritaria población indígena; sin embargo, su Constitución del 19 de noviembre de 1826 no hizo alusión alguna a este sector. De hecho, el artículo 14 de esta primera Constitución exigía como requisito para ser ciudadano boliviano, el saber leer y escribir.

Posteriormente se redactaron diez Constituciones y se debió esperar hasta la Carta Magna boliviana de 1938 para que su artículo 165 diera reconocimiento legal a las comunidades indígenas de ese país. El artículo 166 de esta Constitución estipuló que la legislación indígena y agraria sería promulgada en consideración de las diferentes regiones del país. Por su parte, el artículo 167 determinó que el Estado impulsaría la educación del campesino, a través de núcleos escolares indígenas que tengan carácter integral, donde los aspectos económico, social y pedagógico estarían incluidos. El Texto Fundamental de Bolivia de 1945 conserva el mismo articulado y repite la misma redacción de su predecesora en materia indígena³³⁸.

³³⁷ PERRY, Steven W: *Censo de las Agencias de Justicia Tribales en el País indio, del año 2002*. U.S. Department of Justice. Office of Justice Programs. Washington, 2005, p. iii. (Página Web en línea) <http://bjs.ojp.usdoj.gov/index.cfm?ty=pbdetail&iid=543>.

³³⁸ CLAVERO, Bartolomé: *Pronunciamentos Indígenas de las Constituciones Americanas*. En: (Página Web en línea) ALERTANET EN DERECHO Y SOCIEDAD/ LAW & SOCIETY <http://alertanet.org/constitucion-indigenas.htm>

La Constitución de Bolivia de 1967 con reforma de 2004, representó un pequeño avance al reconocer en su artículo 1.I el carácter multiétnico y pluricultural del país. Además, el artículo 61 preveía la posibilidad que tenían los indígenas de ser nombrados diputados. El artículo 171 regulaba el derecho a las tierras indígenas, la personalidad jurídica de estos pueblos y de las asociaciones y sindicatos campesinos, así como, la potestad de administración de justicia de las autoridades legítimas indígenas. Finalmente, los artículos 222, 223 y 224 regulaban la participación política de estas comunidades³³⁹. Es de establecer que, Bolivia ratificó el Convenio Nº 169 OIT, mediante la Ley 1257, de fecha 11 de julio de 1991.

El 7 de febrero de 2009 fue promulgada la nueva Constitución de Bolivia, aprobada por un referéndum popular el 25 de enero del mismo año. En esta Carta Magna se observa desarrollado el principio constitucional de la plurinacionalidad, el cual se sustenta en el reconocimiento de todas las diversidades, sean éstas étnicas, culturales o de otra naturaleza. Desde tal perspectiva, este principio lleva consigo implicaciones que deben destacarse, por ejemplo:

1) Todos los derechos humanos pueden ejercerse de manera individual o colectiva. Con ello, se ve superada la tradición liberal que afirmaba la existencia exclusiva de sujetos individuales de derecho.

2) Como consecuencia del reconocimiento de las diversidades culturales, el Estado está constreñido a salvaguardar el derecho que tienen los indígenas, a vivir como pueblos diferentes en su propio territorio, con sus particulares visiones, creencias, formas de organización social, política, económica y jurídica. Se encuentra aquí el sustento del reconocimiento de las potestades jurisdiccionales para estos grupos humanos.

³³⁹ *Ibíd.*

3) Que el principio en cuestión se encuentre desarrollado en todo el Texto constitucional de manera transversal. Se observa como la Constitución boliviana busca la conversión de todas las instituciones del Estado en plurinacionales, consagrando a lo largo de su articulado como los representantes de las colectividades indígenas deben integrar las diferentes instituciones del Estado (artículos 5, 100, 188, 196, 206, 216, 247, entre otros)³⁴⁰.

Las previsiones de esta nueva Constitución persiguen que los indígenas de los treinta y seis pueblos originarios de ese país superen el simple reconocimiento constitucional y lleguen a la participación efectiva en todos los niveles del poder estatal y económico. Los principales cambios que implementa esta Carta Magna son:

- 1) El Título I, Capítulo cuarto está dedicado completamente a los derechos de las naciones y pueblos indígenas originarios campesinos;
- 2) Una cuota de parlamentarios indígenas, por circunscripciones a definirse por la ley;
- 3) La justicia indígena originaria campesina, en el mismo nivel que la justicia ordinaria;
- 4) Un Tribunal Constitucional plurinacional, lo que obliga a elegir miembros de este tribunal del sistema ordinario y del sistema indígena;

³⁴⁰ LLASAG FERNÁNDEZ, Raúl: "La jurisdicción indígena en el contexto de los principios de plurinacionalidad e interculturalidad". En: (Página Web en línea) http://ccr6.pgr.mpf.gov.br/institucional/eventos/docs_eventos/LA_Jurisdiccion_Indigena.pdf

- 5) Un órgano electoral plurinacional, en el que los indígenas tendrán representación a través de los vocales;
- 6) La autonomía indígena originaria campesina;
- 7) Un modelo económico social comunitario basado en la visión indígena;
- 8) Derechos de los indígenas sobre el uso del agua;
- 9) Propiedad exclusiva de los recursos forestales de su comunidad; y
- 10) Derecho a la tierra comunitaria e indígena³⁴¹.

El tema de la jurisdicción especial indígena, concretamente, es abordado en los artículos 179, 190, 191, 192 y 193 de esta novedosa Carta Magna. El artículo 179 prevé que en Bolivia la función judicial es única; no obstante, esta disposición establece que la jurisdicción indígena originaria campesina la ejerce sus propias autoridades. Asimismo, esta norma en su numeral segundo proclama la igualdad jerárquica entre la jurisdicción ordinaria y la jurisdicción especial indígena.

El artículo 190 de la Constitución boliviana determina que las naciones y pueblos indígenas originarios campesinos ejercerán sus funciones jurisdiccionales y de competencia a través de sus autoridades, las cuales aplicarán sus principios, valores culturales, normas y

³⁴¹ Los bolivianos volverán a las urnas este domingo 25 de enero para votar en un referendo constitucional. En (Página Web en línea) http://www.avizora.com/atajo/informes/bolivia_textos/0043_10_cambios_historicos_para_bolivia.htm

procedimientos propios. Asimismo, la norma estipula que la jurisdicción indígena originaria campesina respeta el derecho a la vida y los derechos establecidos en esa Constitución.

Seguidamente, resulta interesante citar los lineamientos consagrados en el artículo 191 de este Texto Fundamental, que expresamente señala:

“I. La jurisdicción indígena originario campesina se fundamenta en un vínculo particular de las personas que son miembros de la respectiva nación o pueblo indígena originario campesino.

II. La jurisdicción indígena originario campesina se ejerce en los siguientes ámbitos de vigencia personal, material y territorial:

1. Están sujetos a esta jurisdicción los miembros de la nación o pueblo indígena originario campesino, sea que actúen como actores o demandado, denunciantes o querellantes, denunciados o imputados, recurrentes o recurridos.

2. Esta jurisdicción conoce los asuntos indígena originario campesinos de conformidad a lo establecido en una Ley de Deslinde Jurisdiccional.

3. Esta jurisdicción se aplica a las relaciones y hechos jurídicos que se realizan o cuyos efectos se producen dentro de la jurisdicción de un pueblo indígena originario campesino”³⁴².

³⁴² Constitución Política de Bolivia. Promulgada el 7 de febrero de 2009.

El artículo 192 de esta Carta Magna estipula que toda autoridad pública o persona en general respetará las decisiones de la jurisdicción indígena originaria campesina. Esta disposición además prevé que para el cumplimiento de las decisiones de la jurisdicción especial, sus autoridades podrán solicitar el apoyo del Estado. La norma establece que el Estado promoverá y fortalecerá el sistema administrativo de la justicia indígena. Por último, el legislador constituyente prevé que será una ley la que desarrollará los mecanismos de coordinación y cooperación entre la jurisdicción indígena originaria campesina con la jurisdicción ordinaria y la jurisdicción agroambiental.

El 24 de junio de 2010 en Bolivia entró en vigencia la Ley N° 025, bajo la denominación de Ley del Órgano Judicial. Para el tema que abordamos esta normativa tiene relevancia, pues la misma reconoció cuatro jurisdicciones: la ordinaria, que involucra desde el Tribunal Supremo de Justicia hasta los jueces de sentencia; la jurisdicción agroambiental, que dirimirá en materia agraria y ambiental; la especializada; y la “**jurisdicción indígena originaria**”, que “se ejerce a través de sus autoridades, y aplicará sus principios, valores culturales, normas y procedimientos propios”.

Es de resaltar como, el artículo 2 de la Ley del Órgano Judicial boliviana, reitera que la jurisdicción ordinaria y la jurisdicción indígena originaria campesina gozan de igual jerarquía. El artículo 6 estipula que en el ejercicio de la función judicial, las jurisdicciones se relacionan sobre la base del respeto mutuo entre sí y no podrán obstaculizar, usurpar competencias o impedir su labor de impartir justicia. Cabe citar textualmente el artículo 159 de la Ley *en comento*, al expresar que:

“Artículo 159. (NATURALEZA Y FUNDAMENTACIÓN).

I. La vigencia y el ejercicio de las funciones jurisdiccionales y de competencia de las naciones y pueblos indígena originario campesinos se ejercen a través de sus autoridades, y aplicarán sus principios, valores culturales, normas y procedimientos propios.

II. Se fundamenta en el carácter Plurinacional del Estado, en el derecho de las naciones y pueblos indígena originario campesinos a su libre determinación, autonomía y autogobierno y en aquellos derechos reconocidos por la Constitución Política del Estado, en el Convenio 169 de la Organización Internacional del Trabajo y en la Declaración de las Naciones Unidas sobre los Derechos de los Pueblos Indígenas³⁴³”.

El 29 de diciembre de 2010 se promulgó la Ley 073 de Deslinde Jurisdiccional de Bolivia. Los artículos 13 y 14 introducen interesantes reglas de coordinación entre la jurisdicción indígena y la jurisdicción ordinaria. Asimismo, los artículos 15 y 16 regulan la cooperación entre ambas jurisdicciones. Sobre las posibles colisiones de jurisdicciones hace referencia el artículo 16.II.c), catalogando como un mecanismo de cooperación, el remitir información y antecedentes de los asuntos o **conflictos** entre la jurisdicción indígena originaria campesina y las demás jurisdicciones.

Es igualmente importante mencionar, que el artículo 5.V de la Ley de Deslinde Jurisdiccional boliviana determina, de manera tajante, que el

³⁴³ Ley N° 025, publicada en Gaceta Oficial de Bolivia, de fecha 24/06/2010.

linchamiento viola los derechos humanos, no es permitido en ninguna jurisdicción y será prevenido, así como, sancionado por el Estado Plurinacional. Además, el artículo 6 prohíbe la pena de muerte. Este aspecto es muy polémico en Bolivia, en virtud de los linchamientos que se han producido dentro de sus fronteras (*infra*. pp. 262 - 264).

En relación con el tema del reconocimiento de la jurisdicción especial indígena existen sentencias interesantes dictadas por el Tribunal Constitucional de Bolivia. Así por ejemplo, podemos mencionar la Sentencia Constitucional 0860/2007-R, de fecha 12 de diciembre de 2007³⁴⁴. Este fallo ratifica el respeto que deben tener las autoridades originarias a los derechos fundamentales, a las garantías constitucionales, así como, al debido proceso, a la hora sancionar a los integrantes de sus pueblos. Tal sentencia se encuentra reiterada por el mismo Tribunal, en la Sentencia Constitucional 0010/2010-R, de fecha 6 de abril de 2010³⁴⁵.

La Sentencia 0860/2007-R del Tribunal constitucional de Bolivia, expresamente señala que:

“En ese sentido, las determinaciones adoptadas por los recurridos contravienen abiertamente el orden constitucional, pues las sanciones impuestas al recurrente; en primer lugar, prescinden de la garantía del debido proceso, al habersele condenado sin respetar los elementos básicos que hacen al núcleo esencial de dicha garantía constitucional, como ser juzgado en proceso legal y con imparcialidad, haber sido escuchado antes de ser condenado, permitirle ejercer plenamente su derecho a la defensa, presentando pruebas, contradiciendo las de contrario, presumirse su inocencia y que la

³⁴⁴ Sentencia Constitucional 0860/2007-R. Tribunal Constitucional de Bolivia. Magistrado Relator: Artemio Arias Romano, de fecha 12/12/2007.

³⁴⁵ Sentencia Constitucional 0010/2010-R. Tribunal Constitucional de Bolivia. Magistrado Relator: Marco Antonio Baldivieso Jinés, de fecha 6/04/2010.

sanción sea proporcional a la conducta punible, ninguno de cuyos elementos fue tenido en cuenta por los recurridos ni sus bases, de donde indudablemente se ha vulnerado el art. 16.IV de la CPE, que establece: “Nadie puede ser condenado a pena alguna sin haber sido oído y juzgado previamente en proceso legal.

Al respecto cabe recordar que de acuerdo a lo señalado reiteradamente por la jurisprudencia de este Tribunal Constitucional a partir de la SC 0441/2000-R de 9 de mayo, las garantías constitucionales no son sólo aplicables al ámbito de los procesos judiciales, sino a todo proceso que tenga como objetivo la aplicación de alguna sanción como es el caso de los procesos disciplinarios³⁴⁶.

2.2 Colombia

A continuación haremos un breve recorrido por las disposiciones que en las Constituciones colombianas, a lo largo de la historia, regularon la situación de los pueblos indígenas. Comenzamos este recorrido diciendo que entre los años 1809 a 1830, en ese país se verificó una indefinición constitucional. Posteriormente, en 1830 se dictó una nueva Constitución, la cual no pudo cumplir eficazmente su función, pues a los cuatro meses de promulgada se produjo la separación de Colombia, Venezuela y Ecuador.

Nos limitaremos aquí a estudiar detalladamente los preceptos que han abordado la materia indígena. La Constitución de Nueva Granada

³⁴⁶ Sentencia Constitucional 0860/2007-R. Tribunal Constitucional de Bolivia. Magistrado Relator: Artemio Arias Romano, de fecha 12/12/2007.

(Gran Colombia) de 1811, en su artículo 23 reguló la posible cesión de tierras baldías que las Provincias, de acuerdo a su generosidad, podían efectuar dentro de sus límites. Dentro de esa perspectiva, se hizo énfasis en la condición de indisputables que tenían las tierras *nullius*, que venían hacer todos aquellos territorios deshabitados y fuera de los límites de la mismas Provincias.

Disponía sin embargo el artículo 24, que no por lo antes dicho, se podría despojar, ni se podría perpetrar la menor vejación o agravio a las tribus errantes o naciones de indios bárbaros que se hallaran situadas o establecidas dentro de los territorios *nullius*. Aseveraba esta norma que, a estos colectivos se les debía respetar como legítimos y antiguos propietarios, proporcionándoles el beneficio de la civilización y religión a través del comercio; e igualmente, empleando todos aquellos medios sutiles que dictaran la razón y la caridad cristiana, propios de un pueblo civilizado y culto. Culminaba el artículo haciendo la salvedad, que se utilizarían otros mecanismos si las hostilidades así lo imponían³⁴⁷.

El artículo 25 *ejusdem* ofrecía la posibilidad de celebrar tratados y negociaciones con las tribus con la garantía de proteger sus derechos con toda la humanidad y filosofía que exigía “su actual imbecilidad”. Sugería la norma que debían tomarse en cuenta los desmanes que la nación conquistadora le había ocasionado a los indios, excusándose así, de toda culpa. El artículo 26 de esta Carta Magna, con un discurso excesivamente asimilador, proponía la asociación con las tribus, usando como puente los tratados y el comercio. Pretendía aclarar la norma, que la religión practicada por las tribus no debía ser un obstáculo, pues se tenía la convicción que “algún día cederá tal vez el lugar a la verdadera, convencidos con las luces de la razón y del evangelio que hoy no pueden tener”.

³⁴⁷ CLAVERO, Bartolomé: *Pronunciamentos Indígenas de las Constituciones Americanas...* op. cit., en: <http://alertanet.org/constitucion-indigenas.htm>

La Constitución de Nueva Granada (Colombia) de 1853, preveía en su artículo 47, que el territorio de la República seguiría con una división provincial y las provincias a su vez, estarían divididas en distritos parroquiales. Particularmente esta disposición determinaba que las porciones de territorio de la Guajira, el Caquetá y otras que no estuviesen pobladas por habitantes reducidos a la vida civil, podrían ser organizados y regidos por leyes especiales. La Constitución de 1863 en el artículo 18.4 establecía que el Gobierno general tendría la competencia, no exclusiva, concerniente a la civilización de los indígenas. Además, el artículo 78 determinaba que los territorios poco poblados u ocupados por tribus de indígenas serían regulados por una ley especial³⁴⁸.

Debió esperarse hasta 1991 para que se regulara constitucionalmente, con apego a los estándares internacionales más vanguardistas de la época, la condición de los ochenta pueblos indígenas colombianos. La Constitución Política de 1991, con reforma de 2001, definió a este país como un Estado Social de Derecho, lo que trajo consigo una novedosa concepción en cuanto a la aplicación de la justicia. Ciñéndonos específicamente a la regulación de la jurisdicción especial indígena, citaremos el artículo 246 de esta Carta Magna, que expresa: “Las autoridades de los pueblos indígenas podrán ejercer funciones jurisdiccionales dentro de su ámbito territorial, de conformidad con sus propias normas y procedimientos, siempre que no sean contrarios a la Constitución y leyes de la República. La ley establecerá las formas de coordinación de esta jurisdicción especial con el sistema judicial nacional”.

Ajustándose a esta tenencia que busca resguardar los derechos fundamentales de sus pueblos indígenas, Colombia ratificó el Convenio N° 169 de la OIT, a través de la Ley 21 de 1991³⁴⁹. Por otra parte, la Ley 270 de 1996, Estatutaria de la Administración de Justicia, realizó el desarrollo

³⁴⁸ *Ibíd.*

³⁴⁹ Diario Oficial No. 39.720, de fecha 6/03/ 1991.

constitucional, incorporando a los jueces de paz y la jurisdicción de las comunidades indígenas en la estructura general de la Administración de Justicia, como integrantes de la Rama Judicial³⁵⁰. Actualmente está en manos del Congreso colombiano el Proyecto de Ley Número 35 de 2003, por medio de la cual se desarrolla el artículo 246 de la Constitución Política de Colombia.

Por los momentos, el artículo 12 de la Ley 270 de 1996, Estatutaria de la Administración de Justicia, estipula que:

- 1) Las autoridades de los territorios indígenas previstas en la ley ejercen sus funciones Jurisdiccionales únicamente dentro del ámbito de su territorio;
- 2) Este ejercicio será conforme las normas y procedimientos propios de las comunidades indígenas; y
- 3) La jurisdicción especial indígena no podrá contrariar a la Constitución y a las Leyes. Siendo ese cuerpo legislativo el que establecerá las autoridades que ejercen el control de constitucionalidad y legalidad de los actos proferidos por las autoridades de los territorios indígenas.

Es necesario establecer que a la par de la Ley 270 de 1996, continúa en vigencia la Ley 89 de 1890, que tiene más de un siglo de funcionamiento en Colombia. El enunciado de dicha Ley es: “por la cual se determina la manera como deben ser gobernados los salvajes que vayan

³⁵⁰ ARBELÁEZ DE TOBÓN, Lucía: *La Jurisdicción Especial Indígena en Colombia y los Mecanismos de Coordinación con el Sistema Nacional*. Consejo Superior de la Judicatura de Colombia. Guatemala, 2004, p. 3.

reduciéndose a la vida civilizada”. Es dentro de ese contexto que su artículo 5 otorga competencia a los Gobernadores de los Cabildos para conocer de las faltas contra la moral cometidas por los indígenas, dando la posibilidad de aplicar penas correccionales que no excedan de uno o dos días de arresto. A esta norma ARBELÁEZ DE TOBÓN realiza tres críticas interesantes:

- 1) Solamente reconoce ese derecho a los Cabildos, dejando de lado otras autoridades;
- 2) Establece sanción únicamente para las faltas contra la moral;
- 3) No da posibilidad de que sean las comunidades quienes autónomamente definan las penas o formas de compensación o resarcimiento³⁵¹.

Se discute hoy en día como la Ley 89 de 1890, desentona con los novedosos postulados desarrollados por la Constitución Política de 1991. Además, aunque esa normativa sirve de base para sustentar los censos realizados por los Cabildos³⁵², la figura de esos entes como figura de autoridad indígena no logra calar en todos los ámbitos y se contrapone a la de las autoridades tradicionales. Pero lo cierto es que hasta la fecha coexisten ambas autoridades y los Cabildos constituyen una fuente interesante de decisiones que atañen a los pueblos indígenas

³⁵¹ *Ibíd.*, 9.

³⁵² El Artículo 2 del Decreto 2164 de 1995 de Colombia, contenido del Reglamento de Tierras para Indígenas, define a los cabildos como: "...una entidad pública especial, cuyos integrantes son miembros de una comunidad indígena, elegidos y reconocidos por ésta, con una organización sociopolítica tradicional, cuya función es representar legalmente a la comunidad, ejercer la autoridad y realizar las actividades que le atribuyen las leyes, los usos, costumbres y el reglamento interno de cada comunidad...".

Igualmente debemos hacer mención a los Decretos 1396 y 1397 de 1996, que regulan la consulta previa y la participación de los pueblos indígenas en las decisiones susceptibles de afectarlos. Otra normativa que se debe comentar es la del Decreto 1320 de 1998, cuya función era regular la consulta previa en materia de explotación de recursos; sin embargo, la Corte Constitucional de Colombia en su sentencia T-652 de 1998, suspendió la aplicación del mismo, al considerar que su vigencia no obedecía a las premisas de la Constitución de ese país³⁵³.

Ahora bien, consideramos que para concluir cómo efectivamente se ha implementado el reconocimiento de la jurisdicción especial indígena en Colombia es necesario acudir a su fuente jurisprudencial. La Corte Constitucional de ese país ha realizado una interesante labor técnico - jurídica, que ha contado con la directa colaboración de la disciplina antropológica. Las sentencias de esta Corte han desarrollado y complementado los diversos preceptos constitucionales, reconociendo tajantemente la autonomía jurisdiccional de las autoridades legítimas indígenas (*supra* pp. 161).

A lo largo de esta investigación hemos empleado como fundamento, diversos dictámenes de la Corte Constitucional de Colombia. Seguidamente, reproduciremos un esquema elaborado por SÁNCHEZ BOTERO Y JARAMILLO SIERRA³⁵⁴, que nos permitirá enumerar los derechos tutelados por ese Máximo Tribunal hasta el año 2000, con relación a los pueblos indígenas colombianos:

³⁵³ ARBELÁEZ DE TOBÓN, Lucía: *La Jurisdicción Especial Indígena en Colombia y los Mecanismos de Coordinación con el Sistema Nacional...* op. cit., pp.10 - 11.

³⁵⁴ SÁNCHEZ BOTERO, Esther y JARAMILLO SIERRA, Isabel: *La Jurisdicción Especial Indígena...* op. cit., pp. 120 - 121.

Derecho	Sentencias
A la supervivencia cultural	<ul style="list-style-type: none"> • T-428 de 1992 • T-342 de 1994 • T-007 de 1995 • SU-039 de 1997 • SU-510 de 1998 • T-652 de 1998
A la integridad étnica y cultural	<ul style="list-style-type: none"> • T-342 de 1994 • SU-039 de 1997 • SU-510 de 1998 • T-652 de 1998
A la preservación de su hábitat natural (integridad ecológica)	<ul style="list-style-type: none"> • T-380 de 1993 • SU-037 de 1997 • T-652 de 1998
A la propiedad colectiva sobre la tierra habitada por la comunidad 1. Derecho a la titulación	

<p>2. Derecho a la división de los resguardos</p> <p>3. Derecho a la unificación de los resguardos</p> <p>4. Derecho de exclusión del territorio indígena</p> <p>5. Límites al derecho de exclusión:</p> <p style="padding-left: 40px;">a. Seguridad Nacional</p> <p style="padding-left: 40px;">b. Explotación de recursos cuando no se logra acuerdo, la consulta ha sido adecuada y la intervención es justificada</p>	<ul style="list-style-type: none"> • T-567 de 1992 • T-188 de 1993 • T-652 de 1998 • T-257 de 1993 • SU-510 de 1998 • T-652 de 1998 • T-405 de 1993 • SU-039 de 1997
<p>A determinar sus propias instituciones políticas (autonomía política)</p>	<ul style="list-style-type: none"> • T-652 de 1998
<p><i>A administrar justicia en su territorio y a regirse por sus propias normas y procedimientos (autonomía jurídica)</i></p>	<ul style="list-style-type: none"> • T-254 de 1994 • C-139 de 1996 • T-349 de 1996 • T-496 de 1996 • T-523 de 1997
<p>A determinarse por su cosmovisión religiosa y a hacerla valer ante terceros</p>	<ul style="list-style-type: none"> • T-342 de 1994

	<ul style="list-style-type: none"> • SU-510 de 1998
A la participación en la toma de decisiones que puedan afectarlos en su territorio	<ul style="list-style-type: none"> • SU-039 de 1997 • T-652 de 1998
A la igualdad lingüística	<ul style="list-style-type: none"> • T-348 de 1994
Al reconocimiento y protección de su medicina tradicional	<ul style="list-style-type: none"> • C-377 de 1994 • T-214 de 1997
A la igualdad material (a acceder a prestaciones del Estado cuando como comunidad se encuentren en situaciones de debilidad manifiesta). Entre estas prestaciones se incluyen: educación, salud, suministro de agua potable, desarrollo social	<ul style="list-style-type: none"> • T-342 de 1994 • T-007 de 1995 • T-717 de 1996 • SU-039 de 1997 • T-652 de 1998

Con fecha más recientemente, igualmente encontramos interesantes fallos de la Corte Constitucional Colombiana, en relación con el tema que nos ocupa. Para dar algunos ejemplos, inicialmente haremos mención al carácter potestativo de la jurisdicción especial indígena, desarrollado en la

Sentencia T-552 de 2003³⁵⁵, que fue reiterado en la sentencia T-1238 de 2004 en los siguientes términos:

“En una hipótesis tal, es posible que las autoridades tradicionales no tengan la capacidad para asumir el conocimiento de esas ofensas, que no existan precedentes en la comunidad sobre el particular y que no estén en condiciones de hacer efectiva una sanción a los infractores. Así, por ejemplo, no cabría imponerle a un Consejo de Ancianos, que ejerce un precario control social, contra su voluntad, el conocimiento de unos delitos cometidos por individuos de alta peligrosidad, pertenecientes a su comunidad y dentro de su comprensión territorial, si previamente esa autoridad no ha exteriorizado su decisión de asumir el conocimiento de tales delitos”...”la decisión de ejercer la jurisdicción obedece a una opción de la comunidad, expresada a través de sus autoridades cuando quiera que se estime que están dados los presupuestos para ello”³⁵⁶.

La Sentencia T-552/2003 además abordó la posible autonomía de la voluntad de las partes, a la hora de acudir a la jurisdicción especial indígena. Fue así como, la Corte examinó si un ciudadano indígena puede seleccionar con libertad, según sus intereses, la jurisdicción que estime más conveniente. En un principio tal posibilidad fue rechazada; sin embargo, se aceptó que la jurisdicción nacional por solicitud del ciudadano indígena, puede ser la que le juzgue cuando se compruebe que la

³⁵⁵ Sentencia T-552/03. Corte Constitucional de Colombia, Sala Quinta de Revisión de Tutelas. Magistrado Ponente: Rodrigo Escobar Gil, de fecha 10/07/2003.

³⁵⁶ Sentencia T- 1238/04. Corte Constitucional de Colombia, Sala Quinta de Revisión de Tutelas. Magistrado Ponente: Rodrigo Escobar Gil, de Fecha 12/12/2004.

jurisdicción indígena, por ejemplo, no está en condiciones de garantizar el debido proceso.

La Sentencia T-549 de 2007³⁵⁷ se pronunció en un caso donde un ciudadano indígena, que era profesor en una escuela pública, fue acusado de violar a dos mujeres indígenas casadas. Esta decisión es importante porque dictaminó que las autoridades indígenas pueden imponer medidas cautelares dentro de la investigación penal. También es relevante porque el juzgamiento lo desarrollan las autoridades de dos resguardos conjuntamente.

Siguiendo este recorrido jurisprudencial, encontramos la Sentencia C- 713 de 2008, que determinó:

“Desde el punto de vista funcional la jurisdicción indígena hace parte de la rama judicial; por ello no sólo es razonable sino jurídicamente exigible que el Consejo Superior de la Judicatura promueva labores de divulgación y sistematización de asuntos relativos a la jurisdicción indígena. Sin embargo, la Corte considera necesario precisar que las autoridades indígenas no pertenecen a la estructura orgánica de la Rama Judicial del poder público, como en repetidas oportunidades lo ha puesto de presente la jurisprudencia de esta Corporación”³⁵⁸.

³⁵⁷ Sentencia T-549/07. Corte Constitucional de Colombia, Sala Primera de Revisión de Tutelas. Magistrado Ponente: Jaime Araujo Rentería, de Fecha 19/07/2007.

³⁵⁸ Sentencia C- 713/2008. Corte Constitucional de Colombia, Sala Plena. Magistrada Ponente: Clara Inés Vargas Hernández, de fecha 15/07/2008.

Por su parte, en la Sentencia T-007 de 2009³⁵⁹, la misma Corte consideró que se vulneraba el debido proceso porque el juez laboral era incompetente para resolver el conflicto de competencias. Por tal razón, dejó sin efectos las sentencias y ordenó que el caso se remitiera a las autoridades tradicionales. La Sentencia T-514 de 2009³⁶⁰ estableció que no era labor de esa Corte Constitucional, evaluar el trabajo del Tribunal Superior Indígena del Tolima, pues se trataba de asuntos que concernían únicamente a los cabildos del Consejo Regional Indígena de Tolima.

2.3 Ecuador

Los territorios de Quito y Guayaquil se habían independizado de España el 9 de octubre de 1820, instaurando un gobierno propio. En 1921 esos territorios pasaron a formar parte de la Gran Colombia bajo el nombre de Distrito del Sur. En 1930 tras el fracaso de la nueva República, se conformaron los Estados soberanos de Nueva Granada (actuales Colombia y Panamá), Venezuela y Ecuador.

La Constitución de Ecuador de 1830 en su artículo 68 determinó que el Congreso constituyente nombraba a los venerables curas párrocos como tutores y padres naturales de los indios, estimulando su labor caritativa en pro de esa “clase inocente, abyecta y miserable”. La Constitución de 1906 en el artículo 128 estableció que los Poderes Públicos debían proteger a la raza india, con el objetivo que estos grupos humanos pudieran mejorar en

³⁵⁹ Sentencia T- 007/2009. Corte Constitucional de Colombia, Sala Segunda de Revisión de Tutelas. Magistrado Ponente: Manuel José Cepeda Espinoza, de fecha 16/01/2009.

³⁶⁰ Sentencia T- 514/2009. Corte Constitucional de Colombia, Sala Tercera de Revisión de Tutelas. Magistrado Ponente: Luis Ernesto Vargas Silva, de fecha 30/07/2009.

la vida social. Además constreñía la norma a tomar las medidas más eficaces y conducentes para frenar los abusos del concertaje³⁶¹.

De la Constitución de 1929 destaca el artículo 33.4, donde se determinó que la Cámara del Senado estaba compuesto por un Senador para la tutela y defensa de la raza india. Destacan de la Carta Magna de 1945, el artículo 5, que trató al quechua y demás lenguas aborígenes como elementos de la cultura nacional. El artículo 23.2 estableció que la función legislativa sería ejercida por el Congreso Nacional, conformado por una Cámara integrada, entre otros, por diputados funcionales electos por las organizaciones de indios. Por su parte, el artículo 95 creó la figura de procuradores pagados por el Estado y nombrados por las respectivas Cortes Superiores, cuya misión era la defensa de las comunidades indígenas y de los trabajadores que no contaran con medios económicos³⁶².

La Constitución de 1946 en el artículo 174.c) determinó como deber del Estado, fomentar de manera eficaz la cultura del indígena y del campesino. El artículo 185 consagró que el Poder Público estaba obligado preferentemente, a la promoción del mejoramiento moral, intelectual, económico y social del indígena y del montuvio, así como, a fomentar su incorporación a la vida nacional y su acceso a la propiedad. El artículo 1 de la Constitución de 1978, definió al Estado ecuatoriano como soberano, independiente, democrático y unitario, estando aún muy distante de la concepción de plurinacionalidad e intercultural. El mismo artículo aún consideraba al quechua y demás lenguas aborígenes como parte de la cultura nacional, pero sólo el castellano era de uso oficial. Igualmente nos parece interesante el artículo 107 del mismo Texto, donde se previó que el Estado nombraría a defensores públicos para salvaguardar a las comunidades indígenas.

³⁶¹ CLAVERO, Bartolomé: *Pronunciamentos Indígenas de las Constituciones Americanas...* op. cit., en: <http://alertanet.org/constitucion-indigenas.htm>

³⁶² *Ibíd.*

La Constitución de 1996 aunque dio algunos pasos, los consideramos muy pequeños en cuanto al reconocimiento de derechos a los pueblos originarios. El artículo 1 de ese Texto ya definió al Estado ecuatoriano como pluricultural y multiétnico. Sin embargo, insiste en considerar sólo al castellano como idioma oficial y de relación intercultural, dando al quichua y a las demás lenguas indígenas, un reconocimiento dentro de sus respectivas áreas de uso y considerándolas como parte de la cultura nacional. El artículo 174 determinó que el Congreso Nacional para la designación de los vocales del Tribunal Constitucional, escogería a uno de la terna enviada por las centrales de trabajadores y las organizaciones indígenas y campesinas legalmente reconocidas³⁶³. En esta Constitución aún no se reconocen las potestades jurisdiccionales de las autoridades indígenas y, en definitiva, se perdió la oportunidad de desarrollar una legislación acorde a los lineamientos del Convenio N° 169 OIT.

Ecuador ratificó el Convenio N° 169 OIT el 15 de mayo de 1998 y el 5 de junio del mismo año, la Asamblea Nacional Constituyente de Ecuador aprobó otra Constitución, donde el artículo 191 reconoció a la jurisdicción especial indígena, en los siguientes términos:

“Las autoridades de los pueblos indígenas ejercerán funciones de justicia, aplicando normas y procedimientos propios para la solución de conflictos internos de conformidad con sus costumbres o derecho consuetudinario, siempre que no sean contrarios a la Constitución y las leyes. La ley hará compatibles aquellas funciones con las del sistema judicial nacional”.

³⁶³ *Ibíd.*

Ahora bien, en el año 2008 entró en vigencia una nueva Constitución, aprobada por un referéndum popular de fecha 28 de septiembre de 2008. Es el artículo 171 de ese Texto Fundamental el que consagra, actualmente, la jurisdicción especial indígena en Ecuador. De acuerdo a esa disposición, las autoridades de las comunidades, pueblos y nacionalidades indígenas ejercerán funciones jurisdiccionales, sustentada en sus tradiciones ancestrales y su derecho propio, dentro de su ámbito territorial. Se reitera en la norma el respeto a la Constitución y a los derechos humanos reconocidos en instrumentos internacionales, que deben guardar las autoridades originarias al aplicar sus normas y procedimientos en la solución de sus conflictos internos. Además, el artículo 171 establece que el Estado garantizará que las decisiones de la jurisdicción indígena serán respetadas por las instituciones y autoridades públicas. Tales decisiones estarán sujetas al control de constitucionalidad; asimismo, la ley fijará los mecanismos de coordinación y cooperación entre la jurisdicción indígena y la jurisdicción ordinaria.

Para el momento en que se elaboró esta investigación, en Ecuador aún no se había diseñado y promulgado una ley que hiciera efectiva la coordinación y cooperación entre la jurisdicción especial indígena y la jurisdicción ordinaria, para dar cumplimiento al mandato constitucional. Por ahora, reseñaremos la polémica que ha girado en relación con la interpretación del artículo 171 de la Constitución de este país. Fue así que, en fecha 8 de junio de 2010, el Presidente de la Corte Constitucional para el período de Transición y los jueces constitucionales, recibieron a representantes indígenas, quienes asistieron para presentar una acción extraordinaria de protección contra las decisiones de la justicia indígena.

Con tal acción buscaban que la Corte Constitucional determinase si las autoridades indígenas de la Cocha, cuando ejercieron funciones jurisdiccionales, podían o no conocer sobre el asesinato de Marco Olivo Pallo; si las sanciones impuestas a los cinco involucrados constituyen o no

violación de los derechos humanos y si éstas sanciones son actos de salvajismos, barbarie y primitivismo; y en caso de observar excesos en el ejercicio de la jurisdicción indígena, determinasen cuáles son los mínimos jurídicos que las autoridades indígenas deben observar. Hasta este momento la Corte Constitucional de Ecuador no ha dado respuesta a esta solicitud³⁶⁴.

2.4 Perú

El 28 de julio de 1821 fue declarada la independencia de Perú, pero fue tras la batalla de Junín, librada el 6 de agosto de 1824 y la batalla de Ayacucho, en fecha 9 de diciembre de 1824, cuando se emancipa definitivamente. En el transcurso de los primeros años de independencia se verifican luchas entre caudillos, auspiciadas por militares, para obtener la Presidencia de la República.

Dentro de tal contexto, encontramos como primer registro de reconocimiento de sus pueblos indígenas, el artículo 90.10 de la Constitución de 1823, donde se estipuló como atribución del Senado, el velar sobre la conservación y mejor arreglo de las reducciones de los Andes, así como, promover la civilización y conversión de los infieles de su territorio conforme al espíritu del Evangelio. La Constitución de 1828, en su artículo 13.4, exentó a los indígenas de la condición de saber leer y escribir para ser elegidos electores parroquiales. El artículo 75.10 consagró que eran atribuciones de las Juntas parroquiales, entender en la reducción y civilización de las tribus de indígenas limítrofes al departamento, y atraerlos

³⁶⁴ “Presidente de la Corte Constitucional Recibe Acción Extraordinaria de Protección por parte de Comunidades indígenas de la Cocha”. En: Corte Constitucional de Ecuador (Página Web en la línea) http://www.tribunalconstitucional.gov.ec/index.php?option=com_content&view=article&id=176:residentedelacorteconstitucionalrecibeaccionextraordinariadeproteccionporpartedecomunidadesindigenasdelacocha&catid=10:boletines-2010&Itemid=102

a nuestra sociedad por medios pacíficos. El artículo 76 dispuso que los bienes y rentas de comunidad de indígenas, en beneficio de ellos mismos, fueran considerados fondos de los que podían disponer las Juntas³⁶⁵.

El artículo 8 de la Constitución de 1839, determinó que a los indígenas pertenecientes a poblaciones donde no existiesen escuelas de instrucción primaria, no se les podía imponer la exigencia de saber leer y escribir para considerarlos ciudadanos en ejercicio, hasta 1844. De la Constitución de 1920 desatacaba el artículo 58, que dispuso que el Estado peruano protegiese a la raza indígena y dictaría leyes especiales para su desarrollo y cultura en armonía con sus necesidades. Además, preveía que la Nación reconocía la existencia legal de las comunidades de indígenas y la ley declarararía los derechos que les correspondan.

La Constitución peruana de 1933 ya denota una evolución en el desarrollo de los derechos de los pueblos indígenas. Podemos mencionar entre otros, el artículo 207 que reconocía existencia legal y personería jurídica a las comunidades indígenas; en el artículo 209 se prescribió que la propiedad de las comunidades era imprescriptible e inajenable, salvo el caso de expropiación por causa de utilidad pública, previa indemnización. También establecía que dicha propiedad era inembargable; y el artículo 212 garantizaba que el Estado dictaría la legislación civil, penal, económica, educacional y administrativa, que exigían las peculiares condiciones de los indígenas. La Constitución de 1979 sigue los lineamientos de su predecesora, destacando el artículo 83 que proclama como idiomas de usos oficial al quechua y al aymara, junto al castellano. Las demás lenguas indígenas venían a integrar el patrimonio cultural de ese país³⁶⁶.

³⁶⁵ CLAVERO, Bartolomé: *Pronunciamentos Indígenas de las Constituciones Americanas...* op. cit., en: <http://alertanet.org/constitucion-indigenas.htm>

³⁶⁶ *Ibid.*

La Constitución de 1993 es una de las pioneras en cuanto al reconocimiento de los derechos de los pueblos indígenas latinoamericanos, desde las perspectivas internacionales que en el siglo XX promovieron la multiculturalidad y el pluralismo legislativo dentro de los Estados. El artículo 2.19 de esta Carta Magna consagra como derechos fundamentales, la identidad étnica y cultural; e igualmente, prevé el reconocimiento y protección por parte del Estado, de la pluralidad étnica y cultural de la Nación. El artículo 48, proclama el carácter de lengua oficial que tienen los idiomas indígenas junto al castellano. Por su parte, el artículo 89 estipula la existencia legal, personería jurídica y libre determinación de las comunidades campesinas y las nativas.

Ahora bien, con relación al tema que nos ocupa, el artículo 149 de la actual Constitución del Perú, señala que las autoridades de las comunidades campesinas y nativas, con el apoyo de las Rondas Campesinas, tiene la potestad para ejercer funciones jurisdiccionales dentro de su ámbito territorial de conformidad con el derecho consuetudinario. La norma impone como límite el respeto a los derechos fundamentales de la persona. Además, prevé que será la ley la que establezca las formas de coordinación de dicha jurisdicción especial con los Juzgados de Paz y con las demás instancias del Poder Judicial.

El Convenio N° 169 de la OIT fue aprobado por el Perú con la Resolución Legislativa N° 26253, de fecha 5 de diciembre de 1993, fue ratificado el 17 de enero de 1994, depositado el 2 de febrero de 1994 y entró en vigor el 2 de febrero de 1995.

Al analizar el artículo 149 de la Constitución peruana, BAZÁN CERDÁN, dice que:

“De la norma constitucional glosada, se pueden desprender los siguientes elementos centrales para la configuración de la jurisdicción especial indígena:

1. El reconocimiento de funciones jurisdiccionales a las autoridades de las Comunidades Campesinas y Nativas, con el apoyo de las rondas campesinas.
2. La potestad de dichas autoridades de ejercer tales funciones en su ámbito territorial.
3. La potestad de dichas autoridades para aplicar su derecho consuetudinario.
4. La sujeción de dicha jurisdicción al respeto de los derechos fundamentales.
5. La competencia del Poder Legislativo para señalar las formas de coordinación de la jurisdicción especial indígena con el sistema judicial nacional.

Los tres primeros elementos conforman el núcleo de autonomía otorgado a las Comunidades Campesinas y Nativas, léase pueblos indígenas.

Los dos últimos elementos constituyen los mecanismos de integración de los ordenamientos jurídicos indígenas con el contexto del ordenamiento jurídico nacional”³⁶⁷.

³⁶⁷ BAZÁN CERDÁN: Jorge Fernando: *La Jurisdicción Especial Indígena en la Constitución Política del Perú (1993)*. En: (Página Web en línea) <http://www.alipso.com/monografias2/>

Otro punto al que aludiremos, concierne a cómo entender las Rondas Campesinas autónomas en el Perú. Para este fin resulta importante citar las siguientes autodenominaciones vigentes:

- 1) En estancias o caseríos donde no hay comunidades campesinas así reconocidas, las Rondas Campesinas tienen el carácter de autoridad comunal y constituyen la forma de organización comunal para el gobierno local, la administración de justicia, el desarrollo local, la representación y la interlocución con el Estado (funciones que cumplen las comunidades campesinas);
- 2) Donde hay comunidades campesinas o nativas, las Rondas Campesinas vienen a ser el órgano de seguridad y justicia de las mismas (existiendo comunidades campesinas y comunidades nativas que no tienen rondas); y
- 3) En el nivel zonal, distrital o provincial, las Rondas Campesinas se conciben como instancias u organizaciones supra-comunales para atender problemas de justicia y organización. No se encuentran de esta categoría los Comités de Autodefensa³⁶⁸.

La legislación que regula la figura de las Rondas Campesinas y desarrolló el artículo 149 de la Constitución es la Ley de Rondas Campesinas N° 27908³⁶⁹ y su Reglamento D.S. N° 025 -2003 -JUS³⁷⁰, modificado por el D.S. N° 012-2008-JUS³⁷¹. El artículo 1 de la Ley de Rondas Campesinas reconoce la personalidad jurídica de estos entes, como forma autónoma y democrática de organización comunal.

LA_JURISDICCION_ESPECIAL_INDIGENA_EN_LA_CONSTITUCION_POLITICA_DEL_PERU_(1993)/index.php

³⁶⁸ YRIGOYEN FAJARDO, Raquel: "Rondas Campesinas y Desafíos del Pluralismo Legal en el Perú". En: (Página Web en línea) <http://www.jus.unitn.it/cardoza/Review/2008/Fajardo.pdf>, p. 10.

³⁶⁹ Publicada en el Diario Oficial, de fecha 7/01/2002.

³⁷⁰ Publicada en el Diario Oficial, de fecha 30/12/2003.

³⁷¹ Publicada en el Diario Oficial, de fecha 10/08/2008.

El artículo 8 de la misma Ley, prevé que para el ejercicio de sus funciones las Rondas Campesinas coordinan en el marco de la legislación nacional con las autoridades políticas, policiales, municipales, representantes de la Defensoría del Pueblo y otras de la Administración Pública. En los mismos términos, pueden instaurar coordinaciones con las organizaciones sociales rurales y entidades privadas dentro de su ámbito local, regional o nacional. Igualmente, el artículo 9 establece que las autoridades de la jurisdicción ordinaria entablarán relaciones de coordinación con los dirigentes de las Rondas Campesinas respetando las autonomías institucionales propias. Esta última norma además contempla que los dirigentes de dichas Rondas pueden requerir el apoyo de la fuerza pública y demás autoridades del Estado peruano.

El Reglamento de la Ley de Rondas Campesinas en su artículo 2 define a estos entes, como organizaciones sociales integradas por pobladores rurales por una parte y las conformadas por miembros de las comunidades campesinas, dentro del ámbito rural, por otra. Asimismo determina la disposición que, son Rondas Comunales las organizaciones sociales integradas por miembros de las Comunidades Nativas. Las finalidades de las Rondas Campesinas o Nativas, contempladas en el artículo 3 del mismo Reglamento, son: a) coadyuvar en el desarrollo, la seguridad, la moral, la justicia y la paz social dentro de su ámbito territorial, sin discriminación de ninguna índole, conforme a la Constitución y a las leyes; b) colaborar en la solución de conflictos y realizar funciones de conciliación extrajudicial; y c) las Rondas conformadas en el interior de las Comunidades Campesinas o Nativas, colaboran con éstas en el desempeño de sus funciones jurisdiccionales.

Finalmente, resaltaremos el artículo 4 del Reglamento antes citado, que determina que los integrantes de las Rondas Campesinas o Rondas Comunales, en el cumplimiento de sus deberes y funciones y en el ejercicio del derecho consuetudinario, disfrutan del respeto de su cultura y

sus costumbres, por parte de la autoridad y de la sociedad, siempre que no sean contrarias a los derechos inalienables de las personas consagrados en la Declaración Universal de los Derechos Humanos, en el Convenio OIT 169, en la Constitución Política y las leyes.

La Corte Suprema de la República del Perú ha reconocido la potestad de administrar justicia que tienen las Rondas Campesinas. En este sentido, haremos mención a la Sentencia 9758-04, de fecha 9 de junio de 2004, que absuelve a unos ronderos por haber detenido a unos delincuentes. La Corte dictaminó que no se había verificado un delito de privación de libertad porque la actuación de los ronderos “...se encuentra normada y regulada por el artículo 149º de la Constitución Política del Perú”³⁷².

Por su parte el Tribunal Constitucional del Perú, en su Sentencia de fecha 19 de febrero de 2009, reconoció el rango constitucional del Convenio N°169 OIT y además consagró que una de las manifestaciones de la autonomía de los pueblos indígenas está representada en el ejercicio de la función jurisdiccional, siempre que no se vulneren los derechos fundamentales y se ejecute en determinado ámbito territorial³⁷³.

2.5 Venezuela

La Constitución Federal de Venezuela de 1811 en el artículo 200 reconoció la ciudadanía a los “naturales”, en base a los principios de justicia e igualdad. Fue así que se instó a los gobiernos provinciales a la integración de los ciudadanos indígenas, para sacarlos del abatimiento y

³⁷² Sentencia 9758-04. Corte Suprema de Justicia de la República del Perú, Expediente N° 975-04, Recurso de Nulidad, San Martín, de fecha 9/06/2004.

³⁷³ Tribunal Constitucional del Perú, Expediente N° 03343-2007-PA/TC, de fecha 19/02/2009.

rusticidad en la que los mantuvo el antiguo régimen. El artículo 201 *ejusdem* le otorgó la mayoría de edad al indio, desaplicándose la minoría de edad, como privilegio mal entendido. No obstante, a pesar de estos beneficios, esta Constitución fue etnocéntrica y no consagró explícitamente las particularidades culturales de estos pueblos. Esta Carta Magna determinó la igualdad civil y social de todos los ciudadanos, eliminándose los fueros especiales. Además, se ha de señalar que el preámbulo del Texto, estableció al catolicismo como religión oficial del Estado, con lo cual se restringió de cierta manera las prácticas religiosas de las etnias indígenas³⁷⁴.

Luego se promulgó la Constitución de 1819, que con una tendencia centralista y un marcado poder ejecutivo, no tomó en consideración la participación del indígena en la administración pública. Destaca que, a pesar de estar consagrada la igualdad social en su redacción, el fuero eclesiástico se estableció expresamente. Seguidamente, la Constitución de 1830, posterior a la separación de la Gran Colombia, acentuó la autonomía de las provincias. Como dato interesante, se debe decir que en 1834 se reconoció la libertad de culto. Vino entonces la Constitución de la República de Venezuela de 1858, que en su artículo 4 determinó que los territorios despoblados que fueron destinados a las colonias, así como los habitados por tribus indígenas, no podrían ser separados de las provincias a las que pertenezcan por los congresos constitucionales, ni ser administrados por leyes especiales.

Luego de la Guerra Federal, en 1864 se dictó la Constitución de los Estados Unidos de Venezuela, en donde el artículo 43.22 por primera vez hizo alusión al territorio indígena. Esta Constitución decretó la existencia temporal de regiones despobladas o habitadas por indígenas no civilizados, denominados como territorios en régimen especial. Dichos

³⁷⁴ COLMENARES, Ricardo: *Los Derechos de los Pueblos Indígenas en la Constitución de Venezuela de 1999...* op. cit., pp. 54 - 55.

territorios serían inminentemente dependientes del Ejecutivo de la Unión³⁷⁵.

Seguidamente, el artículo 34 de la Constitución venezolana de 1909, excluyó de la base de datos del censo para las elecciones, a la población que viviera en estado salvaje. El artículo 80 de esta Carta Magna enumeró dentro de las facultades otorgadas expresamente al Presidente de la República, la posibilidad de contratar a misioneros para civilizar a los indígenas. En 1947 se promulgó una nueva y revolucionaria Constitución, en la que por primera vez son consideradas las particularidades culturales y las condiciones económicas de los indígenas de ese país. El artículo 72 de esta Constitución prescribió la elaboración de una legislación especial que regulara esta materia. Se critica a este Texto que insistió en una tendencia integracionista, que buscaba la asimilación forzada del indígena al contexto nacional.

Fue bajo los antecedentes descritos que se promulgó en 1961 la Constitución que antecede a la que se encuentra vigente actualmente. El artículo 77 de esta Carta Magna instauró un régimen de excepción para los indígenas, que pretendió protegerlos y buscar su inclusión paulatina en la realidad del resto del país. Se le reprochó a esta disposición la equiparación que hizo el legislador del ciudadano indígena y el ciudadano campesino, al no valorar las características culturales específicas de las etnias autóctonas del país³⁷⁶.

Finalmente, llegó la Constitución de 1999 que en su Preámbulo consagró la condición multiétnica y pluricultural de ese país. Así pues, el artículo 119 de este Texto reconoció las costumbres de los treinta y cinco pueblos indígenas venezolanos y el artículo 260 consagró el ejercicio de su jurisdicción especial. En este orden, fue que en el año 2002 Venezuela

³⁷⁵ *Ibíd.*, p. 55.

³⁷⁶ *Ibíd.*, pp. 57 -58.

ratificó el Convenio N° 169 de la OIT y en el año 2005 promulgó la Ley Orgánica de Pueblos y Comunidades Indígenas (LOPCI).

El artículo 130 de la LOPCI desarrolló los preceptos constitucionales, reconociendo el Derecho propio de los pueblos originarios venezolanos, estipulando su potestad para aplicar instancias de justicia dentro de su hábitat y tierras. Pero tal reconocimiento se hizo con ciertas exigencias:

- 1) El ejercicio de esta potestad corresponde a las autoridades legítimas indígenas.
- 2) Este Derecho sólo podrá afectar a integrantes de las comunidades indígenas.
- 3) Esa potestad deberá ajustarse a la cultura y necesidades sociales de estos pueblos.
- 4) No podrán contradecirse los preceptos sobre derechos humanos contenidos en la Constitución venezolana, los tratados, pactos y convenciones suscritos y ratificados por la República, interculturalmente interpretados y con lo previsto en la LOPCI.

Lo primero que determinaremos es que la aplicación del artículo 7 del Código Civil venezolano en los asuntos y controversias que involucren a indígenas, perdió vigencia por mandato constitucional. En consecuencia, estos ciudadanos podrán alegar la inobservancia de las leyes en los casos que resulten aplicables sus costumbres ancestrales, cuando éstas no violen disposiciones que consagren derechos fundamentales vigentes en

este país³⁷⁷. Por consiguiente, las costumbres y usos indígenas son fuentes directas de Derecho en los sistemas jurídicos de estos pueblos, según se desprende de la Constitución y la LOPCI.

Los artículos 131,132 y 133 de la LOPCI, así como, el artículo 550 de la Ley Orgánica para la Protección del Niño y del Adolescente (1998), estipulan aspectos relativos a la aplicación y ejercicio del *ius* y foro indígena en Venezuela. El artículo 132 de la LOPCI es una normativa que tiene naturaleza procesal y establece que a las autoridades legítimas y tradicionales les corresponde la aplicación de mecanismos de justicia. Igualmente, determina que esta instancia de justicia se realizará conforme al derecho autóctono y siguiendo los procedimientos tradicionales (regla procesal "*forum regit processum*"), sin contrariar la ley y el orden público. Asimismo, consagra que la administración de justicia impartida por estas autoridades, sólo está dirigida a los *integrantes* del pueblo o comunidad indígena en cuestión. Por último, deja asentado que la jurisdicción especial indígena se ejercerá dentro del hábitat y tierras de estos pueblos.

Por su parte, el artículo 133 de la LOPCI establece cuatro criterios para determinar la competencia interna, aplicables a la jurisdicción especial indígena, tales son:

- 1) Competencia territorial;
- 2) Competencia extraterritorial;
- 3) Competencia material; y
- 4) Competencia personal.

³⁷⁷ Recomendamos la consulta de: Sentencia N° 1682 del Tribunal Supremo de Justicia de Venezuela, Sala Constitucional, recurso de interpretación. Magistrado ponente: Jesús E. Cabrera Romero, de fecha 15/07/2005.

Es importante señalar que, en el caso de la jurisdicción especial indígena en el sistema jurídico venezolano, consideramos que las autoridades legítimas indígenas y, si es el caso, el Tribunal Supremo de Justicia de este país, deberían establecer, en primer lugar, si esta jurisdicción especial tiene la potestad para conocer de la controversia en la que esté involucrado un integrante de un pueblo indígena y, en segundo lugar, determinar su competencia. Los criterios de competencia contenidos en este artículo, no deberían ser confundidos con criterios atributivos de jurisdicción especial indígena, como si lo es, en nuestro criterio, el territorio y la pertenencia a una etnia (*supra* p. 109).

El artículo 550 de la Ley Orgánica para la Protección del Niño y del Adolescente determina que cuando los jóvenes indígenas estén incurso en procesos penales, las máximas autoridades de sus etnias deberán ser escuchadas, siempre que sea posible su comparecencia. Dada la sensibilidad y el interés público de la materia, no se les otorgó potestad a estas autoridades indígenas, para conocer de este tipo de incidencias; sin embargo, con esta regulación el legislador patrio nuevamente manifestó la pluralidad legislativa existente en el sistema jurídico venezolano.

Posteriormente, con la entrada en vigor de la Ley del Sistema de Justicia en el año 2009³⁷⁸, el desarrollo legislativo sobre este tema dio otro paso en Venezuela. Los artículos 7.1, 10. 6 y 10.12, así como, la disposición final tercera de esta Ley, reconocen y fomentan el conocimiento de las formas de organización política de los pueblos indígenas y la potestad de administrar justicia que tienen estos grupos humanos. El artículo 20 de la misma Ley, determina que el Sistema de Justicia promoverá los medios alternativos para la solución de conflictos

³⁷⁸ Publicada en Gaceta Oficial N° 39. 276, de fecha 1/10/2009. Consultar la Sentencia N° 1172 del Tribunal Supremo de Justicia de Venezuela, Sala Constitucional. Magistrado ponente: Luisa Estella Morales Lamuño, de fecha 12/08/09. Esta decisión determinó que la Ley de Sistema de Justicia no tiene el carácter orgánico atribuido por la Asamblea Nacional venezolana al momento de su promulgación.

mediante el régimen especial indígena, siempre que no sean contrarios a la Constitución de la República, a la ley y sus reglamentos.

El artículo 21 de la Ley del Sistema de Justicia, define un denominado “régimen especial indígena”, señalando expresamente que: “consiste en la potestad que tienen los pueblos y comunidades indígenas, a través de sus autoridades legítimas, de adoptar decisiones de acuerdo con su derecho y conforme a los procedimientos tradicionales, para solucionar de forma autónoma y definitiva las controversias que se susciten entre sus integrantes, dentro de su hábitat y tierras, siempre que no sean contrarios a la Constitución de la República, a la ley y sus reglamentos”. Consideramos que esta disposición con el término “régimen especial indígena”, diseña un concepto global que interrelaciona el Derecho propio y la jurisdicción especial indígena, garantizando la autonomía que tienen sus autoridades legítimas al administrar justicia.

Por último haremos mención al Proyecto de Ley de Coordinación de la Jurisdicción Especial Indígena con el Sistema de Justicia, cuya elaboración ha generado diversas expectativas encaminadas a la consolidación de la concepción de esta particular jurisdicción en el sistema jurídico venezolano. Observamos como el artículo 6 de este Proyecto define la potestad jurisdiccional de las autoridades legítimas de estos pueblos, el artículo 7 consagra el respeto a las instancias y autoridades indígenas, el artículo 8 prevé el carácter de cosa juzgada de las decisiones de esta jurisdicción y el artículo 9 hace referencia a la declinatoria de competencia, que ya abordaremos con detenimiento en la parte final de este estudio.

En cuanto al desarrollo jurisprudencial venezolano relacionado a este tema, afirmaremos que no se ha presentado tan pujante como en la experiencia colombiana. A pesar de esto se han verificado interesantes esfuerzos por parte de los operadores jurídicos de ese país, por garantizar

el respeto al imperio y autonomía de tales autoridades. Citaremos la Decisión N° 296, de la Corte de Apelaciones N° 2 del Circuito Penal del Estado Zulia, de fecha 16/07/03³⁷⁹, que constituye uno de los ejemplos en los que el sistema judicial venezolano ha reconocido las potestades de los palabreros (*pütchipuü*), dentro de la etnia indígena Wayúu.

En el citado fallo, se declara con lugar el recurso de apelación contra la Decisión N° 302 -03, dictada por el Juzgado Cuarto de Primera Instancia en funciones de Control del Circuito Judicial Penal del Estado Zulia, que declaraba inadmisibles una acción civil para la restitución, reparación e indemnización de los daños y perjuicios causados por delito³⁸⁰. La demanda civil en cuestión no había sido admitida por el Tribunal de Primera Instancia por no haberse demostrado, correctamente, la cualidad de única heredera de una víctima fatal de un accidente de tránsito, que alegaba la parte demandante. Tanto la víctima como la parte actora pertenecían a la etnia Wayúu. Así pues, al no reconocérsele el carácter de heredera a la parte demandante, ésta carecía de cualidad para interponer la respectiva demanda civil.

Ahora bien, en autos constaba que la parte demandante había empleado, como medio para probar su condición de única heredera, un documento suscrito por un palabrero (*pütchipuü*), en el que esta autoridad indígena daba fe del parentesco de la parte demandante y la víctima del accidente de tránsito. En este sentido, la Corte de Apelaciones N° 2 del Circuito Penal del Estado Zulia, dio valor probatorio al testimonio del *pütchipuü*, reconociendo su carácter de autoridad legítima, consagrado en el artículo 260 de la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela. Así pues, esta Corte declaró con lugar el recurso de apelación

³⁷⁹ Corte de Apelaciones N° 2 del Circuito Penal del Estado Zulia. Juez de Apelaciones: Gladys Mejía Zambrano, Decisión N° 296, de fecha 16/07/03.

³⁸⁰ Artículo 49 del Código Orgánico Procesal Penal de Venezuela. Publicado en Gaceta Oficial de la República Bolivariana de Venezuela N° 5.208, de fecha 23/01/1998.

y, en consecuencia, se admitió la demanda civil interpuesta por la parte actora.

Otro ejemplo es el auto del Tribunal Penal de Control Sección Adolescentes del Circuito Judicial Penal del Estado Amazonas de la República Bolivariana de Venezuela, que reconoció la jurisdicción especial indígena consagrada en la legislación de ese país. Este Tribunal el 23 de mayo de 2007, escuchó con auxilio de un traductor según lo establecido en la ley, a un menor de edad perteneciente a una etnia indígena del estado Amazonas, imputado por delitos contra las personas, así como a las agraviadas. Fue así que dictó un auto declinando su competencia a favor de la jurisdicción especial indígena, en los siguientes términos:

“...El tribunal fundamenta su decisión, en que los hechos ocurrieron en su comunidad de origen y la lesión producida a las víctimas no encuadra dentro de los delitos que pueden ser competencia de éste tribunal de control; también se observa que es un gasto excesivo para el Estado Venezolano trasladar a unos indígenas lejos de su comunidad por un hecho que pudo haber sido ventilado ante sus autoridades legítimas o de un juez de paz. El tribunal tomó su decisión basándose en los principios de justicia y equidad que debe existir en toda decisión judicial, conforme lo establecido en los artículos 119 de la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela y 130 y 133 ordinales 3 y 4 de la Ley Orgánica de Pueblos y Comunidades indígenas. El tribunal no anuló las actuaciones policiales, según lo solicitado por la defensa pública penal, debido a que no se ha violentado ninguna norma o derecho constitucional, convenio tratado o acuerdo internacional, tampoco ningún requisitos exigidos en cuanto a la intervención asistencia y representación del imputado. Si bien es cierto que estuvo detenido a la orden de los organismos policiales más de las cuarenta y ocho (48) horas

que establece el artículo 44 de la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela, también es cierto que hay que tomar en cuenta la situación geográfica de Venezuela y en especial del Estado Amazonas, donde por ser un territorio selvático, se presentan muchos inconvenientes para asegurar el pronto traslado de los imputados al Circuito Judicial Penal del Estado Amazonas, ubicado en la capital de Puerto Ayacucho, y así se declara”³⁸¹.

Encontramos en este auto un intento por parte del operador jurídico de reconocer las funciones y potestades jurisdiccionales que tienen las autoridades legítimas indígenas para juzgar según sus costumbres, los agravios perpetrados por sus integrantes de su comunidad. No obstante, a nuestro juicio, en el sustento jurídico de esta decisión se cometió un error cuando seguidamente se afirmó:

“TERCERO: Por cuanto no ha sido creada la jurisdicción especial indígena y a los fines de evitar la impunidad en la ley y que la colectividad se haga justicia por si mismo, Se Acuerda Remitir copia certificada de las presentes actuaciones al capitán de la comunidad de San Juan Viejo, ubicada en el Municipio Manapiare del Estado Amazonas, para que el asunto sea decidido según los usos y costumbre de la comunidad indígena. CUARTO: Notifíquese de la presente decisión al Fiscal Quinto del Ministerio Público y al defensor público cuarto penal, y así declara”³⁸².

³⁸¹ Tribunal Penal de Control sección de Adolescentes del Circuito Penal del Estado Amazonas, Puerto Ayacucho. Jueza de Control: Rossana Foresto de Ventura, Asunto Principal: XP01-D-2007-000043, Asunto: XP01-D-2007-000043, de fecha 23/05/2007.

³⁸² *Ibíd.*

Cabe cotejar la sentencia antes citada y el dictamen del Juzgado Segundo de Primera Instancia en lo Civil, Mercantil, Agrario y Transito de la Circunscripción Judicial del Estado Anzoátegui - Venezuela, de fecha 22 de abril de 2008, en el que el tribunal ordinario declinó su jurisdicción a favor de la jurisdicción de un cacique indígena (*supra* pp.178 -180). Consideramos que es inexacta la aseveración que realiza el operador jurídico en el extracto de sentencia expuesto en esta oportunidad, al pronunciarse sobre la falta de creación de la jurisdicción especial indígena en Venezuela.

La legislación de ese país ha desarrollado y reconocido exhaustivamente esta particular jurisdicción. Debe entenderse que, su existencia no depende de la construcción de una infraestructura que integre la estructura del Poder Judicial nacional. Consideramos pues, que las autoridades legítimas de las treinta y cinco etnias indígenas venezolanas ya existen, y de ser necesario, ejercen sus potestades jurisdiccionales. No descartamos sin embargo, la eficacia práctica que podría tener en ese país, la implementación de un proyecto que busca organizar las autoridades indígenas en circuitos judiciales³⁸³.

³⁸³ Una propuesta de creación de circuitos judiciales indígenas en Venezuela se presentó en el Taller desarrollado ante la Delegación de la Unión Europea de Comisión en ese país, de fecha 14/08/ 2007. En (Página Web en línea) <http://www.delven.ec.europa.eu/es/UltimasNoticias/Sinopsistaller14agIndig.htm> (Fecha de consulta 27 de enero de 2009)

CAPÍTULO VI

LÍMITES JURÍDICOS AL EJERCICIO DE LA JURISDICCIÓN ESPECIAL INDÍGENA



CAPÍTULO VI

LÍMITES JURÍDICOS AL EJERCICIO DE LA

JURISDICCIÓN ESPECIAL INDÍGENA

1. Los derechos humanos

El artículo 8. 2 del Convenio 169 de la OIT, estipula que será el respeto a los derechos fundamentales, consagrados en el orden interno y, a los derechos humanos internacionalmente concebidos, el límite que tendrá el ejercicio de la jurisdicción especial indígena en los Estados que hayan ratificado esta Convención. Como hemos mencionado a lo largo de este trabajo, las legislaciones internas de los Estados latinoamericanos que han reconocido en sus Constituciones nacionales, el ejercicio de la jurisdicción especial indígena, también han hecho lo propio.

A continuación haremos una caracterización de los derechos humanos, que nos permitirá fijar el alcance de esta acepción tanto en el plano nacional como internacional.

1.1 Antecedentes

En la Inglaterra del siglo XVII tienen lugar tres hechos trascendentales que son antecedentes obligatorios en este tema:

- 1) La Petición de Derechos (1628), que salvaguardaba los derechos personales y patrimoniales. Ésta fue presentada por el Parlamento y aprobada a la fuerza por el rey Carlos I, pero a consecuencia del

posterior irrespeto del Instrumento por parte del monarca, se originó la Revolución Inglesa, finalmente desencadenó con la victoria parlamentaria y la decapitación de Carlos I en 1649.

- 2) El Acta de Habeas Corpus (1679), que prohibía las detenciones sin orden judicial. La redactaron los miembros del Parlamento durante el reinado de Carlos II, para protegerse de prácticas entonces corrientes que vulneraban los derechos de los acusados y de los presos.
- 3) La Declaración de Derechos (*Bill of Right*, 1689), que vino a consolidar y a garantizar los derechos adoptados en los Textos anteriores. Fue impuesta por el Parlamento, como condición previa a la coronación de la reina María II Estuardo y a su esposo Guillermo de Orange. Esta se considera el primer contrato celebrado entre los soberanos y el pueblo, también soberano³⁸⁴.

Ahora bien, las primeras declaraciones realmente categóricas se produjeron en las colonias inglesas de Norteamérica, inducidas por sus conflictos con la corona inglesa. El 12 de junio de 1776 Virginia proclamó su Declaración de Derecho; el 4 de julio de 1776 tiene lugar la Declaración de Independencia de los Estados Unidos; y durante ese año, así como los posteriores, las trece colonias de la inicial Confederación hacen también declaraciones de derechos parecidas a la de Virginia. Sin embargo, el contenido de la Declaración de Independencia fue una enumeración de las competencias de los estados independizados y sus relaciones federales, pero no constituyó una declaración de derechos de las personas. Es en el año 1791, con las diez primeras enmiendas, cuando se determinó que el

³⁸⁴ PEACES - BARBA MARTÍNEZ, Gregorio: *Curso de Derechos Fundamentales. Teoría General*. Universidad Carlos III de Madrid. Boletín Oficial del Estado. Madrid, 1995, p. 147; e "Historia de los Derechos Humanos". En: *Amnistía Internacional* (Página Web en línea) <http://www.amnistia.catalunya.org/edu/es/historia/inf-s18.html>

Se debe tener presente que, la Revolución inglesa es la etapa de la historia del Reino Unido que transcurre de 1642 a 1689. Va desde el fin del reinado de Carlos I de Inglaterra, pasando por la República y el Protectorado de Oliver Cromwell, para culminar con la Revolución Gloriosa, que depone a Jacobo II.

Congreso no puede limitar determinados derechos individuales (como la libertad de expresión, de culto religioso, a no padecer castigos crueles, tener garantizados procesos justos, rápidos y con un jurado imparcial, entre otros).

Luego, durante el desarrollo de la Revolución Francesa, se proclamó en París la Declaración de los Derechos del Hombre y el Ciudadano en 1789. Esta Declaración concedió a los individuos, como en el caso de las diez primeras enmiendas americanas, algunos derechos con plena vigencia en la actualidad: la presunción de inocencia, la libertad de opinión y de religión, la libertad de expresión y el derecho a la propiedad. De la misma forma, consagró principios fundamentales de orden político: el derecho a la resistencia contra la opresión, el sistema de gobierno representativo, la primacía de la ley y la separación de poderes.

Tanto la Declaración americana como la francesa representaron un antes y un después en la historia de los derechos humanos. Al margen de las diferencias de ambos Instrumentos, por vez primera los derechos del individuo fueron proclamados de forma concreta. Estas Declaraciones sin duda alguna vinieron a ser la referencia por la que se guiaron otros países para diseñar sus reformas y las distintas iniciativas en materia de derechos humanos que aparecieron posteriormente. La inspiración de estos Instrumentos, en el siglo XVII en Inglaterra, se encontró en las ideas de Thomas Hobbes y John Locke. Durante el siglo XVIII en Francia, fue decisiva la Ilustración, con la Enciclopedia como medio idóneo de difusión de las nuevas ideas, entre las que destacan las de Charles Montesquieu, Jean-Jacques Rousseau y Voltaire³⁸⁵.

Desde el punto de vista de la internacionalización de los derechos fundamentales, debemos ubicarnos en la Primera Guerra Mundial (1914-

³⁸⁵ "Historia de los Derechos Humanos". En: *Amnistía Internacional...op .cit.*, <http://www.amnistia.catalunya.org/edu/es/historia/inf-s18.html>

1918), que se inició como consecuencia de los proyectos expansionistas y colonialistas de los países implicados. Una vez finalizada esta guerra se creó la Sociedad de Naciones, con el objetivo de fomentar una política mundial de desarme y seguridad colectiva. Ésta instauró, en caso de conflicto, la obligatoriedad el recurso al arbitraje para los países miembros, interviniendo en distintos contenciosos. Pero, después de 1935 la Sociedad de Naciones no fue considerada como obstáculo para los proyectos expansionistas de Alemania, Italia (que había ignorado las reprobaciones de la Sociedad a raíz de la invasión de Abisinia) y Japón (que también había ignorado la orden de retirarse de la Manchuria China).

Además de su labor de arbitraje, la Sociedad de Naciones destacó por la creación de la Corte Permanente de Justicia Internacional, en 1921 (el precedente del actual Tribunal Penal Internacional de la Haya, establecido en 1998), la firma del Convenio Internacional para la Supresión de la Esclavitud (firmado en 1926 y completado y ratificado por las Naciones Unidas en 1956) y la creación de la Organización Internacional del Trabajo, en cuyo seno se adoptó el Convenio N° 169, en 1989.

En 1939, con la invasión de Polonia por las tropas de Hitler, empezó la Segunda Guerra Mundial. Este conflicto armado terminó en 1945 y, específicamente, el 26 de junio de ese año, se fundó oficialmente la Organización de las Naciones Unidas mediante la firma de la Carta de las Naciones Unidas, por parte de 51 estados, en San Francisco. Este Instrumento entró en vigor el 24 de octubre de 1945 y fue en esta fecha que se verificó la internacionalización de los derechos humanos³⁸⁶. Las Naciones Unidas sustituyeron a la Sociedad de Naciones, en vista del fracaso de esta última en sus propósitos preventivos, siendo incapaz de evitar el estallido de la Segunda Guerra Mundial.

³⁸⁶ GÓMEZ ISA, Felipe: "La Protección Internacional de los Derechos Humanos". En: *La Protección Internacional de los Derechos Humanos en los Albores del siglo XXI*. Director Felipe Gómez Isa. Universidad de Deusto. Bilbao, 2003, p. 24; y DíEZ - PICAZO, Luis María: *Sistema de Derechos Fundamentales*. Civitas. Madrid, 2004, p. 30.

Uno de los primeros trabajos de las Naciones Unidas fue la elaboración de la Declaración Universal de los Derechos Humanos. La redacción de este Texto estuvo sujeta a arduas discusiones, dadas las posiciones discordantes de las distintas naciones en cuanto a su contenido, lográndose su aprobación el 10 de diciembre de 1948. Con la aprobación de la Declaración Universal la humanidad se blindó con un documento marco para la convivencia entre los seres humanos, con el objetivo de que estos derechos llegaran a formar parte del derecho positivo de todas las naciones. Pasados los años, la Declaración Universal, que no tiene carácter vinculante, se ha ido completando con otros documentos de las Naciones Unidas: convenios, convenciones y pactos, estos sí vinculantes, que van desarrollando, y en algunos casos ampliando, los contenidos de la Declaración Universal³⁸⁷.

1.2 Caracterización de los derechos humanos

Parte de la doctrina ha determinado que, la significación heterogénea de la expresión “derechos humanos”, tanto desde la perspectiva teórica como práctica, ha favorecido a hacer de esta acepción un concepto un paradigma de equívocidad³⁸⁸.

Al utilizar la expresión "derechos humanos", existe un acuerdo generalizado a que se hace referencia al conjunto de derechos que corresponden a todas las personas, sin ningún tipo de excepción, sólo por el hecho de pertenecer a la gran familia humana. Dicha concepción es la

³⁸⁷ “Historia de los Derechos Humanos”... op. cit., (Página Web en línea) <http://www.amnistiacatalunya.org/edu/es/historia/inf-s18.html>

³⁸⁸ PÉREZ LUÑO, Antonio Enrique: *Derechos Humanos, Estado de Derecho y Constitución*. 9 ed. Tecnos. Madrid, 2005, p. 27.

recogida en el primer artículo de la Declaración de los Derechos Humanos de las Naciones Unidas³⁸⁹.

PÉREZ LUÑO distingue tres tipos de definiciones de los derechos humanos:

- a) Tautológicas, las cuales no dan nuevos elementos que permitan caracterizar estos derechos. Se da como ejemplo, “los derechos del hombre son los que le corresponden al hombre por el hecho de ser hombre”.
- b) Formales, que son las que no fijan el contenido de estos derechos, restringiéndose a alguna indicación sobre el estatuto deseado o propuesto. Como muestra se presenta la siguiente, “los derechos del hombre son aquellos que pertenecen o deben pertenecer a todos los hombres, y de los que ningún hombre puede ser privado”.
- c) Teleológicas, donde se invocan ciertos valores últimos, susceptibles de diversas interpretaciones: “Los derechos del hombre son aquellos imprescindibles para el perfeccionamiento de la persona humana, para el progreso social, o para el desarrollo de la civilización [...]”³⁹⁰.

Con relación a estas definiciones, dice seguidamente el mismo autor:

“Es evidente que sobre idas tales como la del perfeccionamiento de la persona humana, el progreso social, o el desarrollo de la civilización, existen las más diversas y controvertidas opiniones que dependen de la perspectiva ideológica desde la que las interprete. De ahí que, si puede existir un acuerdo inicial sobre la

³⁸⁹ “Los Derechos Humanos. Teorías y Definiciones”. En: *Amnistía Internacional* (Página Web en línea) <http://www.amnistiacatalunya.org/edu/2/dh/dh-der-defin1-cast.html>

³⁹⁰ PÉREZ LUÑO, Antonio Enrique: *Derechos Humanos, Estado de Derecho y Constitución...* op. cit., p. 27.

fórmula general de estas definiciones, tal acuerdo se desvanece en cuanto es preciso concretar el sentido de los valores a los que se remiten, o en cuanto se pasa de su enunciado verbal a su aplicación. Por ello, en lo que respecta a su resultado, esta definición es tan vaga como las precedentes. En todo caso, ninguna de ellas permite elaborar una noción de los derechos humanos con límites precisos y significativos”³⁹¹.

Por otra parte, resulta importante distinguir los términos derechos humanos y derechos fundamentales. Así pues, no todos los derechos humanos ostentan el reconocimiento de derechos fundamentales por los distintos ordenamientos jurídicos, ni todos los derechos fundamentales tienen necesariamente la categoría de derechos humanos. Los derechos fundamentales son aquellos derechos humanos positivizados en la Constitución del Estado, los mismos están consagrados en el derecho interno. De allí que, la fórmula derechos humanos usualmente se maneja en el ámbito de las declaraciones y las convenciones internacionales³⁹².

Se dice que hay dos posibles nociones de los derechos fundamentales, no necesariamente discordantes entre sí. Desde una perspectiva formal, se coloca el acento en que la máxima fortaleza jurídica de los derechos se produce cuando son declaración a nivel constitucional y, asimismo, existen vías para la aplicación jurisdiccional de la constitución. Desde un punto vista material, se ha hecho hincapié en que regímenes jurídicos diferentes forzosamente no ofrecen realidades distintas; recordando además, que los países jurídicamente más refinados no son siempre y necesariamente los más efectivos en la protección de los

³⁹¹ *Ibid.*, p. 27.

³⁹² ESCALONA MARTÍNEZ, Gaspar: “La Naturaleza de los Derechos Humanos”. En: *Pasado, Presente y Futuro de los Derechos Humanos*. Yolanda Gómez Sánchez coord. Comisión Nacional de los Derechos Humanos. Universidad Nacional de Educación a Distancia. México, 2004, p. 144.

derechos, pues entran en juego otros factores (políticos, culturales, organizativos, etc.)³⁹³.

Ciñéndonos a la noción de derechos humanos, consideramos trascendental abordar lo relativo a su “inalienabilidad”. El sentido etimológico el mencionado vocablo concuerda con el que se le ha dado en el lenguaje jurídico y, específicamente, en el ámbito del Derecho administrativo, donde tienen una consolidada tradición. La inalienabilidad ha constituido una de las notas característica de los bienes de dominio público, concibiéndose que mientras tales bienes sigan perteneciendo a dicho dominio, no pueden ser enajenados por la Administración. El término “enajenar”, en su sentido más estricto, significa “pasar o transmitir a otro el dominio de una cosa o algún derecho sobre ella”. No obstante, en otro sentido más extenso, enajenar es sinónimo de disponer: ejercer sobre un bien las facultades propias del dominio, que se concretan en los actos de disposición. En consecuencia, una cosa es inalienable, cuando su propietario no está autorizado a realizar sobre ellas actos de disposición³⁹⁴.

Partiendo de la consideración antes expuesta, se entiende que la inalienabilidad relacionada a los derechos humanos, será aquella cualidad de un derecho virtual de la cual su titular no puede realizar sobre él ningún tipo de actos de disposición. Esto es tanto como afirmar que, en virtud de la inalienabilidad el titular del derecho no puede hacer imposible el ejercicio del derecho, sea física o jurídicamente, parcial o totalmente, temporal o definitivamente³⁹⁵.

Ahora bien, se ha sostenido que la inalienabilidad de los derechos humanos tiene una fundamentación filosófico - jurídica basada en la dignidad humana. El vocablo “dignidad” en latín correspondía aquello que

³⁹³ DÍEZ - PICAZO, Luis María: *Sistema de Derechos Fundamentales...* op. cit., p. 33.

³⁹⁴ MARTÍNEZ – PUJALTE, Antonio – Luis: “Los Derechos Humanos como Derechos Inalienables”. En: *Derechos Humanos. Concepto, Fundamentos, Sujetos*. Jesús Ballesteros editor. Tecnos. Madrid, 1992, p.87.

³⁹⁵ *Ibid.*, p.88.

era estimado o considerado o valorado por sí mismo, no como derivado de otra cosa. Sin embargo, esta palabra que continua de cierta manera con esta significación básica, no deja de ser polivalente en su uso. Veamos a continuación las tres acepciones que desarrolla ETXEBERRIA:

- a) En primer lugar, el término “dignidad” en diversas sociedades se asocia a la casta. Existen castas - las superiores - dignas, que ostentan derechos, así como, castas indignas, que están en una situación de inferioridad, sin derechos esquematizados. Dentro de esta concepción, la dignidad es algo que se hereda por nacimiento y que, al ser heredado, se conserva de por vida. Asimismo, estamos ante un concepto que divide a los humanos, con una franja abrupta, entre dignos e indignos. Por supuesto tal concepción se encuentra contrapuesta a los derechos humanos, que precisamente emanaron para oponerse a ella.

- b) En segundo lugar, la dignidad es una designación aplicada a las acciones. Algunas acciones son consideradas dignas, son valiosas y estimadas por sí mismas (el autor nos da como ejemplo: prestar ayuda a quien lo necesita). Visto así, el calificativo “dignidad” se aplica directamente a las acciones, revirtiendo indirectamente en los sujetos que las realizan. Entonces, una persona será digna cuando realiza acciones dignas, en contrapartida, las acciones indignas hacen indigno al que las realiza. La dignidad que tiene una persona, desde este punto de vista, es algo que se merece, que se conquista, mediante la conducta moral correcta. Se observa que la dignidad, al igual que en la perspectiva anterior, es una axioma que sirve para fijar diferencias, que divide a los humanos, pero aquí la raya que hace la separación entre dignos e indignos, ya no es abrupta en ninguna de las direcciones.

Es importante tener presente que, la dignidad desde este enfoque, está contundentemente unida a los deberes, no a los derechos. Ésta fue la posición dominante hasta la Edad Moderna. De tal manera, para Tomás

de Aquino, la palabra latina *ius* no remite al derecho en el sentido moderno. A pesar de ser traducida como “derecho” (“derecho natural” en primer lugar), realmente remite a las leyes justas que se deben cumplir para no caer en la indignidad.

- c) La tercera significación apareció en la modernidad, precisamente preparando o acompañando las declaraciones de derechos humanos. Inicialmente, los pensadores modernos transformaron el sentido de la palabra *ius*, y luego, resaltaron una nueva acepción de la palabra “dignidad”, significado que se adecuó a los derechos nacies y que vendría a convertir a esta palabra en referencia primordial y universal³⁹⁶.

Por su parte, FERNÁNDEZ SEGADO al definir la dignidad, determina que:

“...se desprende que la dignidad, en cuanto cualidad ínsita a todo ser humano y exclusiva del mismo, se traduce primordialmente en la capacidad de decidir libre y racionalmente cualquier modelo de conducta, con la consecuente exigencia de respeto por parte de los demás”³⁹⁷.

Concretamente nos hace entender MARTÍNEZ - PUJALTE, que la dignidad del hombre es verdaderamente inalienable, dado que las personas no pueden renunciar ni desposeerse de ella. La dignidad del ser humano tampoco podrá desposeerse de los derechos humanos, porque

³⁹⁶ ETXEBERRIA, Xabier: “Fundamentación y Orientación Ética de la Protección de los Derechos Humanos”. En: *La Protección Internacional de los Derechos Humanos en los Albores del siglo XXI...* op. cit., pp. 68 - 69.

³⁹⁷ FERNÁNDEZ SEGADO, Francisco: “La Dignidad de la Persona como Valor Supremo del Ordenamiento Jurídico Español y como Fuente de todos los Derechos”. En: *JUS. Rivista di Scienze Giuridiche*. N° 2. Maggio - Agosto 2003. Università Cattolica del Sacro Cuore. Milano, 2003, p. 214.

precisamente están fundamentados en ella. Se infiere así, que los derechos humanos son inalienables³⁹⁸.

En cuanto a la clasificación de los derechos humanos, señalaremos que a Karel VASAK debemos la propuesta de tres generaciones para la clasificación de los derechos humanos. VASAK introdujo esta teoría en su conferencia del año 1979, para el Instituto Internacional de Derechos Humanos, en Estrasburgo. Su división sigue las nociones centrales de las tres frases insignia de la revolución francesa: Libertad, igualdad, fraternidad³⁹⁹.

El criterio en el que se basa la clasificación de los derechos humanos en generaciones tiene un enfoque periódico, que se fundamenta en la progresiva cobertura de los mismos. Tenemos así:

- a) Primera generación: aparece en el marco de las revoluciones burguesas del siglo XVIII, destacando la Revolución Francesa como la rebelión contra el absolutismo del monarca. Los derechos humanos surgen como libertades individuales, estando integrados por éstas y por los denominados derechos civiles y políticos.
- b) Segunda generación: las luchas sociales del siglo XIX reivindicaron la necesidad de completar la nómina de libertades y derechos de corte individualista, con una segunda generación de derechos humanos: los derechos económicos, sociales y culturales. Los mismos nacieron, especialmente, como resultado de la Revolución Industrial en el continente europeo y constituyen una obligación de hacer del Estado,

³⁹⁸ MARTÍNEZ – PUJALTE, Antonio – Luis: "Los Derechos Humanos como Derechos Inalienables". En: *Derechos Humanos. Concepto, Fundamentos, Sujetos...* op. cit., p. 94.

³⁹⁹ VASAK, Karel: "Human Rights: A Thirty-Year Struggle: the Sustained Efforts to give Force of law to the Universal Declaration of Human Rights". En: *UNESCO Courier* 30:11, Paris: United Nations Educational, Scientific, and Cultural Organization. November 1977.

siendo de satisfacción progresiva a las posibilidades económicas del mismo.

Los derechos de la primera generación, al ser derechos de defensa de las libertades individuales frente al poder del Estado, reclaman a los poderes públicos autolimitación y la no interferencia en la esfera privada. En contraste, los derechos de segunda generación exigen una política activa por parte de los poderes públicos, que se verifica con la técnica jurídica de prestaciones de servicios sociales⁴⁰⁰.

- c) Tercera generación: conformados por denominados derechos de los pueblos o de solidaridad. Surgen en nuestro tiempo como respuesta a la necesidad de cooperación entre las naciones, así como, de los distintos grupos que la 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 digna⁴⁰¹.

Recordemos que los indígenas al ser un colectivo que gozan de la condición de pueblos, 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 renuncian a los derechos humanos que integran el amplio catálogo del resto de generaciones.

⁴⁰⁰ ESCALONA MARTÍNEZ, Gaspar: "La Naturaleza de los Derechos Humanos". En: *Pasado, Presente y Futuro de los Derechos Humanos...* op. cit., p. 145.

⁴⁰¹ AGUILAR CUEVAS, Magdalena: *Las Tres Generaciones de los Derechos Humanos*. En: *Derechos Humanos. Órgano Informativo de la Comisión de Derechos Humanos del Estado de México*. Toluca, 1998, pp. 93 - 99.

Añadiremos además, que para Karel VASAK:

“Aunque el “fenómeno de los derechos humanos” tiene su raíz en el pasado, está íntimamente unido también al presente, un presente en proceso de continuos cambios. Ante este fenómeno contemporáneo no cabe sino un enfoque válido: la conciencia de la que surge el fenómeno de los derechos humanos debe fundamentarse en un trabajo objetivo e imparcial, si no se quiere caer en un romanticismo estéril o ser presa de una ideología exclusiva, dando lugar con ello a una oleada irreversible de violencia. En otras palabras, la manifestación específica de los derechos humanos en la segunda mitad del siglo XX obliga a considerar esos derechos como “tema de investigación científica” que constituya un área de estudio concreta, para basar así el respeto a esos derechos humanos en datos científicos y no en las necesidades expresadas de un dogma”⁴⁰².

Luego de realizar una caracterización de los derechos humanos que abordó diferentes aspectos, nos corresponde ahora desarrollar un tema cardinal para nuestra investigación: la universalidad de esos derechos. Como preámbulo reproduciremos textualmente una pregunta que se plantea el maestro PASTOR RIDRUEJO: “¿Deben gozar todos los habitantes del planeta de los mismos derechos y libertades fundamentales o, por el contrario, depende la lista y nivel de su disfrute de factores que tengan que ver con la historia, religión, cultura o grado de desarrollo de los distintos países o regiones de países?”⁴⁰³.

⁴⁰² VASAK, Karel: *Las dimensiones internacionales de los derechos humanos*. Karel Vasak editor general. Ediciones del Serbal. Barcelona 1984, p. 14.

⁴⁰³ PASTOR RIDRUEJO, José Antonio: *Curso de Derecho Internacional Público y Organizaciones Internacionales...* op. cit., p. 204.

1.3 Universalidad vs. Particularismo

Partimos de la idea que el límite que tendrá el ejercicio de la jurisdicción especial indígena, a nivel convencional y de Derecho interno, será el respeto a los derechos humanos internacionalmente concebidos, como por ejemplo lo establece el artículo 9 del Convenio 169 de la OIT. Tal realidad es la que ha servido de sustento para cuestionar la posibilidad de establecer un concepto transcultural de derechos humanos, con abstracción de la diversidad de culturas y visones del mundo⁴⁰⁴.

Los derechos humanos son considerados una construcción jurídica de carácter laico, que tiene sus raíces en la concepción de dignidad que fundamentó el pensamiento judeo – cristiano en la civilización occidental. El humanismo renacentista vino a recuperar la noción protagónica del hombre como centro del universo, tejiendo una tradición humanista que desencadenaría, luego de la catástrofe del Holocausto, en la Declaración Universal de los Derechos Humanos⁴⁰⁵. Recordemos que incluso, en el artículo 55 de la Carta constitutiva de la Naciones Unidas, de 1945, este Organismo se compromete a la promoción universal de los derechos humanos y libertades fundamentales.

Ya con la Declaración Universal de 1948, la idea de los derechos humanos desplegada hasta entonces, primordialmente, en el ámbito occidental, sería asumida paulatinamente como propia, por prácticamente la totalidad de los Estados del mundo, pertenecientes a tradiciones culturales y a sistemas sociopolíticos en ocasiones muy distintos. Los derechos humanos al ser concebidos, como exigencias normativas de la dignidad del hombre, las diferentes tradiciones filosóficas y religiosas, al igual que, la mayoría de los Estados, no han titubeado en hacer suyo el

⁴⁰⁴ MONZÓN I ARAZO, August: "Derechos humanos y Diálogo Intercultural". En: *Derechos Humanos. Concepto, Fundamentos, Sujetos...* op. cit., p. 117.

⁴⁰⁵ SARRIÓN ANDALUZ, José: "Fundamentación Universalista de los Derechos Humanos". En: *Derechos Humanos en Europa*. Universidad Pontificia de Salamanca. Instituto de Estudios Europeos y Derechos Humanos. Salamanca, 2009, p. 231.

concepto. Tal adopción por parte de los Estados, se ha llevado acabo con alguna reinterpretación desde sus propios presupuestos y corriendo el riesgo de ilegitimarse frente a sus súbditos⁴⁰⁶.

En el ambiente que se produjeron las primeras Declaraciones de derechos y desde las mismas Declaraciones, se adoptó nítidamente la universalidad de los mismos. Justamente, dichas Declaraciones se formularon con el trasfondo iusnaturalista de la naturaleza humana como sujeto de dignidad y el supuesto del “contrato social”, que suponía a los hombres como individuos pre - sociales en posesión de unos derechos “naturales, inalienables e imprescriptibles - independientemente de su pertenencia a una comunidad del tipo que sea-”, que pactan la constitución de una sociedad que respete dichos derechos. Subsiguientemente, se aseveraba de manera muy diáfana la universalidad. Entonces, porque los derechos se asignan a hombres sin raíces, porque se consideran previos a los contextos socioculturales en los que se encuentran las personas, porque se otorgan a su mera condición natural, pueden afianzarse como derechos que corresponden a todo ser humano por el hecho de serlo⁴⁰⁷.

La expansión europea (y la de sus prolongaciones ultramarinas) acarreó la exportación del universalismo moral, en otras palabras, la ideología basada en la existencia de principio éticos comunes a toda la humanidad, sean cuales fueren las leyes y costumbres de cada país o comunidad. De forma paralela, igualmente se exportó la confianza occidental en la razón. Estas dos convicciones (diferentes, pero íntimamente relacionadas entre sí) fueron extendiéndose gradualmente a los parajes más diversos, mientras seguían consolidando sus cimientos en

⁴⁰⁶ MONZÓN I ARAZO, August: “Derechos humanos y Diálogo Intercultural”. En: *Derechos Humanos. Concepto, Fundamentos, Sujetos...* op. cit., p. 118.

⁴⁰⁷ ETXEBERRIA, Xabier: *Ética de la Diferencia en el Marco de la Antropología Cultural*. 2ª ed. Universidad de Deusto. Bilbao, 2000, pp. 294 - 295.

los mismo países occidentales en los que habían logrado una decisiva presencia, aunque al final florecieron con precariedad⁴⁰⁸.

Al hacer mención de la universalidad de los derechos se están abordando, por lo menos, tres aspectos vinculados en sus cimientos. En primer lugar, desde el plano racional, al hablar de universalidad se hace referencia a una titularidad de los derechos que se vinculan a todos los seres humanos. Los rasgos aquí están en la racionalidad y abstracción, congruentes con esa titularidad de todos los hombres y con pretensión de validez general de los criterios de moralidad, contenidos en los derechos. En segundo lugar está el plano temporal, donde la universalidad de los derechos tiene un carácter racional y abstracto, independientemente del tiempo, con validez para cualquier momento de la historia. Por último, nos ubicamos en el plano espacial, entendiendo la universalidad como una extensión de la cultura de los derechos humanos a todas las sociedades políticas sin excepción⁴⁰⁹.

Encontramos que en la corriente de la universalidad de los derechos existen matices. De allí que, el universalista duro lleva al máximo la significación de los rasgos demostrados concretamente en todas las culturas conocidas, considerando algunos de ellos necesarios a nivel conceptual para la inteligibilidad de las culturas (y las personas) en cuanto tales. Esto visto desde la perspectiva del procedimiento, según KRAUSZ, significaría que la afirmación universal (por ejemplo: “todas las culturas exhiben competencia lingüística”) se trataría como una verdad conceptual. Si surgiera un supuesto contraejemplo a la afirmación universal (apunta el autor: “tal y cual cultura no exhibe competencia lingüística”), el mismo sería refutado como verificación científica de un enunciado empírico. Es decir, sería tratado como una transgresión conceptual, en vez de empírica, de la

⁴⁰⁸ WINCH, Peter: *Comprender una Sociedad Primitiva*. Introducción de Salvador Giner. Ediciones Paidós. Instituto I.C.E. de la Universidad Autónoma de Barcelona. Barcelona, 1994, p. 11.

⁴⁰⁹ PEACES - BARBA MARTÍNEZ, Gregorio: *Curso de Derechos Fundamentales. Teoría General...* op. cit., p. 299.

afirmación universal. De allí que, la cultura identificada que no exhibe el rasgo apropiado no contaría en modo alguno como cultura genuina⁴¹⁰.

Por otro lado, está el universalista moderado, que resta importancia a la significación conceptual de los rasgos demostrados concretamente en todas las culturas conocidas. A pesar de concederle universalidad, se niega a razonarlos conceptualmente necesarios para la inteligibilidad de las culturas (y las personas) en cuanto tales. KRAUSZ, desde el punto de vista del procedimiento, expone que esto significaría que la afirmación universal sería tratada como hipótesis científica, por lo cual, inconsistente. Al presentarse un “contraejemplo” a la afirmación universal, no sería tratado como una violación conceptual de lo que se concibe como culturas (o personas) en cuanto tales, se admitiría como una posible verificación científica para un enunciado experimental⁴¹¹.

Ahora bien, nos dice MANSILLA, que la formación de Estados nacionales y la expansión de pautas de comportamiento normadas por principios racionalistas y universalistas han sido consideradas generalmente como manifestaciones claras y positivas de un proceso de modernización que, tarde o temprano, alcanzaría todas las regiones importantes del planeta. Sin embargo, para finales del siglo XX se afianzaron numerosas corrientes que ponen en cuestión este optimismo racionalista, detectándose su origen en la época de la Ilustración del siglo XVIII, con inspiración en diversos grados y en diferentes elementos particularistas, así como, nacionalistas. Tales tendencias, han alcanzado entretanto una seria consistencia intelectual, una remarcable audiencia política y un envidiable éxito publicitario. Desataca así, su crítica a los aspectos negativos y mecanicistas de la modernidad; su censura al etnocentrismo y eurocentrismo de las grandes concepciones universalistas;

⁴¹⁰ KRAUSZ, Michael: “Culturas Encontradas: Dos Universalismos y Dos Relativismos”. En: *Relativismo Cultural y Filosofía. Perspectivas Norteamericanas y Latinoamericanas*. Marcelo Dascal compilador. Universidad Nacional Autónoma de México. México D.F., 1992, p. 316.

⁴¹¹ *Ibíd.*, pp. 316 - 317.

al igual que, la revalorización de lo propio y peculiar como sustentos de un derecho innegable⁴¹².

Los particularismos nacionales tienen una revalorización que se asocia a la obra de Johann Gottfried HERDER (1744-1803), quien en la línea de Giambattista VICO, impugnó el universalismo de la Ilustración francesa, reivindicando una comprensión empática de las nacionalidades, las manifestaciones más claras del particularismo social. Tal noción, que no es extraña a Edmund BURKE, al romanticismo del siglo XIX y a ciertas doctrinas conservadoras y hasta irracionalistas, establece que las grandes corrientes homogeneizadoras, como la expansión del helenismo bajo Alejandro Magno, las conquistas de Julio César y Carlomagno, el colonialismo español, el imperialismo británico y las invasiones napoleónicas, han aplastado la heterogeneidad de los pueblos y el pluralismo civilizatorio, devastando de esta manera, el carácter de *hogar familiar* que habían tenido previamente las comunidades políticas desaparecidas⁴¹³.

Los enfoques de VICO y HERDER, por ende, del particularismo en general, acarrearán peligros bien conocidos y trascendentales. Esta tendencia puede exacerbar sentimientos nacionalistas y tendencias irracionalistas; asimismo, puede favorecer al desconocimiento de las grandes contribuciones de la Ilustración y el racionalismo europeo; a incrementar las discrepancias entre los pueblos; a ensalzar las diferencias entre los individuos; y a obstaculizar el entendimiento entre sociedades y también entre los hombres. Los valores particulares, en primera instancia los nacionales, disipan fácilmente su característica de meras señas de identidad, que se consideran iguales o, en todo caso, confrontables a las

⁴¹² FELIPE MANSILLA, Hugo Celso: "La Controversia entre Universalismo y Particularismo y la Posibilidad de una Síntesis Fructífera". En: *Cuadernos sobre Vico 9/10*. Sevilla, 1998 - 1999, pp. 259 - 260.

⁴¹³ *Ibíd.*, p. 264.

de los otras naciones, transformándose en cualidades sagradas, mejores y más respetables que las de los vecinos y de todos los otros pueblos⁴¹⁴.

Dentro del particularismo encontramos la corriente de los relativistas culturales, de tradición especialmente norteamericana. Para ellos cada cultura es una configuración única, que despliega su estilo particular, fundado en su propia experiencia. Desde la perspectiva metodológica y desde los estudios de campo, elaboran un examen totalizador de cada cultura, obteniendo una comprensión particularizada de sus elementos idiosincráticos. Según su visión, no es factible la interpretación de modelos culturales diferentes a la propia cultura analizada, ni siquiera desde un enfoque empático, pues esto podría distorsionar la realidad⁴¹⁵.

Para los simpatizantes del relativismo cultural, no existe un estándar universal para juzgar lo que es deseable o indeseable, ya que las tradiciones de cualquier cultura en particular, son únicas en esa cultura. Los partidarios de esta tendencia afirman que la verdad y justificación de toda creencia es relativa a determinada comunidad humana que desarrollan ciertas prácticas dependientes entre sí. El relativismo cultural al ser una tesis empírica, no le compete directamente las cuestiones valorativas acerca de si son las culturas o las prácticas las que pueden evaluarse racionalmente por sí mismas. El relativismo cultural no debe confundirse con el filosófico, que entra de lleno en ese tema valorativo⁴¹⁶.

Para el relativismo cultural -los otros- no sólo son otros seres humanos, al contrario, son como nosotros, pues la naturaleza humana es idéntica. De allí que, -los otros- sean considerados racionales, siendo necesario el tratar de observar con carácter participativo sus prácticas,

⁴¹⁴ *Ibíd.*, p. 265.

⁴¹⁵ HERRAMZ DE RAFAEL, Gonzalo: *Xenofobia y Multiculturalidad*. Tiran lo Blanch. Valencia, 2008, p. 25.

⁴¹⁶ PARENTI, Michael: *La Lucha de la Cultura*. Editorial Hiru. Hondarribia, 2007, p. 64; VALDECANTOS, Antonio: *Contra el Relativismo*. Visor. Madrid, 1999, p.46; y KRAUSZ, Michael: "Culturas Encontradas: Dos Universalismos y Dos Relativismos"... op. cit., p. 323.

será entonces cuando esas costumbres, que inicialmente se suponían estúpidas o grotescas, se llenen de significado, al ser manifestaciones de una concepción de la naturaleza humana tan validas como cualquier otra. Es ese el momento en que la cultura se convierte en un objeto científico⁴¹⁷.

Debemos decir que dentro del relativismo cultural se han detectado interesantes contradicciones, destacando el hecho que, esta corriente afirma que todas las culturas tienen igual valor; no obstante, se debe reconocer que esa máxima es una creación exclusiva de la civilización occidental y de ninguna otra. No se admitió algo parecido en las denominadas sociedades primitivas, ni en las civilizaciones precolombinas, ni en las civilizaciones orientales. Así por ejemplo, fueron los europeos, acusados de etnocentrismo, los primeros y, por tiempo prolongado, los únicos que movidos por una curiosidad insaciable, se preocuparon por el mundo exterior, los que descubrieron y explotaron tierras nuevas y estudiaron culturas ajenas, aunque no hayan perseguido objetivos desinteresados⁴¹⁸.

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 vista, sólo 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. Para MANSILLA, las concepciones particularistas pueden alentar la intolerancia

⁴¹⁷ SAN MARTÍN, Javier: *Para una Superación del Relativismo Cultural*. (Antropología Cultural y Antropología Filosófica). Tecnos. Madrid, 2009, p. 116.

⁴¹⁸ SEBRELI, Juan José: *El Asedio a la Modernidad. Crítica del Relativismo Cultural*. 8ª ed. Editorial Sudamericana. Buenos Aires, 1995, p. 57.

ideológica, al fundamentalismo político y religioso, a sistemas inhumanos de control social y a la arbitrariedad teórica⁴¹⁹. Expresa el autor, que:

“Hoy en día, una fuerte corriente de pensamiento y acción contrapone los derechos humanos de corte universalista e individualista a las normas culturales, los valores tradicionales y los derechos colectivos de grupos, comunidades y naciones, porque éstos encarnarían lo propio y auténtico de pueblos que no quieren sucumbir al imperialismo cultural de Occidente. Aquí es imprescindible llamar la atención sobre la dignidad superior de los derechos del hombre como los ha codificado paulatinamente la herencia de la ilustración; los derechos políticos, el Estado de derecho y el pluralismo democrático pertenecen igualmente a aquel amplio conjunto de principios éticos universales, cuya validez precede a cualesquiera particularismos nacionales, por más populares que éstos resultaran ser. El racismo, el asesinato, (por cualquier causa), el canibalismo, el homicidio ritual y toda otra transgresión a los derechos humanos no pueden ser tolerados de ninguna manera”⁴²⁰.

La fricción entre universalismo y particularismo se vio exteriorizada a lo largo de la Conferencia de las Naciones Unidas sobre Derechos Humanos, celebrada en Viena en junio de 1993. Así pues, la República Popular China, algunos países africanos y asiáticos y, con mayor énfasis, las delegaciones de los Estados del entorno islámico, se opusieron a la universalidad de los derechos humanos que atañen al individuo,

⁴¹⁹ FELIPE MANSILLA, Hugo Celso: “La Controversia entre Universalismo y Particularismo y la Posibilidad de una Síntesis Fructífera”... op. cit., pp. 260 - 265.

⁴²⁰ FELIPE MANSILLA, Hugo Celso: “Derechos Humanos, Universalismos y Nacionalismos”. En: *Nueva Sociedad*. Nº 131. Mayo – junio, 1994, p. 20.

entendiendo que la misma representaba una imposición de las naciones occidentales⁴²¹. Se ha dicho que la declaración final de la Conferencia de Viena no deja de mostrar ambigüedades en relación con este tema, porque si bien es cierto que, por una parte declara contundentemente el carácter universal de los derechos y libertades, por otra, deja constancia de las particularidades nacionales y regionales, al igual que, de los diversos patrimonios históricos, culturales y religiosos⁴²². No obstante, para autores como REMIRO BROTONS, el carácter universal de los derechos humanos plasmado en dicho Texto “no admite dudas” (Declaración y programa de Acción de Viena, Parte I, párrafos 1 y 5)⁴²³.

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. Aunque se debe aceptar que a ese diálogo, a pesar de los esfuerzos, le falta mucho recorrido⁴²⁴, una muestra la veremos a continuación.

⁴²¹ *Ibíd.*, p. 20.

⁴²² PASTOR RIDRUEJO, José Antonio: *Curso de Derecho Internacional Público y Organizaciones Internacionales...* op. cit., p. 204.

⁴²³ REMIRO BROTONS, Antonio y otros: *Derecho Internacional...* op. cit., p. 1181.

⁴²⁴ ETXEBERRIA, Xabier: *Ética de la Diferencia en el Marco de la Antropología Cultural...* op. cit., 296.

2. Límites a la Jurisdicción especial indígena: respeto a los derechos fundamentales consagrados en el orden interno y a los derechos humanos internacionalmente concebidos

Dando continuidad a la previsión del artículo 8. 2 del Convenio 169 de la OIT, los países que han ratificado este Instrumento, han empleado diversas fórmulas para limitar el ejercicio de la jurisdicción especial indígena. Así por ejemplo, la Constitución de Perú pone como límite “los derechos fundamentales de las personas”; la Constitución de Colombia, determina que la jurisdicción especial indígena no pueden contrariar la “Constitución y las leyes”; y la Constitución venezolana estipula que esta jurisdicción especial no puede ser contraria a la Constitución, la ley y el orden público.

Mucho se ha debatido sobre la consagración de estos límites y hasta qué medida podrían representar una camisa de fuerza para el ejercicio de las facultades de las autoridades indígenas y, además, podría llegar a ser una excusa que pretenda justificar el intervencionismo de la jurisdicción ordinaria de un Estado, dentro de las competencias de la jurisdicción especial indígena. No se debe olvidar que, las autoridades indígenas en virtud de los puntos de conexión (territorio y pertenencia étnica) tengan las potestades jurisdiccionales para conocer de una controversia; sin embargo, carezcan de competencia material para resolver la disputa, por ser un tema reservado al conocimiento exclusivo de la jurisdicción ordinaria.

Para evitar un intervencionismo injustificado, la Corte Constitucional de Colombia en la Sentencia N° T - 349/ 96, determinó que cuando la Carta Fundamental colombiana hace referencia a la Constitución y a la ley como parámetros de restricción a la jurisdicción especial indígena, resulta claro que no puede tratarse de todas las normas constitucionales y legales; de lo contrario, el reconocimiento de la diversidad cultural no tendría más

que un significado retórico. Fue así que, en esta Sentencia se desarrolló la regla de la maximización de la autonomía indígena y la minimización de las restricciones, en los siguientes términos:

“...considerando que sólo con un alto grado de autonomía es posible la supervivencia cultural, puede concluirse como regla para el intérprete la de **la maximización de la autonomía de las comunidades indígenas** y, por lo tanto, la de la **minimización de las restricciones** a las indispensables para salvaguardar intereses de superior jerarquía.

Esta regla supone que al ponderar los intereses que puedan enfrentarse en un caso concreto al interés de la preservación de la diversidad étnica de la nación, sólo serán admisibles las restricciones a la autonomía de las comunidades, cuando se cumplan las siguientes condiciones:

a. Que se trate de una medida necesaria para salvaguardar un interés de superior jerarquía (v.g. la seguridad interna).

b. Que se trate de la medida menos gravosa para la autonomía que se les reconoce a las comunidades étnicas.

Ahora bien, para determinar la gravedad de la lesión, el intérprete tendrá que remitirse, de todas maneras, a las características específicas de la comunidad de la que se trata, puesto que no todas le otorgarán la misma importancia a las posibilidades de determinar cada uno de sus asuntos.

(...)

El principio de maximización de la autonomía adquiere gran relevancia en este punto por tratarse de relaciones puramente internas, de cuya regulación depende en gran parte la subsistencia de la identidad cultural y la cohesión del grupo. Los límites a las formas en las que se ejerce este control interno deben ser, entonces, los mínimos aceptables, por lo que sólo pueden estar referidos a lo que verdaderamente resulta intolerable por atentar contra los bienes más preciados del hombre.

(...)

Estas restricciones a la autonomía de las comunidades indígenas en lo que hace a la determinación de sus instituciones jurídicas y sus formas de juzgamiento estarían justificadas, según lo expuesto anteriormente, porque: a) se trata de medidas necesarias para proteger intereses de superior jerarquía, que en este caso serían el derecho a la vida, la prohibición de la esclavitud y la tortura y la legalidad de los procedimientos, los delitos y las penas; y b) se trata de las menores restricciones imaginables a la luz del texto constitucional⁴²⁵.

Con la teoría de la minimización de las restricciones entramos en el tema del respeto de los derechos fundamentales. Se observa entonces, que la Corte Constitucional de Colombia, acogiendo un relativismo cultural moderado, determinó que los límites a la jurisdicción especial indígena,

⁴²⁵ Sentencia T - 349/ 96. Corte Constitucional Colombiana, Sala Cuarta de Revisión de Tutelas. Magistrado Ponente: Carlos Gaviria Díaz, de fecha 08/08/1996. En este sentido la Sentencia T-009/07 de la Corte Constitucional de Colombia, de fecha 19/01/2007, realiza un análisis de su jurisprudencia en relación con esta regla.

solamente podrían estar relacionados a los que realmente resultan intolerables por vulnerar los bienes más preciados del hombre⁴²⁶.

El irrespeto a los derechos humanos y algunas de las sanciones que tienen vigencia en sistemas jurídicos de algunos pueblos indígenas latinoamericanos y que, efectivamente, son impuestas por sus autoridades legítimas, ha sido objeto de arduos y prolongados debates. Por ejemplo, el uso del fuste o del cepo o el destierro son medios de castigo para transgresiones normativas en pueblos indígenas colombianos, como el Paez, Chamí o Tukano, entre otros.

Existen casos como el de una niña de 14 años, perteneciente a la comunidad indígena colombiana Embera de Risaralda que fue sometida por las autoridades de su pueblo a un castigo de 72 horas, que consistía en tener el pie izquierdo en un cepo (instrumento con dos maderos que al estar unidos, dejan unos agujeros para sujetar a las personas sometidas a los castigos). El castigo finalizó el 23 de junio de 2006 y fue impuesto a la joven por sostener una relación amorosa con un patrullero de la policía. Esta situación produjo las inevitables críticas de los organismos de protección de los derechos humanos colombianos e internacionales, que aludían a que esta práctica atentaba contra los derechos de los niños reconocidos mundialmente y que la jurisdicción ordinaria colombiana debió intervenir⁴²⁷.

Con relación al caso antes expuesto, cabe reseñar que Amnistía Internacional en su Manual de Juicios Justos, establece que los primero que se debe considerar a la hora de imponer una pena a un menor declarado culpable de un delito será su interés superior. Al determinar la

⁴²⁶ *Ibíd.*; y Sentencia T-523/1997. Corte Constitucional Colombiana, Sala Cuarta de Revisión de Tutelas. Magistrado Ponente: Carlos Gaviria Díaz, de fecha 15/10/1997. CABEDO MALLOL, Vicente José: *La Jurisdicción Especial indígena de Colombia y Los Derechos Humanos*. En: (Página Web en línea) ALERTANET EN DERECHO Y SOCIEDAD/ LAW & SOCIETY <http://www.alertanet.org/F2b-VCabedo.htm>

⁴²⁷ Reportaje: Rechazan Castigo con Cepo A niña Indígena (Página Web en línea) Diario El Tiempo de Colombia <http://www.eltiempo.com/archivo/documento/MAM-2077550>

pena se deberán tener en cuenta el bienestar y las necesidades del menor, al igual que el objetivo de fomentar su rehabilitación. Del mismo modo, la pena debe ser proporcionada respecto a la gravedad del delito y las circunstancias del menor. A esto se debe añadir que, las Reglas Mínimas de las Naciones Unidas para la Administración de la Justicia de Menores (Reglas de Beijing), expresamente prohíben la imposición de penas corporales al menor (artículo 17.2.1)⁴²⁸.

Es oportuno citar el artículo 5.IV de la Ley de Deslinde Jurisdiccional de Bolivia, que expresa:

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

En ocasión a las sanciones impuestas por la jurisdicción especial de algunos pueblos indígenas, la Corte Constitucional colombiana se ha pronunciado. En la Sentencia T - 349/96 este Tribunal determinó que la pena corporal del cepo no se equipara a la tortura o a los tratos inhumanos o denigrantes. Esta misma línea es seguida por la Corte al pronunciarse en relación con el fuste; así pues, en la Sentencia T-523/97 se desestima que dicha sanción sea considerada una tortura o pena degradante⁴²⁹. Debemos decir que tal interpretación jurisprudencial ha sido objeto de duras críticas por parte de la doctrina.

⁴²⁸ *Juicios Justos. Manual de Amnistía Internacional*. Publicado por primera vez en inglés en diciembre de 1998 con el titulado *Fair Trials*. EDAI. Madrid, 2003, pp. 138 - 139.

⁴²⁹ BORRERO GARCÍA, Camilo: *Multiculturalismo y Derechos Indígenas*. CINEP. Bogotá, 2003, p. 176; y CABEDO MALLOL, Vicente José: *La Jurisdicción Especial indígena de Colombia y Los Derechos Humanos...* op. cit. En: <http://www.alertanet.org/F2b-VCabedo.htm>

Nosotros detectamos un esfuerzo del Alto Tribunal colombiano, de promover el respeto a las decisiones de las autoridades legítimas indígenas, analizando las particularidades culturales de cada etnia y, evitando así, un discurso retórico de reconocimiento de la jurisdicción especial de estos pueblos. Sin embargo, en relación con el castigo del ceпо, debemos hacer la salvedad que Amnistía Internacional ha determinado que el castigo corporal es un castigo físico, que inflige golpes al cuerpo o lo mutila y que se impone por orden judicial o como sanción administrativa. Éste puede consistir en flagelación, golpes de vara, amputación y herrado.

El castigo corporal, de acuerdo a las declaraciones de los peritos y órganos políticos de las Naciones Unidas y el Tribunal Europeo, se encuentra negado por las normas internacionales porque viola la prohibición absoluta de infligir penas o tratos crueles, inhumanos y degradantes. Este tipo de trato o pena no puede darse a ninguna persona bajo ninguna circunstancia, por atroz que fuese el delito cometido e, independientemente, de cualquier situación de inestabilidad política⁴³⁰.

En Bolivia la administración de justicia por las autoridades indígenas genera una constante pendencia, producto de las prácticas al margen de la ley de algunas comunidades que violan los derechos humanos consagrados internacionalmente. Un informe del 15 de enero de 2008 emitido por *Human Rights Foundation* deja ver como el progresivo desencanto de comunidades indígenas con el sistema de administración de justicia ordinaria ha incrementado los linchamientos, latigazos, torturas y otras formas de castigo que violan las garantías y derechos humanos determinados en la legislación boliviana.

Dice el informe antes mencionado, que entre noviembre de 2005 y febrero de 2008 los diarios de Bolivia han reseñado cuarenta y seis casos

⁴³⁰ *Juicios Justos. Manual de Amnistía Internacional...* op. cit., p. 126.

en los cuales grupos de personas enardecidas han ejercido la justicia comunitaria con sus manos. Para citar uno de los ejemplos narrados, reproduciremos como el 25 de febrero de 2008, en la población de Epizana, en Cochabamba, Willy Álvarez Cuevas, Eloy Yupanqui Flores y Carlos Ávila Fernández fueron golpeados por los pobladores con palos, con piedras, luego los maniataron, les echaron agua hirviendo, les pisaron los rostros y al final los mataron⁴³¹.

Dentro de los cuarenta y seis casos mencionados en el informe de *Human Rights Foundation* se pueden enumerar mujeres que han sido enterradas vivas por adulterio, turbas enajenadas invadiendo estaciones de policía, ayuntamientos y dependencias del Estado con la finalidad de aplicar su concepción de justicia, sin que las autoridades hayan intentado detener a los agresores y ponerlo a las orden de los tribunales competentes⁴³². De hecho, a sólo horas de la promulgación de la Constitución boliviana de 2009, en Titicachi se reportaba que Eduardo Canasa y su hijo Armando habían sido atados con una roca y arrojados a un lago, siendo previamente torturados hasta morir. A estos ciudadanos se le imputaba el robo de 18.000 bolivianos (2.000 euros) y otros bienes a una anciana de una aldea⁴³³.

A pesar de lo antes reseñado, debemos resaltar la existencia de registros que confirman que las sanciones de linchamientos impuestas por la jurisdicción especial indígena en Bolivia, no se imponen con el beneplácito de las leyes y los tribunales de justicia -nacionales-, que si exigen respeto a los derechos humanos.

El artículo 5.V de la Ley de Deslinde Jurisdiccional boliviana establece que el linchamiento viola los derechos humanos y a ninguna

⁴³¹ Reporte de Bolivia, de fecha 15/01/2008, última actualización el 5/03/2008. En: *Human Rights Foundation* (Página Web en línea) [http://www.humanrightsfoundation.org/reports/Informe_Bolivia_Justicia _Comunitaria_Ene-15-2008.pdf](http://www.humanrightsfoundation.org/reports/Informe_Bolivia_Justicia_Comunitaria_Ene-15-2008.pdf)

⁴³² *Ibíd.*

⁴³³ El Mundo, Diario español, p. 24, de fecha 9/02/2009.

jurisdicción le está permitido. Además, en la misma norma el Estado Plurinacional se compromete a prevenirlo y a sancionarlo. Incluso, el artículo 6 del citado Texto, prohíbe la pena de muerte

Por su parte, el Tribunal Constitucional de Bolivia en su sentencia 0010/2010-R, de fecha 6 de abril de 2010, determinó:

“...en el caso analizado, se evidencia que el recurrente, actual accionante, y su compañero de trabajo permanecieron detenidos por más de seis horas, tiempo en el cual, de acuerdo a la denuncia del recurrente, ahora accionante, fueron amarrados y golpeados, existiendo amenaza de “linchamiento”, lo que desde ningún punto de vista es admisible, porque tales comportamientos no sólo que lesionan el derecho a la libertad de quienes son sometidos a tales actos, sino también su derecho a la dignidad, a la integridad física, a la vida, así como la prohibición de torturas, tratos crueles, inhumanos y degradantes ⁴³⁴.

En los últimos años también se ha evidenciado como la sociedad ecuatoriana ha sido testigo de la reacción de algunos pueblos indígenas que someten a sanciones crueles e inhumanas a cuatrerros y ladrones sorprendidos robando en las comunidades. Frente a esta situación, los medios de comunicación se han hecho eco de los casos, que denominan como “justicia indígena” junto a la calificación de barbarie, incivilización, primitivismo, etc.⁴³⁵. En el capítulo V, hicimos mención a la acción extraordinaria de protección que las comunidades indígenas de la Cocha,

⁴³⁴ Sentencia Constitucional 0010/2010-R. Tribunal Constitucional de Bolivia. Magistrado Relator: Marco Antonio Baldivieso Jinés, de fecha 06/04/2010.

⁴³⁵ Derecho Indígena, Linchamiento y Racismo. Ministerio de Educación de Ecuador. Abril, 2009. En: (página Web en línea) http://www.educacion.gov.ec/_upload/JusticiaIndigena1.pdf

entregaron al Presidente de la Corte Constitucional para el periodo de transición de Ecuador, en fecha 8 de junio de 2010. Con dicha acción se pretendía que la Corte Constitucional estableciera si las sanciones impuestas por las autoridades indígenas, a los cinco involucrados en el asesinato de Marco Olivo Pallo, constituyen o no violación de los derechos humanos y si esas sanciones son actos de salvajismos, barbarie y primitivismo. Pero como dijimos, para el momento de elaborarse esta investigación, la Corte no había dado una respuesta (*supra pp.* 216 - 217).

Por lo pronto, cabe traer las palabras de Washington PESÁNTEZ, que ejerciendo funciones como fiscal general de Ecuador, censuró las prácticas violatorias de los derechos humanos por parte de las autoridades indígenas, de la siguiente manera:

“La nueva Constitución, en su artículo 171, señala: "Las autoridades de las comunidades, pueblos y nacionalidades indígenas ejercerán funciones jurisdiccionales (...) aplicarán normas y procedimientos propios para la solución de sus conflictos internos, que no sean contrarios a la Constitución y a los derechos humanos". Empero, para Pesántez, la añadidura de la palabra "jurisdicción" no les da la facultad (a las comunidades indígenas) de imponer tratos crueles”⁴³⁶.

Amnistía Internacional dice que la pena impuesta luego de la declaración de culpabilidad en un juicio justo, debe ser proporcionada a la gravedad del delito y a las circunstancias del infractor. Tanto la pena como la forma de imponerla deben respetar las normas internacionales. Además, en los países que todavía no se ha abolido la pena de muerte, sólo puede

⁴³⁶ Fiscal Censura Justicia Indígena. Reportaje de fecha, 13/ 04/2009. En: hoy.com.ec (Página Web en línea) <http://www.hoy.com.ec/noticias-ecuador/fiscal-censura-justicia-indigena-343089.html>

ser impuesta por la comisión de los más graves delitos, según se desprende de los artículos 6.2 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos; 4.2 de la Convención Americana de derechos Humanos; y 1 de las Salvaguardias sobre la Pena de Muerte. El Comité de Derechos Humanos ha expresado que no es compatible con el artículo 6 del Pacto, la imposición de la pena de muerte por delitos que no puedan calificarse como extremadamente graves⁴³⁷. Obviamente, el robo de 18.000 bolivianos (2.000 euros) y otros bienes a una anciana de una aldea, no son infracciones que entren dentro del estándar internacional de los más graves delitos.

Otras sanciones como la del extrañamiento, entendida como la expulsión del territorio o la exclusión de la comunidad, que es aplicada a los transgresores en algunos pueblos indígenas, también ha sido objeto de discusión. En este sentido, encontramos que la Corte Constitucional de Colombia, en las Sentencias T-254/94 y T- 523/97, estipuló que la sanción del extrañamiento no entraba dentro del supuesto de prohibición de destierro del artículo 38 de la Constitución de ese país y los instrumentos internacionales (artículo 12 del Pacto Internacional de Derechos Políticos y Civiles y artículo 5 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos). Estimó el fallo, que tal expulsión se limita al resguardo o comunidad indígena, no implicando un destierro del territorio nacional, por lo cual no se producía una violación a los derechos humanos.

CABEDO MALLOL razona que la interpretación que realizó la Corte sobre el destierro, en las Sentencias T-254/94 y T- 523/97, cae en la literalidad y, quizás, se hubiese alcanzado otra solución de haberse aplicado un criterio finalista. No obstante, concluye que, como esta sanción no afecta de forma directa a los derechos mínimos establecidos por el Alto Tribunal como límites a la jurisdicción especial indígena, se puede considerar que la solución de la sentencia es correcta. No deja de

⁴³⁷ *Juicios Justos. Manual de Amnistía Internacional...* op. cit., p. 125 y p. 143.

reflexionar el autor, en los problemas que acarrea la subsistencia del indígena expulsado de su comunidad y, consecuentemente, como puede resultar perjudicada su vida, concebida como el bien máspreciado del hombre. Cabe añadir que, la Sentencia T-254/94 si desestimó la posibilidad de aplicar la pena de extrañamiento a los familiares del condenado, por extensión de la responsabilidad. Se consideró entonces, que al ser la responsabilidad penal individual, resulta desproporcionada e injusta la aplicación de esta pena a los familiares del condenado⁴³⁸.

Posteriormente, la Corte Constitucional de Colombia modificó su criterio en la Sentencia T- 048/2002⁴³⁹, al determinar que la expulsión definitiva de un ciudadano indígena de la comunidad a la que pertenece, quebranta el Preámbulo y los artículos 2°, 5° y 7° constitucionales, porque no solo desconoce su derecho a la identidad cultural, sino que perturba su propia existencia, pues en ese caso, se trataba de una persona que había trabajado con ahínco en el fortalecimiento comunitario denotando una arraigada conciencia colectiva y una profunda relación con las tierra de sus ancestros. Por tanto, la Corte consideró excesivo y desproporcionado condenar a un integrante de un grupo social étnico, con fuerte conciencia colectiva, a vivir indefinidamente alejado de su colectividad.

La tendencia antes expuesta, igualmente es seguida por el Tribunal Constitucional de Bolivia, en la Sentencia Constitucional 0860/2007-R, de fecha 12 de diciembre de 2007, que dio la razón a un ciudadano indígena que consideraba la expulsión de su comunidad, como un atentado contra su derecho a la vida, a la propiedad privada y al debido proceso. Determinó este Tribunal, que debe llegarse a un punto de convergencia entre el valor de las costumbres ancestrales y el orden legal establecido, de manera que se logre consolidar una convivencia armónica, sin que ninguno sojuzgue al otro, donde ambos sistemas jurídicos protejan los derechos colectivos de

⁴³⁸ *Ibíd.*

⁴³⁹ Sentencia T-048/2002. Corte Constitucional de Colombia, Sala Octava de Revisión de Tutelas. Magistrado Ponente: Álvaro Tafur Galvis, de fecha 31/01/2002.

las comunidades y los derechos fundamentales de las personas. Pero también debemos decir, que el fallo recalcó el hecho de no haberse demostrado que el destierro fuese una práctica uniforme y reiterada en el tiempo dentro de la comunidad indígena de Hussi, por esto calificó la medida de arbitraria y desproporcionada, equiparando la expulsión de la comunidad a la muerte civil. Textualmente determinó la mencionada Sentencia, que:

“En segundo término, se tiene que las sanciones aplicadas devienen en arbitrarias y desproporcionadas, afectando derechos fundamentales de primer orden, como los invocados por el recurrente. La arbitrariedad se hace evidente cuando las sanciones de expulsión de la comunidad y suspensión del uso de agua para riego, no se sustentan en norma legal alguna, ni siquiera en normas de derecho consuetudinario, pues los recurridos no han demostrado por lo menos un precedente de aplicación de igual sanción a casos similares, siendo por lo tanto resultado del libre albedrío y de la exacerbación de los ánimos en la asamblea en que fue adoptada, encontrándonos en definitiva ante una determinación de hecho y no así de derecho, configurándose así la ilegalidad de los actos denunciados y por ende tutelables por vía del amparo.

Asimismo, las sanciones por lo desproporcionadas, no pueden ser toleradas en un Estado de Derecho, puesto que conforme se dijo anteriormente, se afecta en el presente caso a derechos fundamentales de primer orden. Así, la expulsión de la comunidad resulta ser una sanción infamante e implica una suerte de muerte civil para el recurrente, afectando gravemente a su dignidad de ser humano, pues implica la pérdida de todos sus derechos y obligaciones como comunario, sanciones que por lo demás están prohibidas por el art. 17 de la CPE.

En efecto, el actor, en uso del derecho fundamental que le reconoce el art. 7 inc. g) de la CPE decidió asentarse en la comunidad de Hussi, para dedicarse a la actividad agrícola, donde tiene constituida además una familia, de tal suerte que al haber sido expulsado, dándole el término de tres meses para vender y abandonar sus terrenos, se le está afectado directamente a su medio de subsistencia, vulnerándose por un lado su derecho al trabajo; y por otro, haciendo extensivos los efectos de la sanción de manera injustificada a toda su familia, con consecuencias extremas para ésta, que tendrá que sufrir también todos los efectos del ostracismo al que se ha condenado al recurrente⁴⁴⁰.

Además, el artículo 5.III de la Ley de Deslinde Jurisdiccional de Bolivia prohíbe a las autoridades de la jurisdicción indígena originaria campesina, sancionar con la pérdida de tierras o la expulsión a las personas adultas mayores o personas en situación de discapacidad, por causa de incumplimiento de deberes comunales, cargos, aportes y trabajos comunales.

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. Entonces, concebir al sentenciador 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. En segundo lugar, el juez es un sujeto pasivo, en otras palabras, sujeto de una obligación de respetar los

⁴⁴⁰ Sentencia Constitucional 0860/2007-R. Tribunal Constitucional de Bolivia. Magistrado Relator: Artemio Arias Romano, de fecha 12/12/2007.

derechos. 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 eficacia⁴⁴¹.

En tercer lugar, el juez además de ser sujeto activo y pasivo de los derechos, se presenta como objeto del derecho fundamental. Hablamos del derecho a la presencia e intervención del juez. El derecho a la tutela judicial efectiva es la máxima expresión de la concepción del juez como objeto de derecho⁴⁴². Consideramos que los tres enfoques de la función del sentenciador, como protector de los derechos fundamentales, según lo prevé el Convenio N° 169 de la OIT y las legislaciones nacionales, no escapan a las autoridades indígenas cuando ejercen su potestad de administrar justicia. Esto Independientemente 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.

Somos de la idea que paulatinamente se debe promover, a través de la cooperación y la coordinación, el respeto a los derechos humanos en la jurisdicción especial indígena, pero éste debe ser un proceso dinámico, voluntario y que no implique imposición o transgresión cultural.

⁴⁴¹ CRUZ VILLALÓN, Pedro: "El Juez como Garante de los Derechos Fundamentales". En: *Constitución y Poder Judicial. XXV Aniversario de la Constitución de 1978*. Consejo General del Poder Judicial. Madrid, 2003, pp. 31 - 32; y FAIREN GUILLEN, Víctor: *Doctrina General del Derecho Procesal...* op. cit., p.38.

⁴⁴² CRUZ VILLALÓN, Pedro: "El Juez como Garante de los Derechos Fundamentales"... op. cit., p. 36.

3. Respeto a las garantías procesales por parte de la jurisdicción especial indígena

El origen de la exigencia del derecho al debido proceso de la ley está en el mundo anglosajón. De este modo, el capítulo 39 de la Carta Magna Inglesa (1215) es el antecedente de la cláusula del *due process of law* de la Constitución americana (1787), contenido en las Enmiendas V, VI y XIV. El debido proceso de la ley es una concepción y exigencia que se ha desarrollado y divulgado en todas las jurisprudencias del entorno del *civil law* y del *common law*, producto del denominado constitucionalismo y los transnacionalismos procesales⁴⁴³.

Debemos entender que la “garantía de los derechos” se equipara a lo que denominamos en la actualidad Estado constitucional, pudiendo afirmarse, que una Constitución que no resguarda la “garantía de los derechos” y que no determina la separación de los poderes, no puede obtener reconocimiento democrático. Existe consenso en aseverar que la garantía efectiva de los derechos es necesariamente la garantía judicial, porque no hay derecho que no esté garantizado judicialmente, según lo estipula el artículo 10 de la Declaración Universal de los Derechos Humanos (1948). Las reglas básicas de dicha norma, definidoras de las garantías esenciales del proceso penal, se han extendido, de manera pacífica, a todo tipo de procesos. Lo encontramos así, en el artículo 6 del Convenio Europeo de Derechos Humanos (1950), reiterándose en el artículo 14 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos (1966); al igual que, en el artículo 8 de la Convención Americana de Derechos Humanos (1969). Resaltan de la mencionada normativa, las expresiones “con las debidas garantías” y la proscripción de “dilaciones indebidas”, conformando las bases constitutivas del denominado debido proceso, o

⁴⁴³ VALLESPÍN PÉREZ, David: *El Modelo Constitucional de Juicio Justo en el Ámbito del Proceso Civil. Conexión entre el Derecho a la Tutela Judicial Efectiva y el Derecho a un Proceso con Todas las Garantías*. Atelier. Barcelona, 2002, pp. 61 - 63.

más propiamente, del proceso razonable⁴⁴⁴.

De esta forma, se ha consagrado un derecho a la justicia, configurado como un derecho de todos a que sus pretensiones sobre cualquier situación jurídica, sean conocidas por un juez imparcial e independiente, luego un proceso llevado a cabo legalmente, donde se respeten las garantías de igualdad de las partes, de su eventual contradicción, de la plenitud de los medios de prueba y defensa y la duración razonable, prohibiéndose así, cualquier tipo de indefensión⁴⁴⁵.

Ahora bien, en cuanto a la administración de justicia por parte de las autoridades legítimas de los pueblos indígenas, la Corte Constitucional de Colombia, en la Sentencia N° T - 349/ 96 determinó que dentro del respeto a la cultura de esos grupos humanos, la noción de debido proceso, entendido como legalidad del procedimiento, se debe interpretar ampliamente, porque si se exige la vigencia de normas e instituciones rigurosamente equivalentes a las nuestras, se desvirtuaría el objetivo del Constituyente al consagrar el pluralismo como un principio básico de la Carta Magna de ese país⁴⁴⁶. La Sentencia T - 523/97 de la misma Corte Constitucional, estableció que los Cabildos Indígenas de la Zona del Norte de Cauca, no habían violado el derecho al debido proceso del actor, porque esas autoridades tuvieron extremo cuidado en cumplir el procedimiento que tradicionalmente se utiliza en su comunidad.

Luego observamos que la misma Corte Constitucional en las Sentencias T-254/94 y T-048/2002, adopta otra línea jurisprudencial, al estimar que el derecho fundamental al debido proceso constituye un límite jurídico-material de la jurisdicción especial que ejercen las autoridades de

⁴⁴⁴ BODAS MARTÍN, Ricardo: "Las Garantías Éticas del Proceso". En: *Ética del Juez y Garantías Procesales*. Director Eduardo de Urbano Carrillo. Consejo General del Poder judicial. Madrid, 2005, pp.365 - 367.

⁴⁴⁵ *Ibid.*, p. 367.

⁴⁴⁶ CABEDO MALLOL, Vicente José: *La Jurisdicción Especial indígena de Colombia y Los Derechos Humanos...* op. cit. En: <http://www.alertanet.org/F2b-VCabedo.htm>

los pueblos indígenas que la llevan a cabo de acuerdo a sus propias normas y procedimientos, con la condición de no transgredir la Constitución y a la ley. Independientemente del contenido de las disposiciones jurídicas internas de las comunidades indígenas, las mismas deben respetar los derechos y principios contenidos en el núcleo esencial del derecho consagrado en el artículo 29 de la Constitución colombiana.

De hecho, establecen los fallos antes citados, que el derecho fundamental al debido proceso garantiza los principios de legalidad, de imparcialidad, de juez competente, de publicidad, de presunción de inocencia y de proporcionalidad de la conducta típica y de la sanción, e igualmente, los derechos de defensa y contradicción. El desconocimiento del mínimo de garantías constitucionales para el juzgamiento y sanción equivale a vulnerar el derecho fundamental al debido proceso. Asimismo, la Sentencia T-552/2003 consideró viable que un ciudadano hiciera uso de la autonomía de la voluntad para acudir a la jurisdicción ordinaria, cuando acredite que la indígena no está en condiciones de garantizar el debido proceso.

La Sentencia 0860/2007-R del Tribunal Constitucional de Bolivia, en fecha 12 de diciembre de 2007, determinó que las sanciones impuestas al recurrente contrariaban la garantía del debido proceso, al habersele condenado sin respetar los elementos básicos que componen el núcleo esencial de dicha garantía constitucional: como ser juzgado en proceso legal y con imparcialidad; ser escuchado antes de ser condenado; permitirle ejercer plenamente su derecho a la defensa, presentando pruebas, contradiciendo las del contrario; presumirse su inocencia; y que la sanción fuese proporcional a la conducta punible. Consideró ese Tribunal que, ninguno de los elementos enumerados habían sido tomados en

consideración por los recursos ni sus bases, vulnerando así la Constitución⁴⁴⁷.

La Corte Constitucional de Colombia se ha pronunciado, específicamente, en relación con el derecho a la defensa y con la asistencia de un abogado dentro de la jurisdicción especial en estudio. La Sentencia T-349/96 consagró que el derecho a la defensa no existe dentro de la cosmovisión de los pueblos indígenas, pues no representa un valor que individualmente se proteja de forma prioritaria dentro de su entorno cultural. Por tanto, se admitió que en ausencia del imputado éste fuera representado por unos parientes, de manera análoga al derecho a la defensa, en un proceso seguido por la jurisdicción especial indígena. Con relación a la asistencia de un abogado, la Sentencia T-523/97 señaló que éste era un derecho que debía ejercerse por los medios que son propios dentro del sistema normativo de la comunidad indígena y, no necesariamente, por los contemplados por las normas nacionales y los tratados internacionales. Fue así que, la Corte estimó como suficiente la asistencia de un defensor que fuera miembro de la comunidad⁴⁴⁸.

Dando otro enfoque, la Sentencia T- 048/2002 de la Corte antes citada, deja asentado que a pesar de no requerirse a las autoridades indígenas que lleven a cabo una investigación y juzgamiento con el rigor propio de las normas procesales aplicables por la jurisdicción ordinaria, si se exige que se protejan unas reglas mínimas del derecho a la defensa y contradicción. El fallo establece que:

⁴⁴⁷ Sentencia Constitucional 0860/2007-R. Tribunal Constitucional de Bolivia. Magistrado Relator: Artemio Arias Romano, de fecha 12/12/2007.

⁴⁴⁸ CABEDO MALLOL, Vicente José: *La Jurisdicción Especial indígena de Colombia y Los Derechos Humanos...* op. cit., en: <http://www.alertanet.org/F2b-VCabedo.htm>

“De tal suerte que las decisiones de instancia que se revisan deben revocarse, porque la decisión de la comunidad accionada de retirar al actor de la misma y la resolución del Cabildo Indígena Los Ángeles que la hizo efectiva, no se sujetaron a sus propios reglamentos, quebrantaron la presunción de inocencia del afectado y violaron su derecho a la defensa, y las decisiones que así son tomadas deben ser infirmadas por el juez constitucional –artículos 2º, 29 y 86 C.P.-, porque es la sujeción a la constitución y a la ley lo que le da firmeza y obligatoriedad a actuaciones jurisdiccionales en las sociedades organizadas”⁴⁴⁹.

Doctrinalmente se ha señalado que en todo proceso deben existir dos partes distintas y enfrentadas entre sí, con argumentaciones contradictorias, sino el conflicto jurídico no existiría y, consecuentemente, el proceso sería innecesario. Entonces, el derecho a la defensa garantiza que las partes tengan la posibilidad de acceder al proceso y a los recursos legalmente establecidos en condición de ser oídos, para hacer valer sus derechos e intereses legítimos. Cada parte procesal debe tener la posibilidad de expresar los argumentos de sus pretensiones y de impugnar los expuestos por la parte contraria en apoyo de las suyas⁴⁵⁰.

Amnistía Internacional ha recalcado que toda persona acusada de un delito tiene derecho a defenderse, bien sea personalmente o con la asistencia de un abogado. Igualmente, tiene derecho a ser asistida por un abogado de su elección, a que se le nombre uno de oficio siempre que el interés de la justicia lo exija, de forma gratuita si no cuenta con los medios suficientes para pagarlo. Asimismo, el acusado tiene derecho a

⁴⁴⁹ Sentencia T-048/2002. Corte Constitucional de Colombia, Sala Octava de Revisión de Tutelas. Magistrado Ponente: Álvaro Tafur Galvis, de fecha 31/01/2002.

⁴⁵⁰ SAAVEDRA GALLO, Pablo y OSORIO ACOSTA, Ezequiel: *Sistema de Garantías Procesales*. Dijusa. Madrid, 2008, p. 392.

comunicarse confidencialmente con su abogado. Se considera entonces, que el derecho a la asistencia de un abogado es uno de los medios principales para garantizar la protección de los derechos humanos de las personas acusadas de delitos, esencialmente, de su derecho a un juicio justo⁴⁵¹.

Sobre los principios de legalidad del delito y de la pena, advierte CABEDO MALLOL, que al estar ante un Derecho consuetudinario, dichos principios deben ajustarse a tal contexto. Es por ello que, al tratarse de un Derecho no escrito, se imposibilita la exigencia de los principios de tipicidad y taxatividad. Según se desprende de las Sentencia T- 349/96 y T- 523/97 de la Corte Constitucional de Colombia, nos dice el autor que, la legalidad del delito atañe a la interiorización de la prohibición en cuestión, por parte de los miembros de la comunidad. La legalidad de la pena se asocia con la previsibilidad que de la misma tenga el indígena que ha cometido un delito y los demás miembros de su comunidad⁴⁵².

La Sentencia T-552/2003 asentó que inicialmente se podría concluir que para la viabilidad de la jurisdicción indígena es necesario que, previamente, se acredite la vigencia de ese orden jurídico tradicional alternativo, lo cual sería particularmente indudable en materias penales, en virtud del principio de legalidad.

Destaca el fallo citado, como debe ser considerada la oralidad propia de los ordenamientos jurídicos de las comunidades indígenas. Pues dicha característica, exige una reconceptualización del principio de legalidad, excluyendo la posibilidad de condicionar el reconocimiento de la jurisdicción a la presentación de compilaciones de normas escritas en materias sustantivas o procedimentales, incluyendo, precedentes

⁴⁵¹ *Juicios Justos. Manual de Amnistía Internacional...* op. cit., pp. 107 -108.

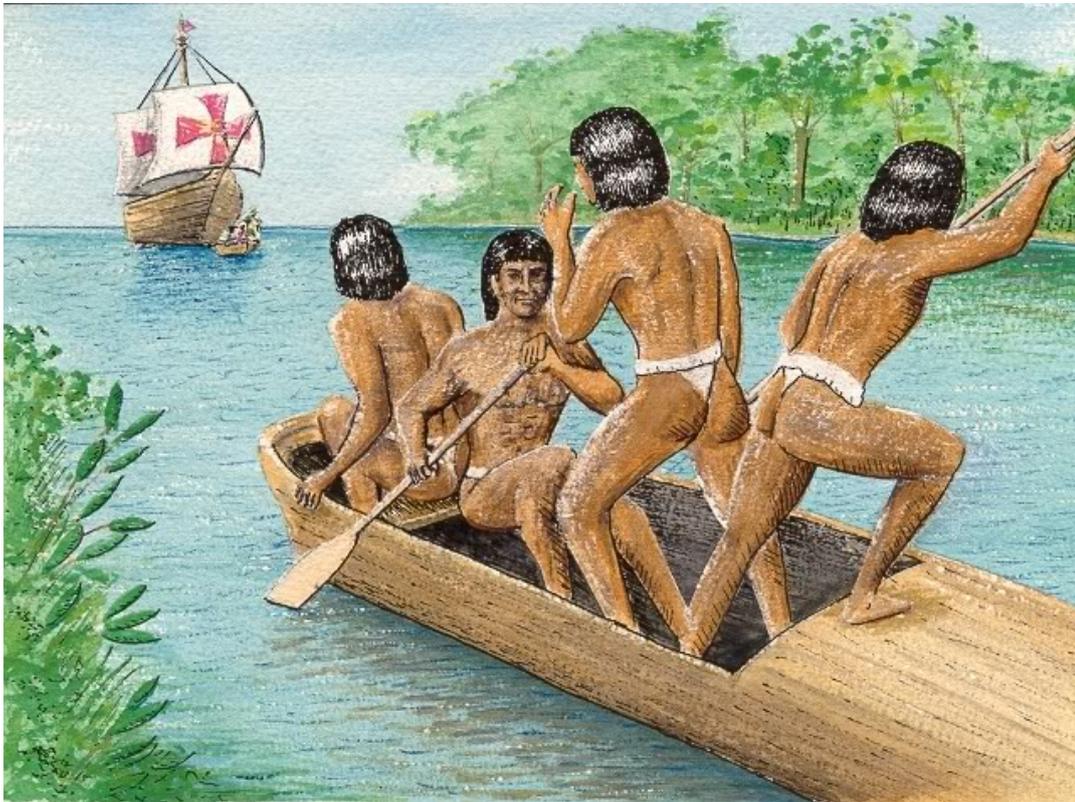
⁴⁵² CABEDO MALLOL, Vicente José: *La Jurisdicción Especial indígena de Colombia y Los Derechos Humanos...* op. cit. En: <http://www.alertanet.org/F2b-VCabedo.htm>

igualmente de carácter escritos, en materias como las que suscita el reclamo de jurisdicción.

Hemos estudiado con detenimiento la acepción de Derecho consuetudinario de los pueblos indígenas y su catalogación como sistemas jurídicos. Realizamos una caracterización de la jurisdicción especial indígena y analizamos los conflictos entre ésta y la jurisdicción ordinaria. Seguidamente, examinamos algunas de las experiencias de la consagración de esta jurisdicción especial en América. Luego, fijamos los límites jurídicos impuestos al ejercicio de administración de justicia de las autoridades legítimas de estos pueblos. Ha llegado la hora de establecer las implicaciones que pueden traer el reconocimiento de la jurisdicción especial indígena en el sistema jurídico español.

CAPÍTULO VII

IMPLICACIONES DEL RECONOCIMIENTO DE LA JURISDICCIÓN ESPECIAL INDÍGENA EN EL SISTEMA JURÍDICO ESPAÑOL



CAPÍTULO VII

IMPLICACIONES DEL RECONOCIMIENTO DE LA JURISDICCIÓN ESPECIAL INDÍGENA EN EL SISTEMA JURÍDICO ESPAÑOL

1. Incorporación y vigencia del Convenio N° 169 de la OIT en el sistema jurídico español

Como señalamos en la introducción de esta investigación, el Gobierno de España ratificó el Convenio N° 169 sobre Pueblos Indígenas y Tribales en Países Independientes de la Organización Internacional del Trabajo (OIT), el 15 de febrero de 2007⁴⁵³, entrando en vigor el 15 de febrero de 2008⁴⁵⁴. Se entiende que el país ibérico, en principio, ratificó este Convenio con el objetivo de optimizar sus proyectos de cooperación internacional con los pueblos indígenas. Encontramos así, las actuaciones del Programa Indígena de la AECID, adscrito al Ministerio de Asuntos Exteriores y Cooperación, que en su presentación expone la siguiente información:

En el año 2005, la publicación del Plan Director de la Cooperación Española para el periodo 2005 – 2008 dota de renovada y singular importancia a la cooperación española con los Pueblos Indígenas, incorporándola como línea de trabajo específica dentro de una de sus prioridades sectoriales: Aumento de la libertad y las capacidades culturales. El Plan Director enfatiza la necesidad de elaborar la nueva Estrategia de la Cooperación Española con los Pueblos Indígenas (ECEPI), adaptándola al nuevo marco internacional, y confiere al Programa Indígena el carácter de principal responsable de su aplicación. Como tal, el Programa Indígena es el encargado de

⁴⁵³ BOE núm. 58, de fecha 8/03/2007 (Anexo I).

⁴⁵⁴ Artículo 38 del Convenio N° 169 de la OIT.

la coordinación y seguimiento de las intervenciones de cooperación para el desarrollo de los pueblos indígenas que realizan los diferentes actores de la Cooperación Española⁴⁵⁵.

Ahora bien, aunque la finalidad que perseguía España al ratificar el Convenio N° 169 de la OIT estaba orientada al fortalecimiento de la cooperación internacional con los pueblos indígenas, este país ratificó el Texto de forma total, sin reserva o declaración alguna. Se debe tener en consideración que la OIT no acepta reservas o declaraciones limitativas de los tratados adoptados en su seno. Para la OIT las declaraciones solo son aceptables en tanto no modifiquen el consentimiento, es decir, no afecten el contenido sustantivo del Convenio que se busca ratificar. Esta es una posición tan antigua como la propia organización⁴⁵⁶.

Es así que, en el ordenamiento jurídico español tiene vigencia el Convenio N° 169 de la OIT, de manera íntegra. Por tanto, en este país tienen vigor una serie de normas cuya posible aplicación consideramos interesante. Así por ejemplo, como ya hemos estudiado, el artículo 8 del Convenio N° 169 de la OIT establece, sin exclusiones, que los Estados al aplicar la legislación nacional a los pueblos indígenas, deberán considerarse debidamente sus costumbres o su Derecho consuetudinario. Dice la norma que, estos 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. Prevé además, la obligación de establecer procedimientos

⁴⁵⁵ Programa Indígena de la AECID (Página Web en línea) http://www.aecid.es/web/es/cooperacion/prog_cooperacion/Indigena/presentacion/. Consultada en septiembre de 2010.

⁴⁵⁶ RIQUELME CORTADO, Rosa: *Las Reservas de los Tratados. Lagunas y Ambigüedades del Régimen de Viena*. Universidad de Murcia. Murcia, 2004, p.112.

para solucionar los conflictos que puedan surgir en la aplicación de tal principio.

Es evidente que la vigencia del Convenio 169 de la OIT en España debe ser estudiada desde una óptica diferente a la utilizada en los casos de Bolivia, Colombia, Ecuador, Perú o Venezuela, por nombrar algunos países latinoamericanos con pueblos indígenas que han ratificado este Convenio⁴⁵⁷. Nos resulta relevante entonces, profundizar en el análisis de cuáles podrían ser las implicaciones que tendría la vigencia de este Texto, en especial de su artículo 8, en un país europeo que no tiene población indígena, como es el caso de España.

Lo primero que determinaremos es que el artículo 96.1 de la Constitución española establece que: “Los Tratados internacionales válidamente celebrados, una vez publicados oficialmente en España, formarán parte del ordenamiento interno. Sus disposiciones solo podrán ser derogadas, modificadas o suspendidas en la forma prevista en los propios Tratados o de acuerdo con las normas generales del Derecho Internacional”. Luego, el artículo 1.5 del Código Civil español prevé que: “Las normas jurídicas contenidas en los tratados internacionales no serán de aplicación directa en España en tanto no hayan pasado a formar parte del ordenamiento interno mediante su publicación íntegra en el Boletín Oficial del Estado.

De la normativa antes citada se infiere que, desde la fecha pactada por las partes, las disposiciones contenidas en los tratados obligan a España desde su entrada en vigor en el orden internacional. Esto debido a que dichos tratados son fuente directa y con plena eficacia en el Derecho interno, al ser publicados oficialmente, siendo capaces de crear por sí mismos derechos y obligaciones directamente exigibles por los

⁴⁵⁷ Para constatar el porcentaje de la población indígena existente en los países que han ratificado este Convenio, recomendamos la consulta del Anexo V de este estudio.

particulares, que pueden ser reivindicados ante los órganos judiciales y administrativos (disposiciones *self - executing* o directamente aplicables). Es de precisar que, si bien la Constitución española no consagra directamente la primacía del Derecho internacional convencional, esta preponderancia se confirma de manera indirecta pero inequívoca en el párrafo final del artículo 96.1 CE⁴⁵⁸. Dentro de esta perspectiva, el Tribunal Constitucional español en su Sentencia N° 38/1981, de fecha 23 de noviembre de 1981, determinó que:

“Los Convenios de la O.I.T. ratificados por España constituyen, sin duda, textos invocables al respecto, al igual que otros textos internacionales (así, el art. 8 del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales; artículo 1.5 del Código Civil). Los convenios se incorporan al ordenamiento interno, y de estas normas internas surgen los derechos individuales, que cuando se recogen en el capítulo de derechos o libertades para cuya protección se abre el recurso de amparo (como es el caso del derecho sobre el que este proceso se cuestiona), adquieren un valor capital las reglas del Convenio o Tratado”⁴⁵⁹.

En cuanto a la eficacia e interpretación de los tratados, señalaremos que el artículo 10.2 CE, prevé que: “Las normas relativas a los derechos fundamentales y a las libertades que la Constitución reconoce se interpretarán de conformidad con la Declaración Universal de los Derechos Humanos y los Tratados y acuerdos internacionales sobre las mismas materias ratificados por España”. Esto quiere decir que, los tratados

⁴⁵⁸ DIEZ DE VELASCO, Manuel: *Instituciones de Derecho Internacional Público...* op. cit., pp. 246 - 249.

⁴⁵⁹ Sentencia N° 38/1981. Tribunal Constitucional de España. Magistrado Ponente: Jerónimo Arozamena Sierra, de fecha 23/11/1981.

internacionales sobre derechos humanos celebrados por España dan criterios de interpretación de la propia Constitución y del conjunto del ordenamiento jurídico español, que deben ser considerados por todas las instituciones del Estado, especialmente, por los órganos administrativos y judiciales⁴⁶⁰.

No se puede obviar que, el control constitucional corresponde únicamente al Tribunal Constitucional español; no obstante, éste no podrá declarar la nulidad de un tratado como lo hace con la ley (artículo 39 de la Ley Orgánica del Tribunal Constitucional)⁴⁶¹. Por consiguiente, la declaración que podrá hacer el Tribunal Constitucional sería la de inaplicabilidad del tratado (nulidad sólo interna), porque su nulidad únicamente puede fundamentarse en causas previstas en el Derecho internacional (artículo 42.1 del Convenio de Viena sobre el Derecho de los Tratados, 1969) y no puede ser declarada de manera unilateral por una de las partes. Aunque se debe hacer la salvedad que, la no aplicación de un tratado desemboca en la responsabilidad internacional⁴⁶².

Con lo antes expuesto queda claro que el texto íntegro del Convenio Nº 169 de la OIT forma parte del ordenamiento jurídico español; por tanto, su normativa es de aplicación directa, sin necesidad de desarrollo legislativo. Para entender cómo podría tener cabida dentro de este sistema legal, las particularidades examinadas a lo largo de este estudio, en relación con los pueblos indígenas, sus costumbres y jurisdicción especial, vemos oportuno analizar, inicialmente, la concepción de autonomía que rige en el mismo.

⁴⁶⁰ DIEZ DE VELASCO, Manuel: *Instituciones de Derecho Internacional Público...* op. cit., p. 252.

⁴⁶¹ Ley Orgánica 2/1979, de 3 de Octubre, del Tribunal Constitucional. Texto consolidado e integrado con las modificaciones introducidas por las Leyes Orgánicas 8/1984, 4/1985, 6/1988, 7/1999 y 1/2000 y con expresión particularizada de las reformas conforme a las Leyes Orgánicas 6/2007, de 24 de mayo, y 1/2010, de 19 de febrero.

⁴⁶² DIEZ DE VELASCO, Manuel: *Instituciones de Derecho Internacional Público...* op. cit., p. 250.

2.- Pluralismo legislativo en España: contraste entre la autonomía de las Comunidades Autónomas españolas y la autonomía de los pueblos indígenas

España y los países latinoamericanos con población indígena tienen en común su carácter compuesto, es decir, son Estados plurilegislativos. Sin embargo, esta plurilegislación evidencia una importante diferencia, la del Estado español tiene una base territorial, derivada del reconocimiento de cierta descentralización con respecto a sus Comunidades Autónomas (Estado unitario con una marcada descentralización jurídica). En cambio, la de los países latinoamericanos con población indígena, se fundamenta en una base personal, resultado de la existencia de estas etnias dentro de sus fronteras (Estados plurilegislativos *ratione personae*) (*supra* pp. 32 - 35). Pero a pesar de las profundas diferencias, se debe aclarar que dentro de las formas de pluralidad legislativa de España y la de los Estados latinoamericanos con población indígena, también pueden existir algunos acercamientos.

Como hemos reseñado, dentro de las reivindicaciones que han alcanzado los pueblos indígenas se encuentran los derechos sobre sus tierras que, en definitiva, ha derivado en el derecho de autonomía política dentro de las mismas. Hemos dicho que esta autonomía se entiende como el derecho del que gozan algunas entidades regionales o territoriales, otorgándoseles la potestad de autogestionarse, autogobernarse y decidir sobre sus propios asuntos. Ésta es el reconocimiento de pueblos indígenas como entidades públicas, con capacidad legal y con la garantía de poder emitir normas dentro de su jurisdicción y de participar en la elaboración de las políticas estatales, departamentales, etc.⁴⁶³

⁴⁶³ HOEKEMA, Andre J.: "El Concepto de Autonomía". En: *Derechos de los Pueblos Indígenas en las Constituciones de América Latina*. Comp. Enrique Sánchez... op. cit., p. 243.

En Colombia se ha determinado que en el caso de los pueblos indígenas, la pertenencia al lugar produce formas específicas de dominio y jurisdicción sobre el espacio. Se produce una lógica territorial donde el dominio jurídico sobre la propiedad es desplazado por el dominio político cultural de la pertenencia. De allí que, los municipios y los departamentos no son propietarios del territorio de su jurisdicción, pero ejercen autoridad sobre él, donde sus pobladores desarrollan formas culturales de uso. La realidad de los resguardos es otra, siendo definidos como *sui generis*, al ser la única entidad del Estado colombiano con propiedad sobre la tierra y reconocimiento cultural⁴⁶⁴.

En Venezuela el Municipio Indígena se consagra como una organización del régimen de gobierno y administración local, por la cual los pueblos y comunidades indígenas definen, ejecutan, controlan y evalúan la gestión pública de acuerdo a los planes previstos en su jurisdicción territorial, tomando en cuenta la organización social, política y económica, cultural, usos y costumbres, idiomas y religiones. Todo esto con el objetivo de establecer una administración municipal que garantice, a estos pueblos, su participación protagónica en el marco de su desarrollo sociocultural. Se prevé además que, la organización de los municipios indígenas sea democrática y responda a la naturaleza propia del gobierno local⁴⁶⁵.

Desde una perspectiva distinta, señalaremos que España está conformada por Comunidades Autónomas según lo prevé su Carta Magna. El artículo 2 de este Texto reconoce y garantiza el derecho a la autonomía de las regiones que componen el Estado. Este país está dividido política y administrativamente en diecisiete Comunidades Autónomas, además de Ceuta y Melilla, cuyos estatutos de autonomía les otorgan el rango de ciudades autónomas. Un caso particular es el de Navarra, que está

⁴⁶⁴ ZAMBRANO RODRÍGUEZ, Carlos Vladimir: *Ejes Políticos de la Diversidad Cultural*. Universidad Nacional de Colombia. Siglos del Hombre Editores. Bogotá, 2006, p. 144.

⁴⁶⁵ Artículo 50 de la Ley Orgánica del Poder Público Municipal de Venezuela. Publicada en Gaceta Oficial N° 38.204, de fecha 8/06/2005. Con reforma parcial publicada en Gaceta Oficial N° 39.163, de fecha 24/04/2009.

constituida como comunidad foral, entendiendo que su actual autogobierno emana de la Ley de Modificación de Fueros de Navarra (Ley Paccionada, 1841) y del amparo a los derechos históricos consagrados en la Constitución. Pero, a efectos prácticos, la jurisprudencia del Tribunal Constitucional ha asimilado el estatus de Navarra al del resto de Comunidades Autónomas.

La CE no prevé la descentralización de la potestad jurisdiccional, la cual está sujeta a los principios de exclusividad y unidad (artículo 117.3 y 5 CE), siendo reservada al Estado (artículo 149.1.5ª CE). El artículo 122. 2 CE prevé que el Consejo General del Poder Judicial es el órgano de gobierno del mismo. Luego, el artículo 123. 1 CE determina que el Tribunal Supremo tiene jurisdicción en toda España y es el órgano jurisdiccional superior en todos los órdenes, salvo lo dispuesto en materia de garantías constitucionales.

Se descarta así, que las Comunidades Autónomas puedan disponer de un Poder Judicial independiente o diferente al del propio Estado español, ya que éste debe ser único en todo el territorio. Sólo se puede hablar de varios Poderes Judiciales en la medida que existan varios entes soberanos, situación que se evidencia en las federaciones o confederaciones. A tenor de esto, se ha concluido que la descentralización política del Estado español abarca tanto al Legislativo como al Ejecutivo, porque todas las Comunidades Autónomas tienen actualmente una Cámara legislativa y un Gobierno con competencias propias, pero no un Poder Judicial propio, que permanece único para toda España⁴⁶⁶.

Sin embargo, sí se ha reconocido cierta proyección de la autonomía política de las comunidades en lo que a justicia se refiere, especialmente al redimensionar la organización jurisdiccional al nuevo orden territorial

⁴⁶⁶ SAIZ GARITAONANDIA, Alberto: *La Administración de Justicia en las Comunidades Autónomas: Situación actual y perspectivas de reforma*. Tiran lo Blanch. Valencia, 2009, p. 57.

previsto al amparo de las Comunidades Autónomas. Una muestra es la constitucionalización de los Tribunales Superiores de Justicia, como culminación de la organización judicial en el ámbito territorial de las Comunidades; asimismo, se ha previsto que los Estatutos puedan establecer supuestos y formas de participación de las Autonomías en la organización y demarcaciones judiciales de sus territorios, con apego en lo establecido en la Ley Orgánica del Poder Judicial y los principios de unidad e independencia del mismo (artículo 152.1.2º párrafo CE)⁴⁶⁷.

Frente a lo antes dicho, se debe precisar que los Tribunales Superiores de Justicia, aunque abarcan su jurisdicción en el territorio de una Comunidad Autónoma, está incorporado en el Poder Judicial único estatal; por consiguiente, fuera de la estructura institucional autonómica, que prevé el párrafo primero del artículo 152.1 CE (Cámara Legislativa y Consejo de Gobierno). Estos Tribunales son un órgano situado en la Comunidad Autónoma correspondiente, pero no implica que pertenezcan a dicha Autonomía⁴⁶⁸.

En relación con este tema cabe citar la Sentencia Nº 31/ 2010, donde el Tribunal Constitucional calificó como un “evidente exceso” la creación de un Consejo de Justicia en el Estatuto de Autonomía de Cataluña, en los siguientes términos:

“Atendida la configuración constitucional del Poder Judicial a la que nos hemos referido en los Fundamentos precedentes, es notorio que el Estatuto catalán incurre en un evidente exceso al crear en el art. 97 un Consejo de Justicia de Cataluña al que se califica como “órgano de gobierno del poder judicial en

⁴⁶⁷ SÁNCHEZ BARRILAO, Juan Francisco: “Poder Judicial y Unidad Jurisdiccional en España”. En: *Poder Judicial y Unidad Jurisdiccional en el estado Autonómico*. Consejo General del Poder Judicial. Madrid, 2006, pp. 111 - 112; y JIMÉNEZ ASENSIO, Rafael: *Pacto de estado, Reforma de la Administración de Justicia y Comunidades Autónomas*. Instituto Vasco de Administración Pública. Oñati, 2004, pp. 28- 29.

⁴⁶⁸ SAIZ GARITAONANDIA, Alberto: *La Administración de Justicia en las Comunidades Autónomas: Situación actual y perspectivas de reforma...* op. cit., pp. 254 - 255.

Cataluña” y cuyos actos lo serían de un “órgano desconcentrado del Consejo General del Poder Judicial”, siendo así que el Poder Judicial (cuya organización y funcionamiento están basados en el principio de unidad ex art. 117.5 CE) no puede tener más órgano de gobierno que el Consejo General del Poder Judicial, cuyo estatuto y funciones quedan expresamente reservados al legislador orgánico (art. 122.2 CE). En esas condiciones, es obvia la infracción de los arts. 122.2 CE y 149.1.5 CE, según es doctrina reiterada (por todas, STC 253/2005, de 11 de octubre, FJ 5), pues ningún órgano, salvo el Consejo General del Poder Judicial, puede ejercer la función de gobierno de los órganos jurisdiccionales integrados en el Poder Judicial, exclusivo del Estado, ni otra ley que no sea la Orgánica del Poder Judicial puede determinar la estructura y funciones de aquel Consejo dando cabida, en lo que ahora interesa, y en su caso, a eventuales fórmulas de desconcentración que, no siendo constitucionalmente imprescindibles, han de quedar, en su existencia y configuración, a la libertad de decisión del legislador orgánico con los límites constitucionales antes expresados”⁴⁶⁹.

En España el constituyente ha sustentado sobre el principio de autonomía, la edificación territorial del Estado (artículos 2, 137, 140, 142 y 156 CE). En última instancia, la autonomía debe concebirse como traducción y consecuencia orgánico – territorial del valor de la libertad, así como, del Estado democrático de Derecho consagrado en el artículo 1.1 CE. Encuentra su límite en el artículo 138.2 CE, que dispone que en ningún caso las diferencias entre Estatutos de las Comunidades podrán transgredir la igualdad, porque implicaría privilegios económicos o sociales. Se ha llegado a afirmar que, la articulación de España como Estado

⁴⁶⁹ Sentencia Nº 031/2010. Pleno del Tribunal Constitucional de España, de fecha 28/06/2010.

compuesto tiene la virtud de distinguir decisiones según las particularidades territoriales y culturales. La autonomía territorial sería así, el contrapunto de las posibilidades políticas y civiles de los ciudadanos, al igual que, la expresión de su voluntad y capacidad de autotutela⁴⁷⁰.

En cuanto al Poder Legislativo y el Derecho propio de las Comunidades Autónomas, según expone TORRANO RUBIO, cuando entró en vigor la Constitución de 1978, los Derechos civiles forales o especiales estaban recogidos en las Compilaciones: vasca, catalana, balear, gallega, aragonesa y navarra. Las Comunidades Autónomas respectivas, en sus respectivos Estatutos, asumieron inmediatamente la competencia sobre la legislación civil, que permitía el art. 149.1.8ª de la Constitución, transformando rápidamente las Compilaciones en leyes propias, adecuándolas a los principios constitucionales, y procediendo en su caso, a la traducción de las mismas⁴⁷¹.

Nos dice el autor antes citado, que después se incorporaron nuevas modificaciones en las mencionadas Compilaciones y se legisló al margen de ellas, en ocasiones derogándolas totalmente. Tanto en estas Comunidades Autónomas con Derecho civil propio, como en otras que no lo poseen, se ha verificado la aprobación de normas con desigual rango (legal y reglamentario) en materias relacionadas con el comercio interior, el consumo, el urbanismo, la agricultura, propiedades especiales, fundaciones, cooperativas, asociaciones, protección de menores, etc.; una buena parte de las mismas, encierran verdaderos preceptos de naturaleza civil.

⁴⁷⁰ LÓPEZ PINA, Antonio: *La Constitución Territorial de España. El orden jurídico como garantía de la igual libertad*. Instituto Nacional de Administración Pública. Marcial Pons. Madrid - Barcelona, 2006, pp. 54 - 55.

⁴⁷¹ RUBIO TORRANO, Enrique: "Evolución y Futuro del Derecho Civil Navarro". En: *Jornadas de Derecho Civil de Navarra*. Nº 33.2, enero - junio 2002. Gobierno de Navarra (Página Web en línea) navarra.es, p. 20.

La interpretación y la aplicación que el Tribunal Constitucional ha venido desarrollando sobre el artículo 148.1.8ª se caracterizan en muchos casos por la permisividad, continuamente fundamentada en una equiparación de hecho del rango normativo de los Estatutos de Autonomía con el de la Constitución, refutando la posible inconstitucionalidad de aquéllos y aplicando siempre una interpretación sistemática e integradora de los mismos con la Constitución. En otras ocasiones, el Tribunal luego de determinar una doctrina acorde con el texto constitucional, realiza una aplicación concreta de la misma manifiestamente favorable al reconocimiento de competencias legislativas de las Comunidades Autónomas en temas que afectan directamente a las materias en cuestión⁴⁷². La Sentencia Nº 31/ 2010 del Tribunal Constitucional español hace el siguiente señalamiento en cuanto al Derecho propio de Cataluña:

“El conocimiento del Derecho propio de Cataluña es una condición inexcusable en quien, como titular de un órgano de la jurisdicción, tiene como función la aplicación del Derecho integrado en el conjunto del Ordenamiento español, en el que se comprenden tanto el Derecho del Estado como las disposiciones de Derecho internacional debidamente incorporadas en aquel conjunto y, obviamente, los Derechos internos de origen y alcance infraestatal, sean los emanados de las Comunidades Autónomas, sean los Derechos civiles forales o especiales reconocidos y amparados por la Constitución. En propiedad, por tanto, la exigencia contenida en el art. 102.2 EAC es perfectamente redundante, pues es obvio que los Jueces y Magistrados españoles deben conocer el Derecho español en todas sus dimensiones y variables, siendo evidente que en ese punto el precepto estatutario no exige nada que no esté ya obligado a exigir, por principio, el legislador orgánico del Poder Judicial, único competente, según tenemos repetido, para la

⁴⁷² *Ibíd.*, p. 20.

disciplina de los procedimientos de acceso a la Carrera Judicial y de promoción y traslado de quienes en ella se integran”⁴⁷³.

Añadiremos además que los Estatutos de Autonomía con reciente data, gozan de una amplia declaración de derechos, deberes y principios rectores, que disienten de los antiguos Estatutos en los que apenas se aludía a la materia de derechos. Anteriormente se empleaba la técnica de la remisión a la Constitución para establecer el alcance de las competencias de los respectivos entes territoriales. En otras palabras, esto no era objeto de una regulación específica; al contrario, cualquier deducción de contenido o implicación para las políticas públicas debía realizarse a partir de títulos competenciales concretos, de manera tal, que cualquier creación de derechos en el ámbito autonómico se remitía a su previa creación mediante la ley autonómica⁴⁷⁴.

Concluiremos que la autonomía reconocida a los pueblos indígenas en los Estados latinoamericanos con población indígena, que han ratificado el Convenio N° 169 de la OIT y la autonomía de las Comunidades Autónomas españolas tiene marcadas diferencias. Estamos ante una autonomía política, con contenido cultural, que en ambos casos, les permite ostentar un Poder Legislativo y propias formas de gobierno (autogobierno) dentro de un territorio determinado. No obstante, tiene gran peso a la hora hacer la distinción, que la autonomía concedida a los pueblos indígenas está fundamentada en la adscripción de los mismos a una etnia; es decir, tiene carácter personal, aunque finalmente tenga influencia en el ámbito territorial.

⁴⁷³ Sentencia N° 031/2010. Pleno del Tribunal Constitucional de España, de fecha 28/06/2010.

⁴⁷⁴ GAVARA DE CARA, Juan Carlos y otros: “Los Derechos Estatutarios en el Sistema Constitucional Español: Caracterización y Consecuencias”. En: *Los Derechos como Principios Objetivos en los Estados Compuestos*. Juan Carlos Gavara de Cara (ed.). Bosch Editor. Barcelona, 2010, p. 19.

Recordaremos que el pilar fundamental de este estudio está en la potestad de administrar justicia que se ha otorgado a las autoridades legítimas indígenas, dirigida a los integrantes de sus etnias, dentro de sus territorios. En otras palabras, a estos pueblos se les reconoció el derecho a tener una jurisdicción propia, especial y diferente dentro del Estado que conforman. Observamos que esta es una potestad que no ha sido conferida a las Comunidades Autónomas, cuya autonomía, aunque con un contenido cultural, tiene una base territorial⁴⁷⁵. Estas Comunidades integran al Estado español, cuya legislación consagra que la jurisdicción es única, exclusiva y está en manos de un solo Poder Judicial.

Es de advertir que España cuenta con una población gitana (romaní) del 2%, pero esta minoría étnica cultural, que ha desarrollado formas consuetudinarias de regulación y coerción social propias, con autoridades que las hacen cumplir, carece de reconocimiento constitucional e institucional en este país. Entonces, España no se cataloga como un Estado plurilegislativo *ratione personae* y no realizaremos una comparación desde ese enfoque. No obviamos sin embargo, que en caso que la etnia gitana se identifique a sí misma como pueblo tribal y logre reconocimiento institucional como tal, tiene interés analizar si entran dentro del ámbito de aplicación subjetivo del Convenio N° 169 de la OIT vigente en el sistema jurídico español (artículo 1.1.a del Convenio N° 169 OIT), pero este tema está fuera del objeto de estudio de esta investigación.

Destacaremos, sólo a manera de ejemplo, el caso de la ciudadana María Luisa Muñoz Díaz, quien durante nueve años emprendió acciones legales para lograr recibir el pago de la pensión de viudedad tras la muerte de su marido en el año 2000. Pero, tanto el Tribunal Superior de Justicia de

⁴⁷⁵ En este sentido señala PÉREZ MILLA: "En la organización del Estado de las Autonomías, la CE y los EEAA fijan el territorio como factor de coordinación que permite la adecuada delimitación de las potestades de las CCAA; en expresión del TC, la territorialidad es consecuencia de la "necesidad de hacer compatible el ejercicio simultáneo de las competencias asumidas por las distintas Comunidades" ya que "el ejercicio de competencias extraterritoriales ejercido por una Comunidad podría lesionar la autonomía de las otras"". En: PÉREZ MILLA, José Javier: *La Territorialidad en el Ordenamiento Plurilegislativo Español*. CIRIEC. Valencia, 1999, p. 15.

Madrid como el Tribunal Constitucional español fallaron en su contra, al no reconocer un matrimonio celebrado bajo el rito gitano y no estar inscrito en el Registro Civil. Fue así que, el Tribunal Europeo de Derechos Humanos de Estrasburgo, bajo el asunto Nº 4915/07, dictó su sentencia, en fecha 8 de diciembre de 2009, reconociendo la boda gitana como unión de pleno derecho. Este Tribunal, con el voto de seis jueces a favor y uno en contra, entendió que España había vulnerado el artículo 14 de la Convención Europea de los Derechos Humanos, que prohíbe la discriminación por razón de raza⁴⁷⁶.

3. Validez de la caracterización de “Nación y pueblos” en el ordenamiento jurídico español

Iniciaremos este apartado con en el Preámbulo de la CE, donde los constituyentes consagraron que:

*“La Nación Española, deseando establecer la justicia, la libertad y la seguridad y promover el bien de cuantos la integran, en uso de su soberanía, proclama su voluntad de: Garantizar la convivencia democrática dentro de la Constitución y de las Leyes conforme a un orden económico y social”...“En consecuencia, las Cortes aprueban y **el pueblo español** ratifica la siguiente -Constitución-” (Resaltado nuestro).*

⁴⁷⁶ Estrasburgo concede pensión de viudedad a una mujer casada mediante el rito gitano. En: El País (Página Web en Línea) http://www.elpais.com/articulo/sociedad/Estrasburgo/concede/pension/viudedad/mujer/casada/mediante/rito/gitano/elpepusoc/20091208elpepusoc_5/Tes

A continuación estudiaremos las concepciones de “nación” y “pueblos” vigentes en el sistema jurídico español.

3.1 La concepción de “nación” en el sistema jurídico español

PÉREZ CALVO entiende que la Nación es el soporte histórico de la soberanía, al dar una relativa homogeneidad cultural, una total “igualdad” a todos los nacionales españoles, mostrando dentro de su definición caracteres como el de la solidaridad. Es de esta manera que, para este autor la CE aporta innovaciones al concepto de nación:

1) Al ser plural, se abre una nueva vía de reconocimiento constitucional de la diversidad y del pluralismo social, hasta ahora reservado normalmente en el constitucionalismo de base liberal y democrática, al pluralismo ideológico, político o de defensa de intereses.

2) Yuxtapuestas a una nación particularmente política, cuya expresión jurídica es el Estado, están unas nacionalidades (y regiones) de contenido preferentemente cultural, que tienen derecho a la autonomía en el ámbito de un determinado territorio del Estado. Es así que la nación española, a pesar de contener caracteres propios, históricos, culturales, lingüísticos, se hace muy flexible en esos ámbitos que no afectan ni la soberanía ni los derechos inherentes a la ciudadanía o la solidaridad. Esa flexibilidad admite que las nacionalidades y regiones, cada una con su específico contenido definido en la Constitución y en los Estatutos, desarrollen sus propias capacidades.

3) La Nación española ha experimentado y sigue experimentando una continua evolución en sus contenidos debido a factores internos, como es

la concreción del Estado autonómico a través de los distintos Estatutos de Autonomía, y al factor externo de la Unión Europea que paulatinamente va modificando el antiguo hobbesiano y los elementos que lo integran⁴⁷⁷.

El artículo 2 de la CE es categórico al estipular la indisoluble unidad de la Nación española, en este sentido el Tribunal Constitucional español se pronuncia en la Sentencia Nº 31/ 2010, en los siguientes términos:

“De la nación puede, en efecto, hablarse como una realidad cultural, histórica, lingüística, sociológica y hasta religiosa. Pero la nación que aquí importa es única y exclusivamente la nación en sentido jurídico-constitucional. Y en ese específico sentido **la Constitución no conoce otra que la Nación española**, con cuya mención arranca su preámbulo, en la que la Constitución se fundamenta (art. 2 CE) y con la que se cualifica expresamente la soberanía que, ejercida por el pueblo español como su único titular reconocido (art. 1.2), se ha manifestado como voluntad constituyente en los preceptos positivos de la Constitución Española”⁴⁷⁸ (Resaltado nuestro).

En este punto encontramos otra divergencia entre los Estados latinoamericanos con población indígena que han ratificado el Convenio Nº 169 de la OIT y el Estado español. Tenemos por ejemplo el artículo 1 de la Constitución de Bolivia, que define a ese país como un Estado Unitario Social de Derecho *Plurinacional* Comunitario. Asimismo, el artículo 3 del mismo texto se refiere a como el pueblo boliviano está conformado por las *naciones* y pueblos indígenas. El artículo 1 de la Constitución de Ecuador

⁴⁷⁷ PÉREZ CALVO, Alberto: *Nación, Nacionalidades y Pueblos en el Derecho Español (Al hilo de la propuesta de Reforma del Estatuto de Autonomía de Cataluña)*. Biblioteca Nueva. Madrid, 2005, pp. 54 - 56.

⁴⁷⁸ Sentencia Nº 031/2010. Pleno del Tribunal Constitucional de España, de fecha 28/06/2010.

también define al país como un Estado plurinacional. En cambio, en el ordenamiento jurídico de España, en relación con las Comunidades Autónomas se admiten las acepciones nacionalidades y regiones; pero, sólo se reconoce la nación española como única e indivisible, por tanto, en este sistema no rige el principio de plurinacionalidad.

3.2 Acepción de “pueblos” en el sistema jurídico español

Establece el Preámbulo de la CE proclama como voluntad el proteger a todos los españoles y *pueblos de España* al ejercitar sus derechos humanos, sus culturas y tradiciones, lenguas e instituciones. Así pues, en el sistema jurídico español existe un reconocimiento de los pueblos que componen las distintas Comunidades Autónomas. Pero de igual forma, en el mismo texto constitucional se otorgó un reconocimiento del pueblo español, como elemento activo que ejerce la soberanía de la Nación española (artículos 1.2 y 66 CE). Encontramos aquí una delimitación, porque mientras la soberanía reside en el pueblo español, no sucede lo mismo con los pueblos de España que se encuentran en la base de cada Comunidad Autónoma⁴⁷⁹.

En este sentido cabe citar la sentencia del Tribunal Constitucional español, de 11 de septiembre de 2008, en donde declaró como inconstitucional la “ley del Parlamento vasco 9/2008, de 27 de junio”. En esta oportunidad este Tribunal al referirse al pueblo vasco, determinó:

⁴⁷⁹ PÉREZ CALVO, Alberto: *Nación, Nacionalidades y Pueblos en el Derecho Español (Al hilo de la propuesta de Reforma del Estatuto de Autonomía de Cataluña)*... op. cit., p. 69.

“La Ley recurrida presupone la existencia de un sujeto, el “Pueblo Vasco”, titular de un “derecho a decidir” susceptible de ser “ejercitado” [art. 1 b) de la Ley impugnada], equivalente al titular de la soberanía, el Pueblo Español, y capaz de negociar con el Estado constituido por la Nación española los términos de una nueva relación entre éste y una de las Comunidades Autónomas en las que se organiza. La identificación de un sujeto institucional dotado de tales cualidades y competencias resulta, sin embargo, imposible sin una reforma previa de la Constitución vigente⁴⁸⁰.”

Observamos que tanto los pueblos españoles que conforman las Comunidades Autónomas y los pueblos indígenas ostentan reconocimiento constitucional. En ambos casos ese reconocimiento no atenta contra la soberanía e integridad del Estado. Ahora bien, es evidente que la caracterización de los pueblos indígenas responde a una realidad y un contexto histórico diferente a la de los pueblos españoles. Como ya desarrollamos en el capítulo I, la definición de pueblos indígenas está compuesta por los elementos objetivos de descendencia y la colonia, así como, por el elemento subjetivo de la pertenencia étnica (*supra* pp. 52 - 53).

Nos debemos pasar por alto que, al estar vigente el Convenio N° 169 de la OIT en el ordenamiento jurídico español, los pueblos indígenas han recibido reconocimiento dentro de las fronteras del país ibérico, según lo prevé el artículo 1.1.b de dicho Texto.

⁴⁸⁰ Sentencia N° 103/2008. Pleno del Tribunal Constitucional de España, de fecha 11/09/2008.

3.3 Pluralidad de idiomas en el territorio español

El artículo 3 de la CE reconoce una cooficialidad entre el castellano como lengua española oficial del Estado y las demás lenguas españolas en las respectivas Comunidades Autónomas de acuerdo con sus Estatutos. Dentro de esa perspectiva, la Sentencia N° 031/ 2010 del Tribunal Constitucional español determinó que la administración pública en Cataluña no puede tener preferencia por dos lenguas oficiales, señalando:

“Toda lengua oficial es, por tanto —también allí donde comparte esa cualidad con otra lengua española—, lengua de uso normal por y ante el poder público. También, en consecuencia, lo es el castellano por y ante las Administraciones públicas catalanas, que, como el poder público estatal en Cataluña, no pueden tener preferencia por ninguna de las dos lenguas oficiales”⁴⁸¹.

En los reconocimientos constitucionales de los idiomas indígenas y los idiomas de las distintas Comunidades Autónomas, en sus diferentes contextos, encontramos uno de los puntos donde existe mayor acercamiento a la hora de comparar ambas realidades. Sin embargo, como diferencia detectamos; por ejemplo, que la oficialidad de los idiomas indígenas junto al castellano, en Venezuela, opera en todo el territorio de ese país, siendo un reconocimiento que se da por la adscripción a una etnia. Un indígena warao (etnia asentada en el estado Delta Amacuro de Venezuela) puede exigir a la administración pública de cualquier estado de ese país la emisión de un documento en su idioma.

⁴⁸¹ Sentencia N° 031/2010. Pleno del Tribunal Constitucional de España, de fecha 28/06/2010.

En cambio, el idioma catalán o el euskera no tienen oficialidad en toda España, sólo en el ámbito territorial de la Comunidad Autónoma de Cataluña y del País Vasco, respectivamente. Por ejemplo, en la Comunidad Autónoma de Madrid no se puede exigir a la administración pública que emita un documento en catalán. Aclarando que el castellano sí es oficial en todo el territorio español.

Haremos la salvedad que España hizo un reconocimiento de los idiomas indígenas al ratificar el Convenio N° 169 de la OIT. El artículo 13 de este Instrumento, estipula que los pueblos en cuestión tienen derecho a revitalizar, utilizar, fomentar y transmitir a las generaciones futuras, sus idiomas, tradiciones orales, sistemas de escritura y literatura, etc.

4. Reconocimiento de las costumbres y la jurisdicción especial indígena en España

Ha llegado la hora de analizar las posibles implicaciones que pueden tener para España la vigencia del artículo 8 del Convenio N° 169 de la OIT dentro de su sistema jurídico, desde la perspectiva del reconocimiento de las costumbres y la jurisdicción especial de los pueblos indígenas. Para iniciar esta labor es necesario establecer, previamente, cuál es el lugar que ocupa la costumbre como fuente del derecho en este sistema legal.

4.1 La costumbre en el sistema jurídico español

4.1.1 Antecedentes históricos de la costumbre en España

Iniciaremos con el Derecho prerromano, que abarca todos los ordenamientos jurídicos existentes en la Península Ibérica antes de la invasión romana. Respondiendo a las realidades de esa época, la Península fue un lugar de acogimiento de diversos grupos migratorios: fenicios, griegos, cartagineses, etc., procedentes del norte africano, tartesos, iberos, celtíberos. En su inmigración estas comunidades importaron el bagaje originario de sus etnias, sus costumbres, su forma de organización económica, su comercio, agricultura y ganadería. En ese contexto aparece un Derecho primitivo (denominado también Derecho indígena) que se conoce de una forma fragmentaria, que se caracteriza por ser poco desarrollado y distinto al que introdujeron los romanos. Este ordenamiento jurídico se distingue de un pueblo a otro, como consecuencia de la diversidad cultural vista desde el aspecto político y social, aunque igual se detectaron instituciones comunes⁴⁸².

CASES señala que, tal vez, Iberia no dio leyes a Roma porque no las tuviera en la cuantía necesaria para influir sobre el vencedor. Sin embargo, estos pueblos primitivos poseían, desde un punto de vista jurídico, un sistema de costumbres superior a la de una organización legalista. Contaban con una costumbre serial, en otras palabras, fundamentada en la multiplicidad de actos, sin acierto aún para constituir normas, pero con la consistencia suficiente para traspasar de la familia y de la tribu al conglomerado del Estado rudimentario⁴⁸³. Se ha dicho entonces, que este Derecho primitivo debió ser principalmente

⁴⁸² FERNÁNDEZ ESPINAR, Ramón: *Las Fuentes del Derecho Histórico Español, Esquemas y Resúmenes*. 2ª ed. Editorial Ceura. Madrid, 1986, p.97; y MONTAGUT ESTRAGUÉS, Tomás y SÁNCHEZ DE MOVELLÁN TORENT, Isabel: *Historia del Sistema Jurídico*. Universidad a Distancia de Madrid. Centro de Estudios Financieros. Madrid, 2009, p. 8-5.

⁴⁸³ CASES, Antonio: "La Costumbre Ibérica en el Desarrollo del Derecho Romano". En: *El Derecho Histórico en España Tomo I*. Publicación Trimestral. Imprenta SAP. Madrid, 1936, p. 99.

consuetudinario; no obstante, entre los turdetanos, dado su mayor grado de desarrollo económico y cultural, se evidenció la existencia de leyes en verso⁴⁸⁴.

En la etapa de la dominación romana se logra cierta unificación jurídica, entre otras causas, porque paulatinamente se impuso el Derecho romano en España, hasta anular las costumbres consuetudinarias primitivas, aunque éstas no desaparecieron del todo. Se observa así, que en ese periodo se evidenció el surgimiento del Derecho romano vulgar. Partamos de la idea que, en el año 212 d.C., el emperador Antonino Caracalla otorgó la ciudadanía romana a todos los habitantes del Imperio, con excepción de los esclavos y los *dediticios*; por tanto, todos los hombres libres accedieron al Derecho Romano. No obstante, este hecho no frenó el fenómeno de la vulgarización en la recepción de ese Derecho, porque si bien es cierto que los pueblos ibéricos, por una parte, otorgaron gran valor a la legislación del Imperio, por otra, fueron incapaces de aplicarla de forma íntegra. Esto como consecuencia a que sus costumbres y sus raíces predominaron con fuerza frente a la nueva realidad. Entonces, se fundieron distintas instituciones y tradiciones, tanto romanas como ibéricas, dando lugar a nuevas fuentes. Precisamente el Derecho romano vulgar fue el encontrado por los pueblos germánicos al invadir España⁴⁸⁵.

Fue así que, con la invasión visigoda se observa que al llegar este pueblo a España, cuentan con un ordenamiento jurídico propio, que es un Derecho consuetudinario, que tenía como signo distintivo una Asamblea de ancianos. Al mismo tiempo, los hispanorromanos también tenían su propio ordenamiento jurídico, que a pesar de pertenecer a la etapa de decadencia del bajo Imperio, seguía siendo técnicamente superior al primitivo Derecho germánico. Para dilucidar cuál Derecho rigió a unos y a otros se han desarrollado diversas teorías. Inicialmente se planteó una tesis tradicional

⁴⁸⁴ CASTÁN TOBEÑAS, José: *Derecho Civil Español, Común y Foral...* op. cit., pp.182 - 183.

⁴⁸⁵ *Ibíd.*, p.183; y FERNÁNDEZ ESPINAR, Ramón: *Las Fuentes del Derecho Histórico Español, Esquemas y Resúmenes...* op. cit., p. 107.

basada en el principio de la personalidad de las leyes, según la cual se cada pueblo se regía por su propio Derecho, por su ley de origen. Pero en los últimos tiempos la tesis tradicional ha recibido fuertes críticas y surgió con auge la teoría que sostiene que en aquella época tenía vigencia el principio de territorialidad de las leyes y; en consecuencia, tanto visigodos como hispanorromanos se rigieron por el Derecho legislado visigodo, siendo aplicable a todos los que vivían en el reino, independientemente de su nacionalidad de origen⁴⁸⁶.

En definitiva, en la Hispania visigoda una vez aprobado el *Liber Iudiciorum* (s. VII), este texto sirvió para la aplicación del Derecho por los jueces, quedando en un segundo plano la antigua costumbre germánica que junto a las decisiones de la Asamblea habían sobrevivido como formas de administrar justicia⁴⁸⁷.

Luego nos ubicamos en la Edad Media, periodo comprendido entre la caída del Estado visigodo y la realización de la unidad peninsular llevada a cabo por los Reyes Católicos; lo que es lo mismo, la etapa que va desde la ocupación musulmana a la Reconquista cristiana. Inicialmente, la sociedad musulmana en Hispania integró en su sistema jurídico el Derecho propio y su religión. Posteriormente, vienen los primeros reinos cristianos que surgieron a partir del siglo VIII, en el norte peninsular, a medida que se reconquistaron los territorios en manos de los musulmanes. Los primeros reinos cristianos se conformaron en Asturias, León, Castilla, Toledo y en descenso hacía el sur de España. Este fue un proceso que duró varios siglos, específicamente desde el siglo VIII hasta el siglo XV⁴⁸⁸. En esta

⁴⁸⁶ GARCÍA GALLO, Alfonso: Consideración Crítica de los Estudios sobre la Legislación y la Costumbre Visigodas. Instituto Nacional de Estudios Jurídicos. Anuario de Historia del Derecho Español. Madrid, 1974, pp. 410 - 416; TOMÁS Y VALIENTE, Francisco: *Manual de Historia del Derecho Español*. 4ª ed. Tecnos. Madrid, 2008, pp. 108 - 109; y FERNÁNDEZ ESPINAR, Ramón: *Las Fuentes del Derecho Histórico Español, Esquemas y Resúmenes...* op. cit., p. 149.

⁴⁸⁷ MONTAGUT ESTRAGUÉS, Tomás y SÁNCHEZ DE MOVELLÁN TORENT, Isabel: *Historia del Sistema Jurídico...* op. cit., p. 9-6.

⁴⁸⁸ FERNÁNDEZ ESPINAR, Ramón: *Las Fuentes del Derecho Histórico Español, Esquemas y Resúmenes...* op. cit., p. 187; y MONTAGUT ESTRAGUÉS, Tomás y SÁNCHEZ DE MOVELLÁN TORENT, Isabel: *Historia del Sistema Jurídico...* op. cit., p. 8 - 15.

época encontramos un antecedente firme del reconocimiento de la costumbre y está en las Sietes Partidas de Alfonso X (redactada entre los años 1256 y 1265). En la Primera Partida, Título 2, Ley 4, se determinó que:

“Se llama costumbre al derecho o fuero no escrito, el cual han usado los hombres largo tiempo ayudándose de él en las cosas y en las razones por las que lo usaron. Tres son las costumbres; 1.- aquella que es sobre el lugar o en persona cierta; 2.- tanto en personas como en lugares y 3.- sobre hechos señalados que hacen los hombres que se hallan bien y están firmes”⁴⁸⁹.

Un ejemplo interesante de la vigencia de la costumbre en la edad media es, por ejemplo, la dote madrileña, que fue suprimida con la Ley 30/1981 que modificó la regulación del matrimonio en el Código Civil español⁴⁹⁰. Debemos concluir entonces, que la costumbre no ha sido una institución jurídica ajena en la conformación del sistema legal de este país. Veamos a continuación cuál es su regulación actual.

4.1.2 Marco jurídico actual de la costumbre en España

La costumbre está consagrada como fuente del Derecho en el artículo 1.1 del Código Civil Español. Esta misma disposición en su numeral 3º, deja ver como la costumbre jurídica tendrá cabida en este

⁴⁸⁹ Las Sietes Partidas. En: (Página Web en línea) Biblioteca Virtual Katharsis http://www.revista-katharsis.org/AlfonsoX_7partidas.pdf

⁴⁹⁰ VALVERDE MADRID, José: *La Costumbre de la Dote en los Protocolos Madrileños*. Instituto de Estudios Madrileños del Consejo Superior de Investigaciones Científicas. Madrid, 1985, pp. 9 - 10 y p. 24.

sistema jurídico sólo en la medida que no exista ley aplicable; es decir, en defecto de ley. Igualmente, dicho numeral exige la prueba de los usos jurídicos que sean netamente interpretativos de una declaración de voluntad, pues de no ser así, son igualados a la costumbre, que también requiere ser probada. Los usos, que con generalidad se consideran hechos, hábitos o prácticas, exigen la constancia por parte de quien los alega. En consecuencia, a menos que los usos sean notorios, quien los pretende a su favor debe probarlos⁴⁹¹.

Se pueden determinar las siguientes exigencias que debe verificar la costumbre para que sea admitida en el sistema legal español:

- a) El uso;
- b) La “*opinio iuris*”;
- c) No ser contraria a la moral, ni al orden público o al Derecho natural;
- d) No ser contra Ley, o contra Ley imperativa⁴⁹².

En los Derechos forales la costumbre tiene un tratamiento diferente al que se le da en el Derecho común (Código Civil), destacando los casos navarro y aragonés. La Compilación navarra (Ley 3ª), admite cualquier costumbre (dando por sentado que debe reunir las exigencias previstas en su Compilación -que no vaya contra la moral u orden público-), incluyéndose la “contra ley”, haciéndola prevalecer sobre ésta. La Compilación aragonesa (artículo 2) también acepta la costumbre “contra

⁴⁹¹ CANO MARTÍNEZ DE VELASCO, José Ignacio: *Los Usos Jurídicos. Derecho y Sociología...* op. cit., p. 35.

⁴⁹² OLIVER SOLA, María Cruz: *La costumbre como Fuente del Derecho Navarro...* op. cit., p.126.

ley”, sin embargo aquí, no contra cualquier ley, sino sólo la que se oponga a Ley dispositiva (no aplica entonces, si la ley es imperativa o prohibitiva) predominando la costumbre sobre la Ley⁴⁹³.

4.1.3 Tribunales consuetudinarios en España

En el sistema jurídico español existe una concepción de tribunales de carácter consuetudinarios que cabe destacar en este estudio. Como se expuso en el capítulo IV, una de las excepciones al principio de unidad en este ordenamiento jurídico, son precisamente, los tribunales consuetudinarios reconocidos en el artículo 125 de la CE. La doctrina ha señalado que estos Tribunales son órganos judiciales que sin pertenecer a la jurisdicción ordinaria o Poder Judicial, poseen todas las características que son propias de la jurisdicción, solucionando con independencia e imparcialidad y de una manera definitiva e irrevocable los especiales conflictos, que son sometidos a su conocimiento según lo consagra la CE⁴⁹⁴. El artículo 19.3 y 4 de la LOPJ establece que son tribunales consuetudinarios y tradicionales, el Tribunal de las Aguas de la Vega Valenciana y el Consejo de Hombres Buenos de Murcia.

El Tribunal de las Aguas de Valencia desde una perspectiva territorial tiene una competencia que se extiende a las Comunidades de Regantes de las Acequias de la Vega de Valencia, que son titulares de las acequias madres o mayores, de las medianas y de las menores que conducen el agua, desde el río Turia, para riego de esas Comunidades. Desde el ámbito personal, están bajo la jurisdicción de este Tribunal tanto las personas físicas como jurídicas que comprenden: los agentes;

⁴⁹³ *Ibíd.*, pp. 131 - 132.

⁴⁹⁴ REVERÓN PALENZUELA, Benito: *Poder Judicial, Unidad Jurisdiccional y Estado Autónomo...* op. cit., p. 93.

funcionarios y empleados de las Comunidades de Regentes: Síndicos, Subsíndicos, Electos, Veedores, Atandadores, Colectores o Cobradores, Guardas; los terratenientes o regantes; los arrendatarios, medieros y usuarios; los concesionarios de obras y servicios autorizados por las Comunidades; y en general cualquier persona que haya podido cometer una infracción de una Ordenanza.

Desde la perspectiva material, el Tribunal de las Aguas de Valencia conoce de las infracciones cometidas en relación con la distribución del agua, con el régimen de los riegos y con el establecimiento de turnos. La normativa material que resulta aplicable por este Tribunal en sus fallos son las Ordenanzas. Su personal jurisdiccional son los Síndicos, de los que se eligen el Presidente y el vicepresidente; igualmente, están los Subsíndicos como suplentes de los primeros. Dentro del personal no jurisdiccional están el Letrado - asesor, el Secretario, el Alguacil y los Guardias de las Acequias⁴⁹⁵.

Los juicios celebrados por el Tribunal de las Aguas de Valencia se rigen por los principios procesales de oralidad. No hay ningún acto escrito, por lo cual no se deja ninguna constancia redactada de lo ocurrido en el acto. La sentencia es lo único que se documenta por escrito y está en manos del Secretario esta obligación. Una consecuencia de la oralidad es la publicidad de la sesión del juicio que es presenciado por el público en general. Otra consecuencia interesante es la celeridad del juicio y de la sentencia, que deriva en un abaratamiento de los costos. Lo habitual es que el juicio se celebre en una única sesión, dictándose la sentencia a continuación, por lo que la inmediación y la concentración también son principios que caracterizan este juicio. Este Tribunal se reúne todos los

⁴⁹⁵ CLIMENT DURÁN, Carlos: "Una Visión Jurídico - Procesal del Tribunal de las Aguas de Valencia". En: *Homenaje del Poder Judicial al Tribunal de las Aguas de la Vega de Valencia*. Tirant lo Blanch. Valencia, 2008, pp. 30- 34.

jueves y, después de más de mil años, continúa gozando de vigencia con un alto prestigio⁴⁹⁶.

Para nuestro estudio es importante destacar que, desde un punto de vista procesal, la fuente más importante de la actuación del Tribunal de las Aguas de Valencia es la costumbre. El proceso de este tribunal ha sido creado a base de normas jurisprudenciales dictadas y reiteradas por el mismo ente. Dichas normas se conservan por memoria, pues en virtud del principio de oralidad no son protocolizadas; entonces, opera la transmisión oral de sus miembros a sus sucesores a lo largo de muchas generaciones. Los juicios de este tribunal se llevan a cabo íntegramente en el idioma valenciano, pero en alguna ocasión han acordado la utilización del castellano, porque una de las partes manifestó desconocer el primero. Ahora bien, actualmente es en castellano que se deja constancia escrita de las sentencias. El Tribunal de las Aguas de Valencia, según FAIRÉN - GUILLÉN, detenta y ejercita una jurisdicción especial, según se desprende de los artículos 19. 3 de la LOPJ y 125 de la CE⁴⁹⁷.

Por su parte, el Consejo de Hombres Buenos de Murcia es el que falla, resuelve y ejecuta todas las cuestiones de hecho y demandas que le sean presentados por regantes, usuarios y propietarios de terrenos, dentro del ámbito de la zona regable de esa Comunidad General. Este Consejo está compuesto por un presidente y por cinco vocales. El Tribunal se considera legalmente constituido cuando estén presentes como mínimo tres de sus vocales. El mismo puede solicitar los informe que considere pertinentes, como diligencias complementarias, pero estos no serán vinculantes para el Consejo, e igualmente, si lo estima oportuno podrá realizar una visita ocular en el lugar de los hechos. El Consejo de los

⁴⁹⁶ *Ibíd.*, pp. 34 -35; y *Tribunal de las Aguas de la Vega de Valencia*. Edición del Tribunal de las Aguas de la Vega de Valencia. Valencia, 2004, p. 10.

⁴⁹⁷ FAIRÉN – GUILLÉN, Víctor: *El Tribunal de las Aguas de Valencia y su Proceso*. Caja de Ahorros de Valencia. Valencia, 1988, p. 89 y pp. 222 - 223; y MASCARELL NAVARRO, María José: "El Tribunal de las Aguas de la Vega Valenciana y su Proceso Jurídico". En: *El Tribunal de las Aguas de Valencia. Generalitat Valenciana*. Valencia, 2002, p. 29

Hombres Buenos dicta la sentencia de cada juicio en la misma sesión que conoce del asunto o, en la siguiente, a más tardar.

Al ser el Consejo un tribunal consuetudinario y tradicional con reconocimiento del Poder Judicial, del Tribunal Supremo y el Tribunal Constitucional, sus sentencias son firmes y ejecutorias, de ser necesario con el apoyo del Poder Judicial, no siendo recurribles ante los tribunales ordinarios. Finalmente señalaremos que, los fallos y resoluciones de este Consejo se hacen por mayoría de votos, luego de escuchar a las partes y examinar las pruebas presentadas por los interesados, dando notificación de manera oral en dicho acto y facilitando una copia literal de la sentencia posteriormente⁴⁹⁸.

Resulta interesante constatar que dentro del sistema jurídico español existe un reconocimiento de tribunales consuetudinarios con características procesales similares a las consagradas en el Convenio N° 169 de la OIT, en favor de los pueblos indígenas, aunque reiterando nuevamente, dentro de contextos históricos y realidades muy diferenciadas.

4.2 El debido proceso en el sistema jurídico español

Al analizar las posibles implicaciones del reconocimiento dado a la jurisdicción especial indígena por parte de España, debemos estudiar en primer lugar, la regulación que garantiza el debido proceso en este país, dadas las polémicas latentes que giran en relación con algunas decisiones

⁴⁹⁸ HERNÁNDEZ PÉREZ, Sigifredo: "Consejo de Hombres Buenos". En: *Tribunal de las Aguas de Valencia y Consejo de Hombres Buenos de Murcia. La Voz del Patrimonio Inmaterial*. Aula de Cultura. Fundación Cajamurcia. Valencia, 2009, pp. 45 - 46.

dictadas por las autoridades legítimas de los pueblos indígenas de Latinoamérica (*supra* pp. 257 - 277).

El derecho de acceso a los tribunales es producto del constitucionalismo posterior a la segunda guerra mundial, con la intención de elevar a la condición de derecho fundamental una exigencia constitutiva del Estado de derecho. Este consiste en que todos los ciudadanos puedan defender ante un órgano judicial, conformado legalmente, cualesquiera derechos e intereses legítimos, impidiendo así, la denegación de justicia⁴⁹⁹. La doctrina española entiende que el derecho a un juicio justo, implica que por encima de todo no podrá existir detenciones arbitrarias, ni torturas; asimismo, y entre otros aspectos importantes, el que toda persona pueda ser oída de manera inmediata por tribunales independientes, que los ciudadanos puedan contar con abogados honestos que los defiendan, que los costes de los procesos sean asequibles a todo tipo de economías y que los mismos tengan una duración razonable⁵⁰⁰.

El artículo 24.1 de la CE determina que todas las personas tienen derecho al acceso a los tribunales para el ejercicio de sus intereses legítimos, al igual que, tienen derecho a la obtención de una tutela efectiva por parte de aquellos tribunales sin que pueda producirse indefensión. Esta primera parte del artículo mencionado se refiere al derecho a la jurisdicción (derecho de acción), siendo un derecho de acceso y no incluido, por ser algo diferente, en el debido proceso. Ahora bien, el artículo 24.2 CE consagra propiamente el debido proceso (*due process of law*), entendido como el derecho de toda persona a un proceso equitativo y justo. Este es un derecho que engloba un conjunto de garantías que se traducen en otros

⁴⁹⁹ BODAS MARTÍN, Ricardo: "Las Garantías Éticas del Proceso". En: *Ética del Juez y Garantías Procesales...* op. cit., pp.371 - 372.

⁵⁰⁰ CARMENA CASTRILLO, Manuela: "II. Juicio Justo". En: *Treinta Años de Derechos Humanos en España. Balance en el Año 2007*. Icaria. Barcelona, 2008, p. 44.

tantos derechos para el justiciable⁵⁰¹. El debido proceso en España está integrado por:

- a) Derecho al juez ordinario;
- b) Derecho a la asistencia de letrado;
- c) Derecho a ser informado de la acusación formulada;
- d) Derecho a un proceso público sin dilaciones indebidas y con todas las garantías;
- e) Derecho a utilizar los medios de prueba pertinentes para su defensa;
- f) Derecho a no declarar contra sí mismo y a no confesarse culpables; y
- g) Derecho a la presunción de inocencia.

La regulación del debido proceso en el sistema jurídico español podría influir directamente en las implicaciones que tendría el reconocimiento de la jurisdicción especial indígena en el país ibérico. Estudiaremos a continuación el posible alcance de este reconocimiento, según hemos anunciado a lo largo de la investigación.

⁵⁰¹ FERNÁNDEZ SEGADO, Francisco: "El Derecho a la Jurisdicción y a las Garantías del Proceso Debido en el Ordenamiento Constitucional". En: *Ius et Praxis*, año/vol. 5, número 001. Talca - Chile, 1999, pp. 64 - 65 y p. 99; y ESPARZA LEIBAR, Iñaki: *El Principio del Proceso Debido*. Bosch. Barcelona, 1995, pp. 165 - 166.

4.3 Reconocimiento de las costumbres indígenas en el sistema jurídico español: el matrimonio poligámico ¿Un ejemplo?

En este siglo marcado por la globalización debería estar superada la idea que los indígenas solamente habitan en las selvas y se encuentran aislados de otros grupos humanos. La situación antes descrita aún se presenta en países como Brasil o Bolivia; no obstante, no es una realidad absoluta y cada vez es más común observar conglomerados de integrantes de pueblos indígenas habitando en zonas urbanas (*supra* p. 134). Por tanto, no es una utopía pensar que ciudadanos indígenas emigren al país ibérico. Para sustentar este planteamiento haremos alusión a la investigación realizada por CRUZ ZÚÑIGA en la cual demuestra la inmigración y establecimiento de indígenas ecuatorianos saraguros en el municipio de Vera de la Comunidad Autónoma de Andalucía. La autora ha determinado que de los 900 a 1000 ecuatorianos que residen en Vera, son indígenas entre 150 a 350 ciudadanos y un 46% de esta población tienen correctamente sus permisos de residencia y trabajo⁵⁰².

Ahora bien, ante la constatada inmigración de pueblos aborígenes o autóctonos latinoamericanos a España, nos preguntarnos si a la luz de la ratificación del Convenio N° 169 de la OIT es factible que un juez español conozca sobre una controversia que verse sobre la poligamia de un ciudadano que se identifique como indígena y se encuentre residenciado legalmente en este país.

Según el artículo 9.1 del Código Civil español, la ley personal de una persona física es la determinada por su nacionalidad⁵⁰³. Imaginemos la situación hipotética de un ciudadano residente en España que se identifique como indígena guahibo venezolano, cuyo estado civil esté en

⁵⁰² CRUZ ZÚÑIGA, Pilar: *Inmigración de indígenas saraguros y otros ecuatorianos en Vera (Almería). Diagnóstico de las condiciones socioeconómicas y de residencia*. Junta de Andalucía, Consejería de Gobernación. Sevilla, 2007, pp. 34 - 47.

⁵⁰³ El artículo 6 de la Declaración de las Naciones Unidas sobre los Derechos de los Pueblos Indígenas establece que toda persona indígena tiene derecho a una nacionalidad.

controversia por estar incurso en una presunta poligamia. El operador jurídico español que conozca del caso y deba establecer el estado civil del ciudadano en cuestión, sería remitido a la legislación de Venezuela, encontrándose con el artículo 1 de la Ley de Derecho Internacional Privado que en su prelación de fuentes exigirá la revisión de las normas de Derecho internacional público sobre la materia vigente en ambas naciones. De esta manera, el artículo 8 del Convenio N° 169 de la OIT podría resultar aplicable, expresando:

“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”⁵⁰⁴.

Frente a un caso hipotético como el antes expuesto, se debe partir de la idea que ningún Estado de la Unión Europea en su ordenamiento civil consiente la celebración del matrimonio poligámico, teniendo claro que la bigamia constituye un ilícito penal en este ámbito especial. En España a un matrimonio poligámico celebrado entre nacionales, entre extranjeros o entre nacional y extranjero, le está negada la inscripción en el Registro

⁵⁰⁴ Artículo 8 del Convenio N° 169 de la OIT.

Civil por no estar acreditada la capacidad nupcial de los contrayentes⁵⁰⁵. Se aplica a este supuesto la excepción del orden público, mediante la cual “los valores fundamentales van a cumplir una función de control del contenido de la ley extranjera”⁵⁰⁶.

Se debe considerar que el matrimonio poligámico transgrede principios fundamentales consagrados en la Carta Magna de España como la libertad y la igualdad (artículos 1.1, 14 y 32.1 CE) y la dignidad personal (artículo 10 CE). No obstante, en el país ibérico existe una flexibilización en relación con el reconocimiento de los efectos jurídicos del matrimonio poligámico, entrando en juego el orden público atenuado⁵⁰⁷. Es desde tal perspectiva que podría tener cabida el reconocimiento de las costumbres e instituciones indígenas en el sistema jurídico español.

El planteamiento antes expuesto no tiene mayor novedad, si tomamos en cuenta que MAESTRE CASAS ha afirmado que entre ocho y quince millones de musulmanes viven en los países que integran la Unión Europea, debido a lo cual se puede aseverar que existe una sociedad multicultural, producto del antagonismo de los sistemas de regulación de la

⁵⁰⁵ Establece ESPINAR VICENTE: “Cuando un matrimonio deba ser inscrito en el Registro español, será preciso probar en un expediente la existencia de la celebración en forma del matrimonio y la debida inexistencia de impedimentos, a no ser que se disponga de una certificación suficiente de la autoridad extranjera del país de celebración que resulte bastante...”. En: ESPINAR VICENTE, José María: *El Matrimonio y las Familias en el Sistema Español de Derecho Internacional Privado*. Civitas. Madrid, 1996, p. 156.

⁵⁰⁶ MAESTRE CASAS, Pilar: “Multiculturalidad e Internacionalización de Valores: Incidencia en el Sistema Español de Derecho Internacional Privado”. En: *Mundialización y Familia*. A. L. Calvo Caravaca y J.L. Iriarte Ángel (editores). COLEX. Madrid, 2001, p. 198. Para profundizar sobre la excepción del orden público en relación con este tema, recomendamos la consulta de: QUIÑONES ESCÁMEZ, Anna: *Derecho e inmigración: el repudio islámico en Europa*. Fundación “la Caixa”. Barcelona, 2000, pp. 49 - 62.

⁵⁰⁷ SÁNCHEZ LORENZO, Sixto: “Globalización, Pluralidad Cultural y Derecho Internacional de la Familia”. En: *Anuario Hispano - Luso Americano de Derecho Internacional*. Núm. 17. Madrid, 2005, pp. 112 - 116; ABARCA JUNCO, Ana Paloma: “La Regulación de la Sociedad Multicultural”. En: *Estatuto Personal y Multiculturalidad de la Familia*. A. L. Calvo Caravaca y J. L. Iriarte Ángel (eds.). COLEX. Madrid, 2000, pp. 172 - 173; RODRÍGUEZ BENOT, Andrés: *Tráfico Externo, Derecho de Familia y Multiculturalidad en el Ordenamiento Español...* op. cit., p. 29; y CALVO CARAVACA, Alfonso Luis y CARRASCOSA GONZÁLEZ, Javier: *Derecho Internacional Privado*. Vol. I. 10ª ed. Comares. Granada, 2010, pp. 374 - 376.

sociedad europea y las extranjeras que se han ubicado en Europa, haciendo alusión especial la autora, a la musulmana⁵⁰⁸.

El reconocimiento de los efectos jurídicos del matrimonio poligámico en España ha sido objeto de un largo debate producto de la inmigración y el Derecho islámico. En relación con este tema, FERNÁNDEZ ROZAS y SÁNCHEZ LORENZO expresan que: "...en ocasiones es deseable un efecto atenuado de la reserva del orden público para garantizar una adecuada protección jurídica y económica de la familia, reconocer alimentos, derechos sucesorios, incluso la pensión de viudedad a los sucesivos cónyuges"⁵⁰⁹.

Uno de los efectos del matrimonio poligámico reconocidos en el sistema jurídico español es la potestad que tienen los ciudadanos polígamos residentes, de reagrupar a uno de los cónyuges, sin imponerse un orden de prelación entre sus consortes, según lo estipula el artículo 17 de la Ley Orgánica 4/2000, de 11 de enero sobre derechos y libertades de los extranjeros en España y su integración social, reformada con la Ley Orgánica 8/2000, de 22 de diciembre. Tal normativa no contradice lo previsto en la Directiva 2003/86/CE que sólo se pronuncia sobre la imposibilidad de reagrupar a más de un cónyuge⁵¹⁰.

Otro efecto es el reconocimiento de la pensión de viudedad a favor de las esposas sobrevivientes del cónyuge polígamo que se ha venido verificando en España. En octubre de 2008 en una nota de prensa el Gobierno de este país aseveró que los convenios bilaterales suscritos por España con Marruecos (1982)⁵¹¹ y con Túnez (2001)⁵¹² obligan a la

⁵⁰⁸ MAESTRE CASAS, Pilar: "Multiculturalidad e Internacionalización de Valores: Incidencia en el Sistema Español de Derecho Internacional Privado"... op. cit., p. 209.

⁵⁰⁹ FERNÁNDEZ ROZAS, José Carlos y SÁNCHEZ LORENZO, Sixto: *Curso de Derecho Internacional Privado*. 2º ed. Civitas. Madrid, 1993, p. 428.

⁵¹⁰ QUIRÓS FONS, Antonio: *La Familia del Extranjero. Regímenes de Reagrupación e Integración*. Tirant lo Blanch. Valencia, 2008, pp. 202 - 203.

⁵¹¹ Artículo 23 del Convenio sobre Seguridad Social entre España y el Reino de Marruecos, de fecha 8 de noviembre de 1979, modificado por el Protocolo Adicional al Convenio de 27 de enero de 1998.

Seguridad Social a distribuir las pensiones de viudedad a partes iguales entre las esposas del varón fallecido. El Ejecutivo reconoció que “viene realizando una "aplicación analógica" en los casos de viudas de polígamos que no pertenecen a estos dos países, y agrega que también Alemania o Francia tienen convenios similares con Camerún, Congo, Mali o Senegal”⁵¹³.

Hasta la fecha el Tribunal Supremo de España no se ha pronunciado en relación con la práctica antes señalada; por tanto, como ejemplo jurisprudencial aludiremos a una sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Galicia en el que se reconoció el derecho de pensión a dos esposas sobrevivientes de un ciudadano de nacionalidad senegalesa, en los siguientes términos:

“... a pesar de la proscripción en nuestro país de la bigamia y de la excepción de orden público (el art. 12.3 CC dispone que en ningún caso tendría aplicación la ley extranjera "cuando resulte contraria al orden público"), sin perjuicio de la incompatibilidad que del sistema matrimonial extranjero con el propio se manifiesta y que, por supuesto, se afirma y subsiste, sí cabe el reconocimiento de los efectos jurídicos que del vínculo matrimonial contraído conforme a aquél por el causante con las actoras se derivan en nuestro país en el contexto prestacional de Seguridad Social de que aquí se trata; es decir, que procede reconocer a las demandantes la pensión correspondiente como efecto derivado del matrimonio que contrajo el causante con cada una de ellas conforme a su legislación nacional... Y ello guarda armonía con el hecho de que el concepto de orden

(En vigor desde 1 de octubre de 1982). BOE núm. 245, de 13/10/1982 y BOE núm. 282, de 24/11/2001.

⁵¹² Artículo 24 del Convenio de Seguridad Social entre el Reino de España y la República de Túnez, de 26 de febrero de 2001. (En vigor desde 1 de enero de 2002). BOE núm. 309, de 26/12/2001.

⁵¹³ Nota de prensa: El Gobierno admite que paga pensión a todas las mujeres de los polígamos. En: Libertad Digital.es (Página Web en línea) <http://www.libertaddigital.com/sociedad/el-gobierno-admite-que-paga-pension-a-todas-las-mujeres-de-los-poligamos-1276341448/>

público, si bien constituido por normas de derecho interno de aplicación necesaria cualesquiera que sean los elementos extranjeros concurrentes, en todo caso, habiendo de implicar que la ley extranjera entra en contradicción manifiesta con los principios jurídicos fundamentales propios, admite matizaciones o flexibilizaciones; ya la sentencia del Tribunal Supremo de 22 de noviembre de 1977 dijo que la excepción de orden público no es regla absolutamente rígida sino que admite “inflexiones”⁵¹⁴.

Realidades como las antes reseñadas no son exclusivas del Derecho islámico y se ajustan perfectamente a experiencias comprobadas en lo que atañe a las costumbres de pueblos indígenas. Como muestra, dentro del ámbito internacional, citaremos el asunto *Aloeboetoe* contra Surinam, resuelto por la Corte Interamericana de Derechos Humanos en 1993. Este Tribunal impuso al Estado de Surinam una serie de reparaciones (daño moral y material), a favor de la tribu *Saramaka*. El dictamen se pronunció sobre la legitimidad del Derecho propio de esta tribu, respetando su tradicional forma de organización familiar que admite la poligamia y su orden de suceder, siempre y cuando no se contrariara la Convención Americana sobre Derechos Humanos. La Corte estableció que:

“ 17. Respecto de las personas que tendrían derecho a una indemnización material, la Comisión explica que es preciso tomar en consideración la estructura familiar de los maroons a la cual pertenecen los saramacas, tribu de las víctimas, y que es esencialmente matriarcal, en la cual es frecuente la poligamia.

⁵¹⁴ Sentencia del Tribunal Superior de Galicia, R° 4795/1998. Ponente: D. Miguel Ángel Cadenas Sobreira, de fecha 2/04/2002. En relación con este tema recomendamos la consulta de: ABARCA JUNCO, Ana Paloma y otros: *Derecho Internacional Privado*. Vol. II. 1ª ed. Universidad Nacional a Distancia. Madrid, 2010, pp. 115 - 117; ABARCA JUNCO, Ana Paloma y otros: *Inmigración y Extranjería. Régimen Jurídico Básico*. 3ª ed. COLEX. Madrid, 2010, pp. 267 - 269.

En Suriname los matrimonios deben registrarse para ser reconocidos por el Estado, pero por la escasez de oficinas de registro civil en el interior del país generalmente no lo son, lo cual, a criterio de la Comisión, no debería afectar el derecho a indemnización de los parientes o cónyuges de matrimonios no registrados. Se alega que el cuidado de los miembros de la familia está a cargo de un grupo comunal que sigue la línea materna, lo que debería tenerse en cuenta para determinar a qué familiares indemnizar. Los perjuicios personales directos de carácter pecuniario que dan derecho a obtener indemnización se deberían medir principalmente por el grado de dependencia financiera que existió entre el reclamante y el difunto. La nómina de las partes perjudicadas con derecho a ser indemnizadas fue parcialmente confeccionada por la Comisión con base en declaraciones juradas de parientes de las víctimas⁵¹⁵.

En relación con el posible reconocimiento de las costumbres indígenas, como por ejemplo el matrimonio poligámico, estimamos que el Estado español podría fijar una contundente posición dada la vigencia del Convenio N° 169 de la OIT en su sistema jurídico. Pero, en definitiva será el posible surgimiento de casos prácticos el que motive el tratamiento de este tema en estas latitudes.

⁵¹⁵ Sentencia N° 15, Serie C. Corte Interamericana de Derechos Humanos, de fecha 10/09/1993.

4.4 La jurisdicción especial indígena y el reconocimiento de sus decisiones en España

No es factible que a una autoridad de un pueblo indígena se le reconozca la potestad de juzgar una controversia que involucre a un integrante de su pueblo, aplicando sus costumbres tradicionales en España. Somos de la idea que la vigencia del marco normativo del Convenio N° 169 de la OIT en un país en el que no existen pueblos indígenas, no lleva implícito un reconocimiento de las potestades jurisdiccionales de las autoridades legítimas de estos grupos humanos dentro de su territorio.

Es de considerar que en el sistema jurídico español rige el principio de unidad jurisdiccional. De allí que, los órganos judiciales que existen fuera del Poder Judicial son los que expresamente contempla la Constitución Española, entiéndase los tribunales consuetudinarios y tradicionales (Tribunal de las Aguas de la Vega Valenciana y el Consejo de los Hombres Buenos de Murcia -artículos 125 CE y 19.3 y 4 LOPJ-), Tribunal de Cuenta y el Tribunal Constitucional. Asimismo, la otra excepción al principio de unidad jurisdiccional expresamente prevista en este sistema legal es la jurisdicción militar (apartado 2º del artículo 117.5 CE). Por todo esto, nos resulta inviable hablar de la posible aparición de conflictos jurisdiccionales, o más específicamente, de conflictos interpersonales dentro de las fronteras de España en virtud de la inmigración de pueblos indígenas latinoamericanos y su jurisdicción especial.

No obstante, cuando analizamos las potenciales implicaciones que puede tener la vigencia de la jurisdicción especial indígena en el sistema jurídico español, fruto de la ratificación del convenio N° 169 de la OIT, nos surge la incertidumbre relativa al valor que pueden llegar a tener en este país, las decisiones emanadas de autoridades legítimas de pueblos

indígenas pertenecientes a Estados plurilegislativos *ratione personae* de Latinoamérica.

Debemos partir de la idea que, dar reconocimiento a una decisión extranjera conlleva a dar valor, en el foro, a los efectos que dicha decisión tiene en el país que se dictó, siempre y cuando sea compatible con ese sistema jurídico que le da el reconocimiento⁵¹⁶. Ahora bien, si pretendemos dar reconocimiento a una sentencia emanada de la jurisdicción especial indígena de un Estado plurilegislativo *ratione personae*, en primer lugar debemos preguntarnos si el operador jurídico español reconocería la naturaleza jurisdiccional de tales autoridades.

Para dar reconocimiento a una sentencia extranjera en España, en principio, será necesario que ésta provenga de un tribunal estatal extranjero, excluyéndose las decisiones emanadas de una autoridad no estatal (religiosa, arbitral, supranacional o internacional)⁵¹⁷. Sin embargo, este no es un presupuesto absoluto, siendo necesaria la matización. En este particular cabe citar las palabras de JUÁREZ PÉREZ al establecer que:

“...el criterio de la función jurisdiccional o imperium se perfila como modo de evaluar la naturaleza de la autoridad que dictó la resolución extranjera, y correlativamente, su aptitud para ser reconocida en España. En otras palabras, el requisito que debe cumplir la decisión extranjera para acceder al exequátur no es haber sido emitida por una autoridad judicial, sino por una

⁵¹⁶ FERNÁNDEZ ROZAS, José Carlos y SÁNCHEZ LORENZO, Sixto: *Curso de Derecho Internacional Privado*. 5ª ed. Civitas. Madrid, 2009, p.188.

⁵¹⁷ ABARCA JUNCO, Ana Paloma y otros: *Derecho Internacional Privado*. 6º ed. Universidad Nacional de Educación a Distancia. Madrid, 2008, p. 547.

autoridad cuya legislación le otorgue funciones jurisdiccionales”⁵¹⁸.

Incluso, la autora antes citada hace alusión al reconocimiento de un acta de divorcio emanada de los Adules adscritos al Tribunal de Primera Instancia de Nador - Marruecos, que hizo en su momento el Tribunal Supremo español (1996) y otra dictada por el Registro Civil de Chumphon Buri - Tailandia, reconocida por el mismo Tribunal (2005)⁵¹⁹. Dentro de nuestra perspectiva, entendemos que las autoridades indígenas conforman una jurisdicción especial que goza de autonomía y reconocimiento dentro del sistema nacional de sus respectivos países; por tanto, una decisión dictada por las mismas debería ser catalogada como sentencia extranjera.

Otro punto a tomar en consideración al plantearse el posible reconocimiento de un fallo dictado por las autoridades indígenas en España, es que necesariamente el objeto de la decisión debe estar en el ámbito del Derecho privado y tener carácter firme. En cuanto al objeto de estas particulares sentencias, recordaremos la existencia de interesantes sentencias de divorcio concretadas según la Ley Wayúu en Colombia⁵²⁰. Igualmente, en el capítulo IV establecimos que las decisiones de las autoridades indígenas indiscutiblemente tienen el efecto de cosa juzgada (*supra* pp. 161 - 166). Entonces, al corroborar el cumplimiento de estos presupuestos, sólo nos queda reflexionar sobre el procedimiento a seguir en España para el reconocimiento, por ejemplo, de una sentencia de

⁵¹⁸ JUÁREZ PÉREZ, Pilar: *Reconocimiento de Sentencia Extranjeras y Eclesiásticas por el Régimen Autónomo Español*. 2º ed. COLEX. Madrid, 2008, pp. 39 - 40.

⁵¹⁹ *Ibid.*, pp. 39 - 40.

⁵²⁰ Anexo VI: Decisión Indígena de divorcio, de fecha 29/08/1989, Oficina de Asuntos Indígenas de Uribia Guajira; Anexo VII: Acta de Acuerdo por separación conyugal según Ley Wayúu, de fecha 16/03/2003, Comunidad Wayúu, Resguardo Alta y Media Guajira Municipio de Manaure; y Anexo VIII: Acta de Acuerdo: pago a mujer por separación conyugal por la Ley Wayúu, de fecha 1/04/2003, Unidad de Asuntos Indígenas de Riohacha.

divorcio dictada por la jurisdicción especial indígena para demostrar la capacidad matrimonial de un individuo⁵²¹.

Actualmente en el sistema jurídico español la competencia para conocer sobre “las solicitudes de reconocimiento y ejecución de sentencias y demás resoluciones judiciales y arbitrales extranjeras”, la tienen los Juzgados de Primera Instancia⁵²², recordando que antes de la reforma del 2003, tal competencia la tenía el Tribunal Supremo español. Debemos decir además, que en este ordenamiento jurídico tiene vigencia un régimen normativo jerárquico para dar reconocimiento a las decisiones, documentos y actos extranjeros. En principio se encuentra el régimen convencional previsto en el artículo 951 LEC⁵²³, que da prioridad a la existencia de tratados entre los Estados involucrados. Al no existir tratados resulta aplicable el régimen común, es decir: 1) el régimen de reciprocidad positiva y negativa (artículos 952 y 953 LEC); y 2) el régimen de condiciones (artículo 954 LEC).

Es importante distinguir en este punto, el reconocimiento del *exequátur*, al ser dos procedimientos diferentes. Así pues, el proceso de reconocimiento antecede al *exequatur*, teniendo un carácter declarativo que busca alcanzar una decisión. En cambio, el *exequatur* es un procedimiento ejecutivo cuyo objetivo es la imposición forzosa de los resultados de un proceso, si éstos no son cumplidos voluntariamente según lo sentenciado. Es por ello que doctrinalmente se dice que el reconocimiento “deja valer” y el *exequátur* “hace cumplir”. Es común

⁵²¹ Es de resaltar que: “El art. 107. II Cc señala expresamente que las sentencias extranjeras de separación y divorcio sólo producirán efectos en el ordenamiento jurídico español, desde la fecha de su reconocimiento conforme a lo dispuesto en la Ley de Enjuiciamiento Civil”. En: ESPLUGUES MOTA, Carlos: *El divorcio internacional (Jurisdicción, ley aplicable, reconocimiento y ejecución de sentencias extranjeras)*. Tirant lo Blanch. Valencia, 2003, p. 219. Sobre el valor probatorio de la sentencia extranjera: ESPINAR VICENTE, José María: *Tratado Elemental de Derecho Internacional Privado*. Universidad de Alcalá. Madrid, 2008, p. 345 - 347.

⁵²² Artículo 85.5 de la Ley Orgánica del Poder Judicial de España (Artículo único de la LO 19/2003 de 23/12). BOE, de fecha 26/12/2003.

⁵²³ Los artículos 951 a 958, sobre eficacia en España de sentencias dictadas por tribunales extranjeros, de la Ley de Enjuiciamiento Civil de 1881, tienen aplicación transitoria según lo establece la disposición derogatoria única 1.3º de la LEC 1/2000, hasta que entre en vigor por la Ley de Cooperación Jurídica Internacional en materia civil.

observar la confusión terminológica de estos dos vocablos, utilizándose la expresión *exequatur* para denominar a ambos. Tal confusión se evidencia incluso en la LEC, cuando los artículos 956 y 957 prevén el mismo proceso para el reconocimiento y el *exequatur* de la sentencia extranjera; tal vez como dice JUÁREZ PÉREZ, porque el legislador de 1881 no diferenciaba ambos procedimientos⁵²⁴.

Ahora bien, si pretendemos dar reconocimiento en el país ibérico a una sentencia dictada por la jurisdicción especial indígena, lo idóneo sería, comenzar por constatar la existencia de un tratado multilateral o bilateral entre el país al que pertenece la autoridad indígena y España. Entre los Estados vinculados simultáneamente a este país por el Convenio N° 169 de la OIT y tratados bilaterales relativos al reconocimiento y ejecución de decisiones extranjeras, se encuentran Brasil, Colombia y México⁵²⁵. Es de resaltar que, en estos tratados no existen estipulaciones que adviertan la presencia de una pluralidad *ratione personae* en los sistemas jurídicos con población indígena, que puedan ser equiparadas a cláusulas federales.

Considerando lo antes expuesto, afirmamos que la aplicación compaginada de la normativa del Convenio N° 169 de la OIT y los tratados bilaterales de reconocimiento de decisiones extranjeras, podrían legitimar a un ciudadano colombiano perteneciente a la etnia Wayúu, que se encuentre residenciado en el territorio español, para solicitar el reconocimiento de una sentencia de divorcio dictada por la jurisdicción especial de su pueblo indígena según sus costumbres.

Cuando analizamos, por ejemplo, la decisión indígena de divorcio, de fecha 29/08/1989, emanada de la Oficina de Asuntos Indígenas de Uribia Guajira (Anexo VI), observamos que bien podría cumplir los

⁵²⁴ JUÁREZ PÉREZ, Pilar: *Reconocimiento de Sentencia Extranjeras y Eclesiásticas por el Régimen Autónomo Español...* op. cit., pp. 32 - 33.

⁵²⁵ FERNÁNDEZ ROZAS, José Carlos y DE MIGUEL ASENSIO, Pedro Alberto: *Derecho Internacional Privado, Textos y Materiales*. Civitas, Thomson Reuters. Navarra, 2010, p. 366.

parámetros legales establecidos en el Convenio sobre Ejecución de sentencia Civiles entre España y Colombia, del 30 de mayo de 1908⁵²⁶. En nuestro criterio, la sentencia antes citada constituye una decisión definitivamente firme emanada de una jurisdicción reconocida por el sistema judicial colombiano (Art.1 Convenio sobre Ejecución de sentencia Civiles entre España y Colombia), que no viola las leyes vigentes en España (Art. 2 *ejusdem*).

En relación con la legalidad del dictamen en este país, se evidencia en la sentencia que estudiamos, el pago de 50.000 pesos en efectivo y un collar que entregó los familiares de la mujer a los familiares de su ya ex - cónyuge. No se aclara en la sentencia el concepto por el cual se hizo la entrega, es presumible que sea, según la costumbre Wayúu, la devolución de la dote o depósito que el marido pagó a los familiares de la que fue su esposa⁵²⁷. Sin embargo, insistimos en que la sentencia no refleja el porqué del pago, preguntándonos si el mismo podría equipararse, por ejemplo, a la pensión compensatoria prevista en el artículo 97 del Código Civil español. Ahora bien, si las causales que justifican la indemnización al cónyuge en las costumbres indígenas resultan incompatibles en el sistema jurídico de español, proponemos un reconocimiento parcial de la sentencia, que de valor al divorcio dictado por las autoridades indígenas⁵²⁸.

También existen países como Venezuela, que están vinculados a España por el Convenio N° 169 de la OIT, pero entre los cuales no existe un tratado bilateral sobre reconocimiento y ejecución de decisiones. En

⁵²⁶ Gaceta de Madrid de 18 de abril de 1909.

⁵²⁷ Para el estudio de la concepción del matrimonio en la etnia Wayúu se recomienda la consulta de: MATOS ROMERO, Manuel: *La Guajira. Su importancia*. Empresa El Cojo C.A. Caracas, 1971, pp. 259-263. En los Anexos VI y VII se presentan dos Actas de Acuerdo por separación conyugal en la que se pacta la indemnización de 2.000.0000 de pesos a favor de las cónyuges, según las costumbres de la etnia Wayúu.

⁵²⁸ En cuanto al reconocimiento parcial de las sentencias extranjeras, recomendamos la consulta de: CALVO CARAVACA, Alfonso - Luis y CARRASCOSA GONZÁLEZ, Javier: *Derecho Internacional Privado...* op. cit., p. 418; VIRGÓS SORIANO, Miguel y GARCIMARTÍN ALFÉREZ, Francisco José: *Derecho Procesal Civil Internacional, Litigación Internacional...* op. cit., p. 411 – 413; y FERNÁNDEZ ROZAS, José Carlos y SÁNCHEZ LORENZO, Sixto: *Curso de Derecho Internacional Privado...* op. cit., pp. 215- 217.

este caso, se aplicaría el régimen común previsto en la LEC. Si existiese una sentencia dictada por la jurisdicción especial de un pueblo indígena venezolano, que requiera de reconocimiento en el sistema jurídico español, resultarían aplicables los regímenes subsidiarios de reciprocidad y/o de condiciones⁵²⁹. Debemos encuadrar aquí el plano hipotético con los requisitos exigidos por la legislación de España para indagar sobre su factibilidad.

Frente al régimen de reciprocidad positiva (Art. 952 LEC) y de reciprocidad negativa (Art. 953 LEC) para dar reconocimiento a decisiones extranjeras, cabe preguntarse: 1.- A quién le exigirá España la concordancia, al Estado plurilegislativo *ratione personae* o a la jurisdicción especial de ese país; 2.- Podrían las autoridades legítimas de un pueblo indígena reconocer sentencias españolas; y 3.- En qué términos se daría ese reconocimiento por parte de la jurisdicción especial. Es de aclarar que, en el sistema jurídico español el régimen de reciprocidad cayó en desuso y en este sentido cabe citar a ESPLUGUES MOTA e IGLESIAS BUHIGUES, al expresar que:

“En realidad, el sistema de reciprocidad positiva y negativa no funciona y resulta inútil, sencillamente porque debe ser probada por quien la invoca, lo que nadie o casi nadie intenta por lo costoso y dificultoso de la prueba, y porque las condiciones que pueden exigirse en el Estado extranjero para la ejecución de las sentencias españolas – que haría posible el juego de la reciprocidad – pueden ser mínimas o excesivas y

⁵²⁹ FERNÁNDEZ ROZAS y SÁNCHEZ LORENZO establecen que: “Pese a que nuestra legislación configure claramente un sistema jerarquizado - un orden escalonado de prelación entre el régimen de reciprocidad y el de condiciones-, en la práctica jurisprudencial se aplica a menudo ambos regímenes interrelacionados. En concreto, ha cobrado cierta importancia la aplicación cumulativa del régimen de reciprocidad en su vertiente positiva y del régimen de condiciones previstos en los artículos 952 y 954 L.E.C.”. En: FERNÁNDEZ ROZAS, José Carlos y SÁNCHEZ LORENZO, Sixto: *Curso de Derecho Internacional Privado...* op. cit., pp. 187-188.

desproporcionadas, situaciones una y otra que no son aceptables”⁵³⁰.

Hecha la anterior salvedad, debemos decir que en el sistema jerarquizado de reconocimiento consagrado en la legislación española, al no constarse la reciprocidad o simplemente al no existir, se prevé un régimen de cierre con carácter subsidiario (Art. 954 LEC) ⁵³¹, que para los autores antes citado es el único aplicable⁵³², donde se establecen cuatro condiciones para reconocer las sentencias extranjeras:

- 1) Que la ejecutoria haya sido dictada a consecuencia del ejercicio de una acción personal.
- 2) Que no haya sido dictada en rebeldía.
- 3) Que la obligación para cuyo cumplimiento se haya procedido sea lícita en España.
- 4) Que la carta ejecutoria reúna los requisitos necesarios en la nación en que se haya dictado para ser considerada como auténtica, y los que las leyes españolas requieren para que haga fe en España.

⁵³⁰ ESPLUGUES MOTA, Carlos e IGLESIAS BUHIGUES, José Luis: *Derecho Internacional Privado*. 4ª ed. Tirant lo Blanch. Valencia, 2010, pp. 139-140.

⁵³¹ En este sentido: BORRÁS RODRÍGUEZ, Alegría, BOUZA VIDAL, Núria, GONZÁLEZ CAMPOS, Julio D. y VIRGÓS SORIANO, Miguel: *Derecho Internacional Privado*. Universitat Oberta de Catalunya. 3ª ed. Barcelona, 2009, p.103.

⁵³² ESPLUGUES MOTA, Carlos e IGLESIAS BUHIGUES, José Luis: *Derecho Internacional Privado...op. cit.*, p. 140.

Llegados a este punto, podemos afirmar que una sentencia de la jurisdicción especial indígena podría cumplir con las condiciones exigidas por el artículo 954 LEC. No obstante, al profundizar en el tema de las exigencias, vemos que además la doctrina española ha esquematizado seis condiciones para el reconocimiento de las decisiones extranjeras que debemos considerar⁵³³. Éstas son:

- 1) Ausencia de revisión de fondo como principio de base.
- 2) Control de las garantías procesales y control de orden público.
- 3) Control de la ley aplicada.
- 4) Autenticidad de la decisión.
- 5) Control de la competencia judicial internacional.
- 6) Ausencia de contradicción con una decisión judicial o un proceso pendiente en el Estado requerido.

Entendemos que al pretender dar reconocimiento a una decisión dictada por la jurisdicción especial indígena en España, no se deberá revisar el fondo de la misma; pero como hemos visto, se hará un análisis de algunas condiciones específicas que afectan a aspectos fundamentales. Al revisar los lineamientos seguidos para dictar una sentencia indígena, necesariamente se verificará que se hayan respetado las garantías procesales y que dicha decisión no contradiga el orden público español.

⁵³³ FERNÁNDEZ ROZAS, José Carlos y SÁNCHEZ LORENZO, Sixto: *Curso de Derecho Internacional Privado...* op. cit., pp. 217 - 238.

Así por ejemplo, en el capítulo VI hablamos sobre la interpretación que hizo la Corte Constitucional colombiana en la Sentencia N° T- 349/96, donde determinó que el debido proceso en los casos que conoce la jurisdicción especial indígena debe interpretarse según su cosmovisión y en atención a sus pautas tradicionales. Señalamos asimismo, que la Sentencia N° 349/96, estableció que el derecho a la defensa no existe según las costumbres indígenas, admitiendo que en ausencia del imputado éste fuera representado por unos parientes, en analogía al derecho a la defensa, en un proceso seguido por la jurisdicción especial indígena (*supra* pp. 272 - 276).

Es de presumir que las sentencias indígenas dictadas desde percepciones que contradigan el debido proceso y, específicamente, el derecho a la defensa consagrados en el artículo 24.2 de la CE, no obtendrían reconocimiento en España por no cumplir la segunda condición exigida en el artículo 954.2 LEC⁵³⁴. El Tribunal Constitucional español ha establecido que el derecho a la defensa se encuentra dentro del haz de garantías que integran el Derecho a un proceso justo (STC 47/1987, de fecha 22 de abril de 1987)⁵³⁵.

En algunas ocasiones el Tribunal Constitucional de este país, concibe que la asistencia de letrado será puramente un derecho del imputado, pero en otros casos lo considera además un requisito procesal por cuyo cumplimiento debe velar el órgano judicial (STC 42/1982, de fecha 5 de julio de 1982). El Juez constitucional español ha comprendido en relación con el derecho de asistencia de letrado, que representa un derecho instrumental que persigue la garantía de la efectiva realización de los principios de igualdad y de contradicción entre las partes. Asimismo, en los supuestos en que la ley exige una intervención perceptible, busca

⁵³⁴ CALVO CARAVACA, Alfonso - Luis y CARRASCOSA GONZÁLEZ, Javier: *Derecho Internacional Privado...* op. cit., pp. 477- 480.

⁵³⁵ FERNÁNDEZ SEGADO, Francisco: "El Derecho a la Jurisdicción y a las Garantías del Proceso Debido en el Ordenamiento Constitucional"... op. cit., p. 107.

asegurar a la parte una defensa técnica. Lo cual implica que tal asistencia sea de modo real y efectivo, así como, proporcionada en condiciones determinadas por los poderes públicos. En consecuencia, entiende el Tribunal Constitucional español, que la designación de estos profesionales se torna como una obligación jurídico - constitucional que incube a los órganos judiciales de manera singular (STC 132/1992, de 28 de septiembre de 1992)⁵³⁶.

Ni siquiera nos planteamos la posibilidad de obtener en España, el reconocimiento de una sentencia que para su obtención se haya vulnerado la integridad física y moral de una persona, o igualmente, que haya implicado tortura, penas o tratos inhumanos o degradantes a un ciudadano (a), pues tal situación contravendría el artículo 15 de la CE.

Por otra parte, es de imaginar la dificultad que tendría una sentencia indígena para superar un posible control de la ley aplicada en España, pues en el contexto indígena siempre se aplicará el Derecho propio de la etnia a la que pertenece el sujeto. Aunque se tiene claro que, este control no es una condición exigida en el régimen de reconocimiento común español y si bien existió en una línea jurisprudencial, ésta ya fue abandonada⁵³⁷.

En lo relativo a la autenticidad de la sentencia indígena, estimamos que llenar tal requisito no implicaría mayor problema, al ser una resolución de una jurisdicción especial reconocida en el ordenamiento jurídico de los Estados plurilegislativos *ratione personae*, en donde cada sistema nacional tendrá su particular manera de hacer constar la coexistencia de sistemas jurídicos indígenas dentro de sus fronteras. Según lo previsto en el Convenio N° 169 de la OIT, consideramos que las sentencias dictadas por las autoridades indígenas directamente podrían llenar el requisito de

⁵³⁶ *Ibid.*, p. 107.

⁵³⁷ Sobre el control de la ley aplicada: FERNÁNDEZ ROZAS, José Carlos y SÁNCHEZ LORENZO, Sixto: *Curso de Derecho Internacional Privado...*op. cit., pp. 220 -221.

autenticidad en España. No obstante, pensamos que sería más factible que el interesado solicite una certificación auténtica expedida por el sistema judicial de su país, que de fe que la resolución en cuestión emanó de una autoridad competente⁵³⁸, facilitando un posible reconocimiento en el sistema jurídico español.

El control de la competencia judicial internacional, en nuestra opinión, constituiría un tema muy interesante y no se vislumbra de forma tan sencilla, a pesar de la vigencia del Convenio N° 169 de la OIT en España y en algunos Estados *ratione personae*. Así pues, si estamos ante una sentencia dictada por la jurisdicción especial de un pueblo indígena que tiene pleno reconocimiento en el sistema jurídico venezolano, resulta lógico pensar que la competencia judicial internacional la tuvo Venezuela al dictarse el fallo. Pero al profundizar en los detalles, entendemos que la jurisdicción especial indígena no debería integrar el sistema judicial nacional de sus respectivos países, pues estamos ante un sistema jurídico cuyas decisiones deberían ser autónomas e independientes. Allí se verificaría la verdadera pluralidad cultural y jurídica, caso análogo al de los estados federales cuya pluralidad tiene base territorial (*supra* pp. 32 - 35).

Lo cierto es que actualmente la jurisdicción especial indígena, en la experiencia latinoamericana, depende directa o indirectamente del poder judicial de sus Estados, siendo estos los que tienen la última palabra sobre la constitucionalidad de sus decisiones. Somos de la idea que el ejercicio de la competencia judicial internacional cuando la jurisdicción especial indígena se pronuncia, la ejerce el Estado, independientemente del derecho a la libre determinación, así como, la autonomía política y jurídica de la que gozan los pueblos indígenas dentro de sus territorios. España así debería considerarlo si hipotéticamente se le solicita el reconocimiento de

⁵³⁸ Con relación al mecanismo probatorio de la naturaleza de la autoridad de origen: JUÁREZ PÉREZ, Pilar: *Reconocimiento de Sentencia Extranjeras y Eclesiásticas por el Régimen Autónomo Español...* op. cit., p. 40.

una sentencia emanada de esa jurisdicción especial. El país ibérico constataría esa competencia sin entrar en la cuestión de los conflictos de jurisdicción internos (interpersonales), que pudieron surgir dentro de las fronteras de los Estados plurilegislativos *ratione personae*.

También hay que tomar en consideración que no podrá iniciarse un proceso de *exequatur* sobre una decisión dictada por la jurisdicción especial indígena de un Estado plurilegislativo *ratione personae*, si con anterioridad a la solicitud, en España ya existía una decisión sobre la misma causa, con las mismas partes e identidad de objeto, o simplemente incompatible con la sentencia a la que se quiere dar reconocimiento⁵³⁹.

Por más hipotético que pueda parecer, debe considerarse que producto del fenómeno de la inmigración, se podrían presentar casos dentro del sistema jurídico español en los que se requiera o exija el reconocimiento de las costumbres indígenas, junto a las decisiones dictadas por su jurisdicción especial; posibilidad que permanece abierta dada la ratificación del Convenio N° 169 de la OIT.

Para comprender la dinámica del reconocimiento de las instituciones indígenas, estimamos que una de las opciones ideales sería tomar en serio a la otra cultura, dejando de lado la proyección de estigmas de inferioridad o los juicios que tienen como parámetros sólo nuestros criterios culturales, considerados a apriorísticamente como los únicos aceptables, los únicos civilizados, los únicos compatibles con las exigencias de la legitimidad democrática: con los derechos humanos y el Estado de Derecho⁵⁴⁰.

⁵³⁹ Sobre la ausencia de contradicción con una decisión judicial o un proceso pendiente en el Estado requerido: FERNÁNDEZ ROZAS, José Carlos y SÁNCHEZ LORENZO, Sixto: *Curso de Derecho Internacional Privado*...op. cit., pp. 229 - 232.

⁵⁴⁰ DE LUCAS, Javier: "Sobre la gestión de la multiculturalidad que resulta de la inmigración: condiciones del proyecto intercultural". En: *Migración e interculturalidad. De lo global a lo local*. Joan Serafí Bernat y Celestí Gimeno (editores). Universitat Jaume I. Castelló de la Palma, 2006, p. 37.

Debemos reiterar que los Tribunales Constitucionales de distintos países con población indígena, como el de Bolivia, Ecuador y, en los últimos tiempos, el de Colombia, no han respaldado la violación de derechos fundamentales en las decisiones de sus autoridades autóctonas. Un número significativo de los fallos dictados por esta jurisdicción especial, sencillamente responden a sus costumbres tradicionales, a su cosmovisión ancestral, muchas de las cuales versan sobre temas de familia, sucesiones, mercantil, etc., sin transgredir la integridad personal de sus miembros. Son esas sentencias sustentadas en el Derecho propio de estos pueblos, las que podrían ser reconocidas por España producto de la ratificación del Convenio N° 169 de la OIT.

CONCLUSIONES

Esta investigación sobre la vigencia de la jurisdicción especial indígena en Latinoamérica y las implicaciones de su reconocimiento en el sistema jurídico español arrojó las siguientes conclusiones:

I

Los pueblos indígenas luego de muchas luchas, dentro de los países que forman parte y fuera de sus fronteras, han logrado el reconocimiento como pueblos y han afianzado su subjetividad internacional. Una muestra de tal afirmación lo encontramos en la regulación de instrumentos internacionales como el Convenio N° 169 de la OIT y la Declaración de derechos indígenas de las Naciones Unidas. Observamos como el Convenio N° 169 de la OIT ha sido ratificado e incorporado al ordenamiento jurídico de un número considerable de países; incluso, por parte de Estados que no tienen pueblos indígenas como es el caso de España.

II

Progresivamente los diversos países latinoamericanos que cuentan con pueblos indígenas han desarrollado legislaciones que garantizan los derechos de los mismos, muchas veces constreñidos ante las reivindicaciones exigidas por estas etnias. Una de las mayores disputas ha girado en relación con la autonomía y el derecho a la libre determinación de estos pueblos. Sin embargo, la experiencia ha demostrado, en la gran mayoría de los casos, que las aspiraciones de estos grupos están alejadas del separatismo. Por el contrario, persiguen la consolidación de un reconocimiento como naciones que forman parte de un todo, buscan que las diversas estructuras de los países que conforman, acepten y respeten

sus particularidades culturales, permitiéndoles participar en las dinámicas de desarrollo de estos Estados.

Ahora bien, cualquier duda sobre el posible ejercicio del derecho a la libre determinación de estos pueblos, quedó disipada con el artículo 3 y 4 de la Declaración de las Naciones Unidas sobre derechos de los pueblos indígenas.

III

En pleno siglo XXI es innegable la existencia y validez jurídica de las costumbres indígenas y de su jurisdicción especial. Es indudable que el reconocimiento de la pluralidad cultural y la plurinacionalidad puede acarrear el surgimiento de plurilegislación dentro del Estado en el que se presenta.

Los Estados latinoamericanos con población indígena, en cuyas Constituciones se ha alcanzado el reconocimiento de sus costumbres y jurisdicciones especiales, están dentro de la categoría de los Estados plurilegislativos "*ratione personae*". En estos Estados hay una diversidad de sistemas jurídicos basada en la adscripción de una porción de su población a una etnia en particular, que coexisten con el sistema jurídico que rige para la población no indígena.

IV

Somos fieles a la idea que, cuando la jurisdicción ordinaria y la jurisdicción especial indígena colisionan dentro de un país *ratione personae* estamos ante verdaderos conflictos de jurisdicciones, que en definitiva son los denominados conflictos interpersonales. Pensamos que en este caso, debe hacerse un correcto uso de la terminología procesal.

Por tanto, dichas colisiones no deberían ser confundidas con los conflictos de competencia territorial, personal y material.

Estos grupos humanos han alcanzado el reconocimiento de su autonomía política y jurídica, así como, del derecho a la libre determinación como pueblos. Pensamos que se le resta contundencia a estos logros, si dentro de los Estados plurilegislativos *ratione personae* se habla de conflictos de competencia o simplemente de coordinación, cuando en realidad queremos hacer referencia a conflictos de jurisdicciones o conflictos entre tribunales de distinto orden jurisdiccional, que serían las acepciones procesales acertadas.

V

Ha sido el principio de unidad jurisdiccional vigente en distintos países latinoamericanos el que ha obstaculizado la concepción de conflictos de jurisdicciones internos. Sin embargo, a manera de ejemplo, evidenciamos como en España el principio de unidad de jurisdicción no ha sido previsto de forma absoluta, admitiendo excepciones y, en relación con este estudio, destacan los tribunales consuetudinarios consagrados en el artículo 125 CE y 19. 3 y 4 LOPJ.

VI

La pluralidad de jurisdicciones producto de la diversidad étnica dentro de las fronteras de un Estado, puede resultar analógica a la pluralidad de competencia judicial internacional de diferentes países. Haciendo uso de la interpretación constitucional, las normas procesales y de la jurisprudencia vigentes en los Estados plurilegislativos *ratione personae*, se obtienen los puntos de conexión que determinan la potestad

jurisdiccional de las autoridades legítimas de un pueblo indígena. En definitiva, el territorio y la pertenencia étnica son los puntos de conexión propicios establecidos por la jurisprudencia de la Corte Constitucional de Colombia o la Ley Orgánica de Pueblos y Comunidades Indígenas venezolana, para determinar la potestad de esta jurisdicción especial.

VII

El respeto a la Constitución, las leyes y los derechos humanos universalmente reconocidos son límites jurídicos que en el ámbito convencional y de Derecho interno se ha impuesto al ejercicio de la jurisdicción especial indígena. En cuanto al respeto de los derechos fundamentales, consagrados en el orden interno y, a los derechos humanos internacionalmente concebidos, algunas sanciones que tienen vigencia en sistemas jurídicos indígenas latinoamericanos han sido objeto de arduos y prolongados debates. Por ejemplo, el uso del fuste o del cepo o el destierro son medios de castigo para transgresiones normativas en algunos de estos pueblos, que en casos concretos han llegado a recibir la venia de la jurisprudencia colombiana.

Concluimos que una solución a la dualidad existente entre la garantía de los derechos humanos y el respeto a las particularidades de cada cultura, sería una eficaz promoción de estos derechos dentro de la jurisdicción especial indígena, en este caso sí sería apropiado hablar de cooperación y coordinación. No obstante, éste debe ser un proceso dinámico, voluntario y que no implique imposición o transgresión cultural.

VIII

A nuestro criterio resulta muy claro que España al ratificar el Convenio N° 169 de la OIT, en especial su artículo 8, reconoció las costumbres indígenas y su jurisdicción especial dentro de este sistema jurídico. Tal reconocimiento conllevaría implicaciones cuyo estudio estimamos que tiene un especial interés de estudio.

Una de las implicaciones del reconocimiento de las costumbres indígenas en el sistema jurídico español, podría ser el matrimonio poligámico, dada la flexibilización del reconocimiento de los efectos jurídicos que tienen en el país ibérico estas uniones y la función del orden público atenuado.

IX

Otra implicación de la vigencia del artículo 8 del Convenio N° 169 de la OIT en España, podría ser la posibilidad de reconocimiento, en este país, de las decisiones de las autoridades indígenas dictadas dentro del ámbito del Derecho privado. Estos fallos tienen el efecto de cosa juzgada y provienen de una jurisdicción especial cuyas autoridades gozan de autonomía dentro del sistema nacional de sus respectivos países; por ello concluimos que, pueden ser reconocidos en el sistema jurídico español. Sería necesario entonces, analizar cada sentencia y verificar si se cumplen los requisitos del régimen convencional o del régimen común de reconocimiento de decisiones, documentos y actos extranjeros previsto en la Ley de Enjuiciamiento Civil española.

X

No se puede hablar del reconocimiento de una sentencia en España, si dicho fallo fue dictado; por ejemplo, en violación al debido proceso, específicamente, sin respetar el derecho a la defensa. Tampoco, si el mismo ha estado inmerso en vulneración a la integridad física y moral de una persona, o igualmente, que haya implicado tortura, penas o tratos inhumanos o degradantes.

Existen un gran número de sentencias dictadas por la jurisdicción especial indígena referidas a temas de familia, sucesiones, mercantil, etc., que no han implicado transgresión de la integridad personal de sus integrantes. Serían estos fallos sustentados en el derecho propio de estos pueblos, los que podrían obtener reconocimiento en España, dada la vigencia del Convenio N° 169 OIT en su territorio.

XI

Lo que descartamos rotundamente es que a una autoridad de un pueblo indígena se le reconozca la potestad de juzgar una controversia que involucre a un integrante de su pueblo, aplicando sus costumbres tradicionales en España. La vigencia del marco normativo del Convenio N° 169 de la OIT en un país en el que no existen pueblos indígenas, no lleva implícito un reconocimiento directo de las potestades jurisdiccionales de las autoridades legítimas de estos grupos humanos dentro de su territorio.

BIBLIOGRAFÍA

- ABARCA JUNCO, Ana Paloma y otros: *Inmigración y Extranjería. Régimen Jurídico Básico*. 3ª ed. COLEX. Madrid, 2010.
- ABARCA JUNCO, Ana Paloma y otros: *Derecho Internacional Privado*. Vol. II. 1ª ed. Universidad Nacional a Distancia. Madrid, 2010.
- ABARCA JUNCO, Ana Paloma y otros: *Derecho Internacional Privado*. 6º ed. Universidad Nacional de Educación a Distancia. Madrid, 2008.
- ABARCA JUNCO, Ana Paloma: "La Regulación de la Sociedad Multicultural". En: *Estatuto Personal y Multiculturalidad de la Familia*. A .L Calvo Caravaca y J. L. Iriarte Ángel (eds.). COLEX. Madrid, 2000.
- AGUILAR CAVALLO, Gonzalo: *El Título Indígena y su aplicabilidad en el derecho Chileno*. En: (Página Web en línea) http://www.scielo.cl/scielo.php?pid=S0718-00122005000100010&script=sci_arttext#nota34
- AGUILAR CUEVAS, Magdalena: *Las Tres Generaciones de los Derechos Humanos*. En: *Derechos Humanos. Órgano Informativo de la Comisión de Derechos Humanos del Estado de México*. Toluca, 1998.
- AGUILAR NAVARRO, Mariano: *Derecho Internacional Privado*. Facultad de Derecho de la Universidad Complutense de Madrid. Vol. I, Tomo II, parte primera. Madrid, 1977.
- ALBALADEJO, Manuel: *Compendio de Derecho Civil*. 13ª ed. Edisofer. Madrid, 2007.
- ALID ZOPPI, Pedro: *Cuestiones Previas y Otros Temas de Derecho Procesal*. Vadell Hermanos Editores. Valencia, 1992.

- ÁLVAREZ MOLINERO, Natalia: *Pueblos indígenas y derechos de autodeterminación. ¿Hacia un derecho internacional multicultural?* Universidad de Deusto. Bilbao, 2008.

- ANAYA, James y GROSSMAN, Claudio: “El caso Awas Tingni vs. Nicaragua: un nuevo hito en el Derecho Internacional de los pueblos indígenas”. En: *El Caso Awas Tingni contra Nicaragua, Nuevos horizontes para los derechos humanos de los pueblos indígenas*. Universidad de Deusto. Bilbao, 2003.

- ANAYA, S. Jame: *Los pueblos indígenas en el derecho internacional*. Traducción de la segunda edición. Editorial Trotta. Universidad Internacional de Andalucía. Madrid, 2005.

- ANTOKOLETZ, Daniel: *Derecho Internacional Público en tiempo de paz y en tiempo de guerra*. Primera parte. Cuarta edición. Librería y Editorial “La Facultad”. Buenos Aires, 1944.

- APARICIO WIHELMI, Marco.: “El derecho de los pueblos indígenas a la Libre Determinación”. En: *Pueblos indígenas y derechos humanos*. Coord. Mikel Berraondo. Universidad de Deusto, 2006.

- APARICIO WIHELMI, Marco: *Los pueblos indígenas y el Estado. El reconocimiento constitucional de los derechos indígenas en América Latina*. Cedecs Editorial. Barcelona, 2002.

- ARBELÁEZ DE TOBÓN, Lucía: *La Jurisdicción Especial Indígena en Colombia y los Mecanismos de Coordinación con el Sistema Nacional*. Consejo Superior de la Judicatura de Colombia. Guatemala, 2004.

- ARÉVALO PALMAR, Robinson: *El Pütchipuü o Palabreo Wayúu*. Defensoría del Pueblo III, Delegación Zulia. Maracaibo, 2003.

- ARGERI, María Elba: *De Guerreros a Delincuentes. La Desarticulación de las Jefaturas Indígenas y el Poder Judicial. Norpatagonia, 1880 - 1930*. Consejo Superior de Investigaciones Científicas, Instituto de Historia. Madrid, 2005.

- ARNÉS Y ENCINAS, Manuel: *La Evolución Histórica y Estado Actual de la Costumbre*. Imp. del Asilo de Huérfanos del S. C. de Jesús. Madrid, 1907.

- ASSIES, Willem: “El Derecho Indígena en el marco de los Estados contemporáneos. Tensiones y desafíos”. En: *Resolución de conflictos en el derecho mapuche: un estudio desde la perspectiva del pluralismo jurídico*. Universidad Católica de Temuco. Temuco - Chile, 2003.

- BANDRÉS, José Manuel: *Poder Judicial y Constitución*. Bosch. Barcelona, 1987.

- BARBERIS, Julio A.: *Los Sujetos del Derecho Internacional Actual*. Tecnos. Madrid, 1984.

- BARRIENTOS GRANDON, Javier: *El Gobierno de Las Indias*. Fundación Rafael del Pino, Marcial Pons, Ediciones Jurídicas y Sociales, S.A. Madrid - Barcelona, 2004.

- BATIFFOL, Henri : *Droit International Privé*. Tome I. Librairie Générale de Droit et de Jurisprudence. Paris, 1970.

- BAZÁN CERDÁN: Jorge Fernando: *La Jurisdicción Especial Indígena en la Constitución Política del Perú (1993)*. En: (Página Web en línea) [http://www.alipso.com/monografias2/LA_JURISDICCION_ESPECIAL_INDIGENA_EN_LA_CONSTITUCION_POLITICA_DEL_PERU_\(1993\)/index.php](http://www.alipso.com/monografias2/LA_JURISDICCION_ESPECIAL_INDIGENA_EN_LA_CONSTITUCION_POLITICA_DEL_PERU_(1993)/index.php)

- BELLO LOZANO, Humberto Y BELLO LOZANO MÁRQUEZ, Antonio: *Jurisdicción y Competencia, Esquemas del Procedimiento Ordinario y de los Procedimientos Especiales*. Mobil - Libros. Caracas, 1989.

- BELLO, Luis Jesús: *Derechos de los Pueblos Indígenas en el Nuevo Ordenamiento Jurídico Venezolano*. Grupo Internacional de Trabajo sobre Asuntos Indígenas (IWGIA). Venezuela, 2005.
- BERRAONDO LÓPEZ, Mikel: “Los derechos territoriales a partir de la Declaración de las Naciones Unidas”. En: *La Declaración sobre los derechos de los pueblos indígenas. Punto y seguido*. AlterNativa Intercambio con Pueblos Indígenas. Barcelona, 2008.
- BEUCHOT, Mauricio: “Pluralismo cultural analógico y derechos humanos”. En: *El Discurso Intercultural. Prolegómenos una filosofía intercultural*. Editorial Biblioteca Nueva. Madrid, 2002.
- BIRSL, Ursula y otros: *Migración e Interculturalidad en Gran Bretaña, España y Alemania*. Anthropos. Barcelona, 2004.
- BOBBIO, Norberto: *Contribución a la Teoría del Derecho*. Editorial Debate. Madrid, 1990.
- BODAS MARTÍN, Ricardo: “Las Garantías Éticas del Proceso”. En: *Ética del Juez y Garantías Procesales*. Director Eduardo de Urbano Carrillo. Consejo General del Poder judicial. Madrid, 2005.
- BOROBIO, Dionisio: “Familia e Interculturalidad. Importancia Cultural de la Familia en la Sociedad Actual”. En: *Familia e Interculturalidad*. Publicaciones Universidad Pontificia de Salamanca. Salamanca, 2003.
- BORRÁS RODRÍGUEZ, Alegría, BOUZA VIDAL, Núria, GONZÁLEZ CAMPOS, Julio D. y VIRGÓS SORIANO, Miguel: *Derecho Internacional Privado*. Universitat Oberta de Catalunya. 3ª ed. Barcelona, 2009.
- BORRÁS RODRÍGUEZ, Alegría: *Les Ordres Plurilégislatifs dans le Droit International Privé Actuel*. En: *Recueil des Cours, Collect Courses of The*

Hague Academy of International Law 1994. Tome 249 de la collection. Martines Nijhoff Publishers. The Hague/ Boston/London, 1996.

- BORRERO GARCÍA, Camilo: *Multiculturalismo y Derechos Fundamentales*. GTZ y CINEP. Bogotá, 2003.
- BRONSTEIN, Arturo S.: *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*. Equipo Técnico Multidisciplinario (ETM), Pueblos Indígenas, Organización Internacional del Trabajo. En: (Página Web en línea) <http://www.oit.or.cr/mdtsanjo/indig/bronste.htm>
- BUCKLAND, W.W y McNAIR, K.C., LL.D., Arnold: *Derecho Romano y << Common Law >> Una comparación en esbozo*. Traducción española de Ignacio CREMADES UGARTE. Universidad Complutense de Madrid. Madrid, 1994.
- BUJOSA VADELL, Lorenzo: *Protección jurisdiccional de los intereses de grupo*. J.M. Bosh Editor. Barcelona, 1995.
- BUJOSA VADELL, Lorenzo Mateo: “La Unidad Jurisdiccional y la Llamada Jurisdicción Militar”. En: *Justicia*. N° 3/4. J.M Bosch Editor. Barcelona, 1997.
- BULYGIN, Eugenio y MENDONCA, Daniel: *Normas y Sistemas Normativos*. Marcial Pons. Madrid, 2005.
- CABEDO MALLOL, Vicente José: *La Jurisdicción Especial indígena de Colombia y Los Derechos Humanos*. En: (Página Web en línea) ALERTANET EN DERECHO Y SOCIEDAD/ LAW & SOCIETY <http://www.alertanet.org/F2b-VCabedo.htm>

- CABEDO MALLOL, Vicente: *Constitucionalismo y Derecho indígena en América Latina*. Colección Amadís. Universidad Politécnica de Valencia. Valencia - España, 2004.

- CALAMANDREI, Piero: *Instituciones de Derecho Procesal, Según el Nuevo Código*. Traducción de Santiago Sentís Melando. Volumen II. Ediciones jurídicas Europa - América. Buenos Aires, 1986.

- CALVO CARAVACA, Alfonso - Luis y CARRASCOSA GONZÁLEZ, Javier: *Derecho Internacional Privado*. Vol. I. 10º ed. Editorial Comares. Granada, 2010.

- CANO MARTÍNEZ DE VELASCO, José Ignacio: *Los Usos Jurídicos. Derecho y Sociología*. Editorial Dilex. Madrid, 2008.

- CAPOTORTI, Francisco: *Estudio sobre los derechos de las personas pertenecientes a minorías étnicas, religiosas y lingüísticas*. Centro de Derechos Humanos, Naciones Unidas. Nueva York, 1991.

- CARACCIOLO, Ricardo A.: *Sistema Jurídico. Problemas Actuales*. Centro de Estudios Constitucionales. Madrid., 1988.

- CARBONELL SÁNCHEZ, Miguel: *La Constitucionalización de los Derechos Indígenas en América Latina: Una Aproximación Teórica*. En: Boletín Mexicano de Derecho Comparado, Nueva serie, año XXXVI, Nº 108. México, 2003.

- CARLSON, Leonard A.: "Were there alternatives to disaster?" En: *Land Rights, Ethno– Nationality, and Sovereignty in History*. Routledge. New York, 2004.

- CARMENA CASTRILLO, Manuela: "II. Juicio Justo". En: *Treinta Años de Derechos Humanos en España. Balance en el Año 2007*. Icaria. Barcelona, 2008.
- CARNELUTTI, Francisco: *Derecho y Proceso*. Traducción de Santiago Sentis Melando. Ediciones jurídicas Europa - América. Buenos Aires, 1971.
- CARRILLO SALCEDO, Juan Antonio: *Soberanía del Estado y Derecho Internacional*. 2 ed. Tecnos. Madrid, 1979.
- CASADO, Policarpo: *La Unidad en la Jurisdicción es un Elemento de Progreso Social*. Imprenta de Don Pedro Sanz y Sanz. Madrid, 1851.
- CASES, Antonio: "La Costumbre Ibérica en el Desarrollo del Derecho Romano". En: *El Derecho Histórico en España Tomo I*. Publicación Trimestral. Imprenta SAP. Madrid, 1936.
- CASSESE, Antonio: *Los Derechos Humanos en el Mundo Contemporáneo*. Editorial Ariel. Traducción de Atilio Pentimalli Melacrino y Blanca Ribera de Madariaga. Barcelona, 1991.
- CASTÁN TOBEÑAS, José: *Derecho Civil Español, Común y Foral*. T.I, Vol. I. 2ª ed. Reus. Madrid., 2005.
- CASTÁN TOBEÑAS, José: *Teoría de la Aplicación e Investigación del Derecho. Metodología y Técnica Operativa en Derecho Privado Positivo*. Reus, Madrid, 2005.
- CELENO, Bruno: *Dos Estudios sobre La Costumbre*. Fontamara. México D.F., 2000.
- CHIOVENDA, José: *Principios de Derecho Procesal Civil*. Traducción española de la 3ª ed. italiana. Tomo I. Instituto Editorial Reus. Madrid, 1922.

- CLAVERO, Bartolomé: Anteproyecto de Coordinación Jurisdiccional en Venezuela. Dictamen a Solicitud de Carácter Técnico. En: (Página Web en línea) <http://clavero.derechosindigenas.org/wp-content/uploads/2009/09/venezuela-coordinacion-jurisdiccional.pdf>
- CLAVERO, Bartolomé: *Pronunciamientos Indígenas de las Constituciones Americanas*. En: (Página Web en línea) ALERTANET EN DERECHO Y SOCIEDAD/ LAW & SOCIETY <http://alertanet.org/constitucion-indigenas.htm>
- CLIMENT DURÁN, Carlos: “Una Visión Jurídico - Procesal del Tribunal de las Aguas de Valencia”. En: *Homenaje del Poder Judicial al Tribunal de las Aguas de la Vega de Valencia*. Tirant lo Blanch. Valencia, 2008.
- COLMENARES, Ricardo: *Los Derechos de los Pueblos Indígenas en la Constitución de Venezuela de 1999*. Editorial Jurídica de Venezuela. Caracas, 2001.
- CORREA RUBIO, Marcial: *El Sistema Jurídico (Introducción al Derecho)*. 3ª ed. Pontificia Universidad Católica del Perú. Lima, 1987.
- CUETO RUA, Julio: *Fuentes del Derecho*. Reimpresión. Abeledo – Perrot. Buenos Aires, 1982.
- CRAWFORD, James: *The right of Self – Determination in International Law: Its Development and future, en People’s Rights*. Edited by Philip Alston, Oxford University Press. New York, 2001.
- CRUCHAGA TOCORNAL, Miguel: *Derecho Internacional*. Tomo I. Editorial Nascimento. Santiago de Chile, 1944.
- CRUZ VILLALÓN, Pedro: “El Juez como Garante de los Derechos Fundamentales”. En: *Constitución y Poder Judicial. XXV Aniversario de la Constitución de 1978*. Consejo General del Poder Judicial. Madrid, 2003.

- CRUZ ZÚÑIGA, Pilar: *Inmigración de indígenas saraguros y otros ecuatorianos en Vera (Almería). Diagnóstico de las condiciones socioeconómicas y de residencia*. Junta de Andalucía, Consejería de Gobernación. Sevilla, 2007.

- DA CRUZ, Humberto: *Hacia un Desarrollo Sostenible de los Pueblos Indígenas Mediante una Aproximación Etnoecológica*. Ecodesarrollo, Instituto de Etnoecología y Desarrollo Sostenible. Madrid, 2007.

- DE CABO MARTÍN, Carlos: *La Reforma Constitucional en la Perspectiva de las Fuentes del Derecho*. Editorial Trotta. Madrid, 2003.

- DE CASTRO Y BRAVO, Federico: *Derecho Civil de España*. T.I, Vol. I, Aranzadi. Pamplona, 2008.

- DE KLERK, Frederik: “Construyendo Sociedades Multiculturales”. En: *Los Derechos Humanos en el Siglo XXI. Cincuenta Ideas para su Práctica*. Ediciones Unesco. Icaria editorial. Barcelona, 1998.

- DE LA CRUZ, Rodrigo: “Los Derechos de los Indígenas. Un tema milenario cobra nueva fuerza”. En: *Derechos de los Pueblos Indígenas. Situación Jurídica y Políticas de Estado*. Comp. Ramón Torres Galarza. CEPLAES. Ecuador.

- DE LA OLIVA SANTOS, Andrés y otros: *Derecho Procesal. Introducción*. 3ª ed. Editorial Universitaria Ramón Areces. Madrid, 2004.

- DE LUCAS, Javier: “Derechos humanos, legislación positiva e interculturalidad”. En: *Interculturalidad*. Documento Social. Revista de Estudios Sociales y Sociología Aplicada. N° 97. Madrid, Octubre - Diciembre 1994.

- DE LUCAS, Javier: “Por Qué son Relevantes las Reivindicaciones Jurídico - Políticas de las Minorías (Los derechos de las minorías en el 50 Aniversario de la Declaración Universal de los Derechos Humanos)”. En: *Derechos de las Minorías en una Sociedad Multicultural*. Consejo General del Poder Judicial. Madrid, 1998.

- DE LUCAS, Javier: “Sobre la gestión de la multiculturalidad que resulta de la inmigración: condiciones del proyecto intercultural”. En: *Migración e interculturalidad. De lo global a lo local*. Joan Serafí Bernat y Celestí Gimeno (editores). Universitat Jaume I. Castelló de la Palma, 2006.

- DE LUCAS, Javier: *La(s) Sociedad (es) Multicultural (es) y los Conflictos Políticos y Jurídicos*. En: *La Multiculturalidad. Cuadernos de Derecho Judicial VI - 2001*. Consejo General del Poder Judicial. Madrid, 2001.

- DE NOVA, Rodolfo: “Les Systèmes Juridiques Complexes en Droit International Privé”. En: *Revue Critique de Droit International Privé. Librairie Du Recueil Sirey*. Paris, 1955.

- Declaración de México sobre las Políticas Culturales, de fecha 6/08/1982. UNESCO (Página Web en línea) http://portal.unesco.org/culture/es/ev.phpURL_ID=12762&URL_DO=DO_TOPIC &URL_SECTION=201.html

- Derecho Indígena, Linchamiento y Racismo. Ministerio de Educación de Ecuador. Abril, 2009. En: (página Web en línea) http://www.educacion.gov.ec/_upload/JusticialIndigena1.pdf

- DÍAZ MÜLLER, Luis Teodoro: “Las Minorías Étnicas en Sistemas Federales: ¿Autodeterminación o Autonomía?”. En: *Aspectos Nacionales e Internacionales sobre Derecho Indígena*. Universidad Autónoma de México. México, 1991.

- *Diccionario de la Lengua Española*. Real Academia Española. Tomo 7. Vigésima edición. España, 2001.

- *Diccionario de teoría crítica y estudios culturales*. Paidós. Buenos Aires, Barcelona, México, 2002.

- DÍEZ - PICAZZO, Luis María: *Régimen Constitucional del Poder Judicial*. Editorial Civitas. Madrid, 1991.

- DÍEZ - PICAZZO, Luis María: *Sistema de Derechos Fundamentales*. Civitas. Madrid, 2004.

- DÍEZ - PICAZZO, Luis y GULLÓN, Antonio: *Sistema de Derecho Civil. Derechos de las Cosas y Derecho Inmobiliario Registral*. Vol. III. 7° ed. Tecnos, Madrid, 2004.

- DIEZ DE VELASCO, Manuel: *Instituciones de Derecho Internacional Público*. 17 ed. Tecnos. Madrid, 2009.

- DORADO PORRAS, Javier: “Los derechos como garantía y como límite al multiculturalismo”. En: *Derechos Fundamentales, Valores y Multiculturalismo*. Dykinson. Madrid, 2005.

- DURAND ALCÁNTARA, Carlos H.: “La costumbre jurídica india como sistema de derecho”. En: *Hacia una Fundamentación Teórica de la Costumbre Jurídica India*. Universidad Autónoma Chapingo. México, D.F, 2000.

- DUTHU, Bruce N.: *American Indians and the Law*. Penguin Group. New York, 2008.

- ESCALONA MARTÍNEZ, Gaspar: “La Naturaleza de los Derechos Humanos”. En: *Pasado, Presente y Futuro de los Derechos Humanos*. Yolanda Gómez

Sánchez coord. Comisión Nacional de los Derechos Humanos. Universidad Nacional de Educación a Distancia. México, 2004.

- ESPARZA LEIBAR, Iñaki: *El Principio del Proceso Debido*. Bosch. Barcelona, 1995.
- ESPINAR VICENTE, José María: *El Matrimonio y las Familias en el Sistema Español de Derecho Internacional Privado*. Civitas. Madrid, 1996.
- ESPINAR VICENTE, José María: *Tratado Elemental de Derecho Internacional Privado*. Universidad de Alcalá. Madrid, 2008.
- ESPLUGUES MOTA, Carlos: *El divorcio internacional (Jurisdicción, ley aplicable, reconocimiento y ejecución de sentencias extranjeras)*. Tirant lo Blanch. Valencia, 2003.
- ESPLUGUES MOTA, Carlos e IGLESIAS BUHIGUES, José Luis: *Derecho Internacional Privado*. 4ª ed. Tirant lo Blanch. Valencia, 2010.
- ESTENAN DE LA ROSA, Gloria: *Inmigración y Derecho Internacional Privado*. Difusión Jurídica. Madrid, 2009.
- ETXEBERRIA, Xabier: *Ética de la Diferencia en el Marco de la Antropología Cultural*. 2ª ed. Universidad de Deusto. Bilbao, 2000.
- ETXEBERRIA, Xabier: "Fundamentación y Orientación Ética de la Protección de los Derechos Humanos". En: *La Protección Internacional de los Derechos Humanos en los Albores del siglo XXI*. Director Felipe Gómez Isa. Universidad de Deusto. Bilbao, 2003.
- FAIRÉN – GUILLÉN, Víctor: *El Tribunal de las Aguas de Valencia y su Proceso*. Caja de Ahorros de Valencia. Valencia, 1988.

- FAIREN GUILLEN, Víctor: *Doctrina General del Derecho Procesal (Hacia una teoría y Ley procesal generales)*. Librería Bosch. Barcelona, 1990.
- FALK, Richard: *The Rights of Peoples (In Particular Indigenous Peoples)*. En: *The Rights of Peoples*. Edited by James Crawford. Clarendon Press - Oxford, 1998.
- FAZZALARI, Elio: *Lezioni di Diritto Processuale Civile*. Tomo I, Processo Ordinario di Cognizione. PADOVA. Italia, 1985.
- FELIPE MANSILLA, Hugo Celso: “Derechos Humanos, Universalismos y Nacionalismos”. En: *Nueva Sociedad*. Nº 131. Mayo - junio, 1994.
- FELIPE MANSILLA, Hugo Celso: “La Controversia entre Universalismo y Particularismo y la Posibilidad de una Síntesis Fructífera”. En: *Cuadernos sobre Vico 9/10*. Sevilla, 1998 - 1999.
- FERNÁNDEZ ESPINAR, Ramón: *Las Fuentes del Derecho Histórico Español, Esquemas y Resúmenes*. 2ª ed. Editorial Ceura. Madrid, 1986.
- FERNÁNDEZ ROZAS, José Carlos y SÁNCHEZ LORENZO, Sixto: *Curso de Derecho Internacional Privado*. 2º ed. Civitas. Madrid, 1993.
- FERNÁNDEZ ROZAS, José Carlos y SÁNCHEZ LORENZO, Sixto: *Curso de Derecho Internacional Privado*. 3ª ed., reimpresión. Civitas. Madrid, 1997.
- FERNÁNDEZ ROZAS, José Carlos y SÁNCHEZ LORENZO, Sixto: *Curso de Derecho Internacional Privado*. 5ª ed. Civitas. Madrid, 2009.
- FERNÁNDEZ ROZAS, José Carlos y DE MIGUEL ASENSIO, Pedro Alberto: *Derecho Internacional Privado, Textos y Materiales*. Civitas, Thomson Reuters. Navarra, 2010.

- FERNÁNDEZ SEGADO, Francisco: “El Derecho a la Jurisdicción y a las Garantías del Proceso Debido en el Ordenamiento Constitucional”. En: *Ius et Praxis*, año/vol. 5, número 001. Talca - Chile, 1999.

- FERNÁNDEZ SEGADO, Francisco: “La Dignidad de la Persona como Valor Supremo del Ordenamiento Jurídico Español y como Fuente de todos los Derechos”. En: *JUS. Rivista di Scienze Giuridiche*. Nº 2. Maggio - Agosto 2003. Università Cattolica del Sacro Cuore. Milano, 2003.

- GANNAGE, Pierre: “L’ Influence du Pluralisme des Statuts Personnels dans les Droits Internes des Pays du Proche – Orient sur les Règles de Droit International Privé”. En: *Journal du Droit International*. Editions Techniques S.A. Paris, 1965.

- GARCÍA ALAS Y GARCÍA ARGÜELLES, Leopoldo: *Las fuentes del Derecho y el Código Alemán*. Vol. XIII. Hijos de Reus. Madrid, 1917.

- GARCÍA GALLO, Alfonso: *Consideración Crítica de los Estudios sobre la Legislación y la Costumbre Visigodas*. Instituto Nacional de Estudios Jurídicos. Anuario de Historia del Derecho Español. Madrid, 1974.

- GARCÍA - GALLO, Alfonso: *Manual de Historia del Derecho Español II*. 10ª reimpresión de la 9ª ed. A.G. E.S.A. Madrid, 1984.

- GARCÍA HIERRO, Pedro: “Territorios Indígenas: Tocando las Puertas del Derecho”. En: *Revista de India., Departamento de Historia de América*. Instituto de Historia. Vol. LXI, NÚM.223. Consejo Superior de Investigaciones Científicas. Madrid, 2001.

- GAVARA DE CARA, Juan Carlos y otros: “Los Derechos Estatutarios en el Sistema Constitucional Español: Caracterización y Consecuencias”. En: *Los Derechos como Principios Objetivos en los Estados Compuestos*. Juan Carlos Gavara de Cara (ed.). Bosch Editor. Barcelona, 2010.

- GIMENO SENDRA, José Vicente: *Fundamentos del Derecho Procesal (Jurisdicción, Acción y Proceso)*. Editorial Civitas. Madrid, 1981

- GIMENO SENDRA, José Vicente: *Introducción al Derecho Procesal*. 6ª ed. Editorial COLEX. Madrid, 2010.

- GOLDSCHMIDT, Werner: *Sistema y Filosofía de Derecho Internacional Privado, con especial consideración del de España y de la América Luso – Hispánica*. Tomo I. 2º ed. Ediciones Jurídicas Europa - América. Buenos Aires, 1952.

- GÓMEZ ISA, Felipe: “La Protección Internacional de los Derechos Humanos”. En: *La Protección Internacional de los Derechos Humanos en los Albores del siglo XXI*. Director Felipe Gómez Isa. Universidad de Deusto. Bilbao, 2003.

- GONZÁLEZ CAMPOS, Julio Diego, SÁNCHEZ RODRÍGUEZ, Luis Ignacio y SÁENZ DE SANTA MARÍA, P. Andrés: *Curso de Derecho Internacional Público*. 4 ed. Thomson Civitas. Madrid, 2008.

- GÓNZALEZ DE SAN SEGUNDO, Miguel Ángel: *Derecho Prehispánico e Instituciones en el Ordenamiento Jurídico Indiano (Notas para su Estudio)*. Departamento de Historia de Derecho Español, Facultad de Derecho de la Universidad Complutense de Madrid. Madrid, 1980.

- GONZÁLEZ DE SAN SEGUNDO, Miguel Ángel: *Un Mestizaje Jurídico, El Derecho Indiano de los Indígenas (Estudios de Historia del Derecho)*. Universidad Complutense de Madrid. Madrid, 1995.

- GONZÁLEZ GALVÁN, José Alberto: *Una Filosofía del Derecho Indígena*. Boletín Mexicano de Derecho Mexicano. Nueva serie, Año XX, N° 89. Universidad Autónoma de México. México, 1997.

- GONZÁLEZ TREVIJANO, Pedro José: *La Costumbre en Derecho Constitucional*. Publicaciones del Consejo de los Diputados. Madrid, 1989.
- HART, H. L. A: *El Concepto de Derecho*. Reimpresión de la 2ª ed. Editora Nacional. México D.F., 1980.
- HERNÁNDEZ –GIL ALVARÉS – CIENFUEGOS, ANTONIO y ZULETA PUCEIRO, Enrique: *El Tratamiento de la Costumbre en la Codificación Civil Hispanoamericana*. Sucesores de Rivadeneyra. Madrid, 1976.
- HERNÁNDEZ PÉREZ, Sigifredo: “Consejo de Hombres Buenos”. En: *Tribunal de las Aguas de valencia y Consejo de Hombres Buenos de Murcia. La Voz del Patrimonio Inmaterial*. Aula de Cultura. Fundación Cajamurcia. Valencia, 2009.
- HERRAMZ DE RAFAEL, Gonzalo: *Xenofobia y Multiculturalidad*. Tiran lo Blanch. Valencia, 2008.
- “Historia de los Derechos Humanos”. En: *Amnistía Internacional* (Página Web en línea) <http://www.amnistiacatalunya.org/edu/es/historia/inf-s18.html>
- HOEKEMA, Andre J.: “El Concepto de Autonomía”. En: *Derechos de los Pueblos Indígenas en las Constituciones de América Latina*. Comp. Enrique Sánchez. COAMA y Editorial Disloque. Colombia, 1996.
- HUERTAS CONTRERAS, Marcelo: *El Poder Judicial en la Constitución Española*. Universidad de Granada. Granada, 1995.
- HUGHES, Lotte: *Pueblos indígenas*. Intermón Oxfam. Barcelona, 2004.
- JIMÉNEZ ASENSIO, Rafael: *Pacto de estado, Reforma de la Administración de Justicia y Comunidades Autónomas*. Instituto Vasco de Administración Pública. Oñati, 2004.

- JIMÉNEZ DE ARÉCHAGA, Eduardo: *El Derecho Internacional Contemporáneo*. Tecnos. Madrid, 1980.
- JUÁREZ PÉREZ, Pilar: *Reconocimiento de Sentencia Extranjeras y Eclesiásticas por el Régimen Autónomo Español*. 2º ed. COLEX. Madrid, 2008.
- *Juicios Justos. Manual de Amnistía Internacional*. Publicado por primera vez en inglés en diciembre de 1998 con el titulado *Fair Trials*. EDAI. Madrid, 2003.
- *Jurisdicción Especial Indígena, "Ejercicio del Derecho Propio, El Caso del Tribunal Superior Indígena de Tolima – CRIT"*. Corporación Gestión y Desarrollo Ciudadano. Ibagué, Tolima, Colombia, 2005.
- KASER, Max: *Derecho Romano Privado*. Versión directa de la 5ª edición alemana por José SANTA CRUZ TEIJEIRO. 2ª ed. Reus. Madrid, 1982.
- KEAL, Paul: *European Conquest and the Rights of Indigenous Peoples. The moral backwardness of international society*. Cambridge University Press. Cambridge, 2003.
- KELSEN, Hans: *Teoría Pura del Derecho*. Traducción de la 2ª ed. en alemán, por Roberto J. VERNENGO. Universidad Nacional Autónoma de México. México, 1982.
- KLOOSTERMAN, Janet: *Identidad Indígena. Entre romanticismo y realidad"*. Thela Publishers. Ámsterdam, 1997.
- KOWII, Ariruma: *Autonomía, reservaciones o plurinacionalidad*. En: (Página Web en línea) América Latina en Movimiento [http://alainet.org/active/975 &lang=es](http://alainet.org/active/975&lang=es)

- KRAUSZ, Michael: "Culturas Encontradas: Dos Universalismos y Dos Relativismos". En: *Relativismo Cultural y Filosofía. Perspectivas Norteamericanas y Latinoamericanas*. Marcelo Dascal compilador. Universidad Nacional Autónoma de México. México D.F., 1992.

- KYMLICKA, Will: *Ciudadanía Multicultural, Una Teoría Liberal de los Derechos de las Minorías*. Traducción al castellano de Carmen Castells Auleda. Editorial Paidós. Barcelona, Buenos Aires, México, 1996.

- *La Voz de los Pueblos Indígenas, Con el Proyecto de la Declaración de los Derechos de los Pueblos Indígenas*. Prefacio de Rigoberta Menchú. Traducción de Ángela Pérez y Edel Álvarez. Edición de Alexander Ewen para el Consejo Indígena Estadounidense de la Ciudad de New York. Editorial Plenum. Barcelona, 1995.

- Las Sietes Partidas. En: (Página Web en línea) Biblioteca Virtual Katharsis http://www.revista.katharsis.org/AlfonsoX_7partidas.pdf

- *Las Tribus Indígenas en Los Estados Unidos. Su situación Legal*. En: Centro de Recursos Informativos de la Embajada de los Estados Unidos en Argentina. Buenos Aires.

- LAVILLA ALSINA, Landelino: *Poder Judicial y Constitución*. Secretaría General Técnica del Ministerio de Justicia. Madrid, 1978.

- LAWSON, Stephanie: *Self - determination as Ethnocracy: Perspectives from the South Pacific*. En: *The New World Order. Sovereignty, Human Rights, and the Self - Determination of Peoples*. Berg. Oxford/ Washington, 1996.

- LÉVI - STRAUSS, Claude: *Raza y Cultura*. Introducción de Manuel Garrido. Cátedra. Madrid, 1993.

- LLASAG FERNÁNDEZ, Raúl: “La jurisdicción indígena en el contexto de los principios de plurinacionalidad e interculturalidad”. En: (Página Web en línea) http://ccr6.pgr.mpf.gov.br/institucional/eventos/docseventos/LA_Jurisdiccion_Indigena.pdf

- LOEWENSTEIN, Karl: *Teoría de la Constitución*. Ariel. Barcelona, 1979.

- LÓPEZ CALERA, Nicolás María: *¿Hay derechos colectivos? Individualidad y socialidad en la teoría de los derechos*. Editorial Ariel. Barcelona, 2000.

- LÓPEZ PINA, Antonio: *La Constitución Territorial de España. El orden jurídico como garantía de la igual libertad*. Instituto Nacional de Administración Pública. Marcial Pons. Madrid - Barcelona, 2006.

- LÓPEZ RUIZ, Francisco: “Sistema Jurídico y Criterios de Producción Normativa”. En: *Revista Española de Derecho Constitucional*. Año 14, Núm. 40. Madrid, 1994.

- LOPÉZ RUIZ, Francisco: *Fuentes del Derecho y Ordenamientos Jurídicos*. Tirant lo Blanch. Valencia, 1997.

- LÓPEZ Y RIVAS, Gilberto: “México: las autonomías de los pueblos indios en el ámbito nacional”. En: *Autonomías Indígenas en América Latina. Nuevas formas de convivencia política*. Leo Gabriel y Gilberto López y Rivas (coordinadores). Universidad Autónoma Metropolitana – Iztapalapa. Plaza y Valdés Editores. México, 2005.

- “Los Derechos Humanos. Teorías y Definiciones”. En: *Amnistía Internacional* (Página Web en línea) <http://www.amnistia catalunya.org/edu/2/dh/dh-der-defin1-cast.html>

- LOUSSOUARN, Yvon y BOUREL, Pierre: *Droit international privé*. 4^a édition. DALLOZ. Paris, 1993.

- MAEKELT, Tatiana B.: “Ordenamientos Jurídicos Complejos”. En: *Ley de Derecho Internacional Privado Comentada*. T. I. Universidad Central de Venezuela, Facultad de Ciencias Jurídicas y Políticas - Consejo de Desarrollo Científico y Humanístico. Caracas, 2005.
- MAESTRE CASAS, Pilar: “Multiculturalidad e Internacionalización de Valores: Incidencia en el Sistema Español de Derecho Internacional Privado”. En: *Mundialización y Familia*. A. L. Calvo Caravaca y J.L Iriarte Ángel (editores). COLEX. Madrid, 2001.
- MALGESINI, Graciela y GIMÉNEZ, Carlos: *Guía de conceptos sobre migraciones, racismo e interculturalidad*. Catarata. Madrid, 2000.
- MALINOWSKI, Bronislaw: *Crimen y Costumbre en la Sociedad Salvaje*. Editorial Ariel. Barcelona, 1978.
- MALINOWSKI, Bronislaw: *Magia Ciencia, Religión*. Editorial Ariel. Barcelona, 1994.
- MANCINI, Pasquale Stanislao: *Sobre la Nacionalidad*. Edición Antonio E. Pérez Luño. Traducción Manuel Carrera Díaz. Tecnos. Madrid, 1985.
- MARILUZ URQUIJO, José María: *El Régimen de la Tierra en el Derecho Indiano*. 2º ed. Editorial Perrot. Buenos Aires, 1978.
- MARTÍNEZ – PUJALTE, Antonio – Luis: “Los Derechos Humanos como Derechos Inalienables”. En: *Derechos Humanos. Concepto, Fundamentos, Sujetos*. Jesús Ballesteros editor. Tecnos. Madrid, 1992.
- MASCARELL NAVARRO, María José: “El Tribunal de las Aguas de la Vega Valenciana y su Proceso Jurídico”. En: *El Tribunal de las Aguas de Valencia. Generalitat Valenciana*. Valencia, 2002.

- MATOS ROMERO, Manuel: *La Guajira. Su importancia*. Empresa El Cojo C.A. Caracas, 1971.

- MAYS VALLENILLA, Ernesto: “La Lengua como Derecho Humano”. En: *Los Derechos Humanos en el Siglo XXI. Cincuenta Ideas para su Práctica*. Ediciones Unesco. Icaria editorial. Barcelona, 1998.

- MIAJA DE LA MUELA, Adolfo.: *Introducción al Derecho Internacional Público*. 7 ed. Atlas. Madrid, 1979.

- MIRETE, José Luis: *La Utilización de la Razón y el Positivismo Jurídico*. DM Librero – Editor. Murcia, 2007.

- MONTAGUT ESTRAGUÉS, Tomás y SÁNCHEZ DE MOVELLÁN TORENT, Isabel: *Historia del Sistema Jurídico*. Universidad a Distancia de Madrid. Centro de Estudios Financieros. Madrid, 2009.

- MONTAÑO GARFIAS, Ericka: “Presentaron atlas sobre el español y catálogo del estado actual de las lenguas autóctonas. México posee 364 variantes lingüísticas derivadas de 62 grupos indígenas”. En: (Página Web en línea) [http://www.nacionmulticultural.unam.mx/Portal/Derecho/ NOTICIAS/PDF/080331_variantes_linguisticas.pdf](http://www.nacionmulticultural.unam.mx/Portal/Derecho/NOTICIAS/PDF/080331_variantes_linguisticas.pdf)

- MONTERO BALLESTEROS, Alberto: *Las Fuentes del Derecho*. Universidad de Murcia. Lérida, 1993.

- MONZÓN I ARAZO, August: “Derechos humanos y Diálogo Intercultural”. En: *Derechos Humanos. Concepto, Fundamentos, Sujetos*. Jesús Ballesteros editor. Tecnos. Madrid, 1992.

- MORALES SÁNCHEZ, Carlos: “Las nuevas reglas para juzgar al indígena. El caso Jorge Santiago Santiago”. En: *Revista del Instituto Federal de*

Defensoría Pública. Publicación Semestral, Número 8, diciembre 2009. México, 2009.

- MORELLI, Gaetano: *Derecho Procesal Civil Internacional*. Traducción de Santiago Sentis Melendo. Ediciones Jurídica Europa – América. Chile - Buenos Aires, 1953.
- MOSTERÍN, Jesús: *La Cultura Humana*. Espasa. Madrid, 2009.
- NIEVA FENOLL, Jordi: *La cosa juzgada*. Atelier Libros Jurídicos. Barcelona, 2006.
- OLGUÍN MARTÍNEZ, Gabriela: *Los Mecanismos de Control de la OIT en Materia de Derechos Indígenas (Aplicación Internacional del Convenio Número 169)*. Ce - Acatl. México, D.F., 2000.
- OLIVA MARTÍNEZ, J. Daniel y BLÁZQUEZ MARTÍN, Diego: *Los Derechos Humanos ante los Desafíos Internacionales de la Diversidad Cultural*. Tirant lo Blanch. Valencia, 2007.
- OLIVER SOLA, María Cruz: *La costumbre como Fuente del Derecho Navarro*. Gobierno de Navarra. Pamplona, 1991.
- ONGHENA, Yolanda: *Intercultural/Multicultural*. En: *Sistemas culturales multiétnicos y derecho de integración*. Consejo General del poder Judicial. Madrid, 2007.
- ORTELLS RAMOS, Manuel y otros: *Derecho Procesal Civil*. 10ª ed. Thompson - Aranzadi. Navarra, 2010.
- PARENTI, Michael: *La Lucha de la Cultura*. Editorial Hiru. Hondarribia, 2007.

- PARRA ARANGUREN, Gonzalo: *Curso General de Derecho Internacional Privado. Problemas selectos y otros estudios*. Universidad Central de Venezuela, Facultad de Ciencias Jurídicas y Políticas. Caracas, 1998.

- PASTOR RIDRUEJO, José Antonio: *Curso de Derecho Internacional Público y Organizaciones Internacionales*. 14 ed. Tecnos. Madrid, 2010.

- PASTOR RIDRUEJO, José Antonio: *Le Droit International Á La Veille Du Vingt et Uniéme Siécle : Normes, Faits et Valeurs*. Cours général de droit international public, Tiré á part du *Recueil des cours*. Tome 274. Martinus Nijhoff Publishers. The Hague, Boston, London, 1998.

- PATZI, Félix: “Sistema comunal: una propuesta alternativa al sistema liberal”. En: *Las Vertientes Americanas del Pensamiento y el Proyecto Des – Colonial. El resurgimiento de los pueblos indígenas y afrolatinos como sujetos políticos*. Trama editorial. Madrid, 2008.

- PEACES - BARBA MARTÍNEZ, Gregorio: *Curso de Derechos Fundamentales. Teoría General*. Universidad Carlos III de Madrid. Boletín Oficial del Estado. Madrid, 1995.

- PECES - BARBA MARTÍNEZ, Gregorio: *Derechos Sociales y Positivismo Jurídico (Escritos de Filosofía Jurídica y Política)*. Instituto de Derechos Humanos Bartolomé de las Casas, Universidad Carlos III. Dykinson. Madrid, 1999.

- PEDRAZ PENALVA, Ernesto: *Constitución, Jurisdicción y Proceso*. Ediciones Akal. Madrid, 1990.

- PEÑA, Hernán: *Distinción de los Conceptos Fundamentales del Derecho Procesal*. Pontificia Universidad Javeriana. Bogotá, 1963.

- PÉREZ CALVO, Alberto: *Nación, Nacionalidades y Pueblos en el Derecho Español (Al hilo de la propuesta de Reforma del Estatuto de Autonomía de Cataluña)*. Biblioteca Nueva. Madrid, 2005.
- PÉREZ LUÑO, Antonio Enrique: *Derechos Humanos, Estado de Derecho y Constitución*. 9 ed. Tecnos. Madrid, 2005.
- PÉREZ MILLA, José Javier: *La Territorialidad en el Ordenamiento Plurilegislativo Español*. CIRIEC. Valencia, 1999.
- PERÉZ TAPIAS, José Antonio: *Filosofía y crítica de la cultura*. 2º Ed. Editorial Trotta. Madrid, 2000.
- PERÉZ VERA, Elisa y otros: *Derecho Internacional Privado*. Universidad Nacional de Educación a Distancia. Segunda edición, Vol. I. España, 2000.
- PÉREZ VERA, Elisa: *Naciones Unidas y los Principios de la Coexistencia Pacífica*. Tecnos. Madrid, 1973.
- PÉREZ ZAFRILLA, Pedro Jesús: *Surcar la Cultura*. Colección Filosofías. Pre-Textos. Valencia, 2006.
- PEREZNIETO CASTRO, Leonel: *Derecho Internacional Privado*. 3ª ed. HARLA. México, 1984.
- PERRY, Steven W: *Censo de las Agencias de Justicia Tribales en el País indio, del año 2002*. U.S. Department of Justice. Office of Justice Programs. Washington, 2005, p. iii. (Página Web en línea) <http://bjs.ojp.usdoj.gov/index.cfm?ty=pbdetail&iid=543>
- PORRAS RAMÍREZ, José María: "Unidad Jurisdiccional y Autonomía Política. La Posición Constitucional de los Tribunales Superiores de Justicia". En: *Revista Española de Derecho Constitucional*. Año 23, Núm. 57. Madrid, 2003.

- PRIETO HERAUD, Eduardo: *Factores humanos: La propiedad de la tierra*. Dirigido por D. Alejandro Barbero Rodríguez. Madrid, 1959.
- *Pueblos indígenas de América Latina: antiguas inequidades, realidades heterogéneas y nuevas obligaciones para las democracias del siglo XXI*. Comisión Económica para América Latina de Naciones Unidas, Informe 2006, Capítulo III, p. 162.
- PUPPIO, Vicente J.: *Teoría General del Proceso*, 5ª edición revisada y ampliada. Universidad Católica de Venezuela. Caracas, 2004.
- QUIÑONES ESCÁMEZ, Anna: *Derecho e inmigración: el repudio islámico en Europa*. Fundación “la Caixa”. Barcelona, 2000.
- QUIRÓS FONS, Antonio: *La Familia del Extranjero. Regímenes de Reagrupación e Integración*. Tirant lo Blanch. Valencia, 2008.
- RAGSDALE, Fred: “The Deception of Geography”. En: *American Indian Policy*. University of Oklahoma. Oklahoma, 1985.
- RAMOS MÉNDEZ: Francisco: *El Sistema Procesal Español*. 7ª ed. Atelier. Barcelona, 2005.
- REMIRO BROTONS, Antonio y otros: *Derecho Internacional*. Tirant lo Blanch. Valencia, 2007.
- RENGEL ROMBERG, Arístides: “La Competencia Procesal Internacional en el Derecho Venezolano”. En: *Libro Homenaje a la Memoria de Lorenzo Herrera Mendoza*. Tomo I. Universidad Central de Venezuela. Facultad de Derecho. Caracas, 1970.

- RENGEL ROMBERG, Arístides: *Tratado de Derecho Procesal Civil Venezolano (según Nuevo Código de 1987)*. Volumen I. Organizaciones Gráficas Carriles C.A. Caracas, 1987.
- REVERÓN PALENZUELA, Benito: *Poder Judicial, Unidad Jurisdiccional y Estado Autonómico*. Editorial Comares. Granada, 1996.
- REYES, Román: *Terminología Científico - Social. Aproximación Crítica*. Editorial Anthropos. Barcelona, 1988.
- RIQUELME CORTADO, Rosa: *Las Reservas de los Tratados. Lagunas y Ambigüedades del Régimen de Viena*. Universidad de Murcia. Murcia, 2004.
- RIVAYA, Benjamín: “Estructura y Función en la Teoría del Derecho de H.L.A. Hart”. En: *El Positivismo Jurídico a Examen. Estudios en Homenaje a José Delgado Pinto*. Ediciones Universidad Salamanca. Salamanca, 2006.
- ROCHA, Mónica: “El Estatuto de los “Pueblos Indígenas” en el Derecho Internacional”. En: *Derecho y Poder: la cuestión de la tierras y los pueblos indios*. Universidad Autónoma de Chapingo. Chapingo, 1995.
- RODRÍGUEZ – AGUILERA, Cesáreo: *El Poder Judicial en la Constitución*. Bosch. Barcelona, 1980.
- RODRÍGUEZ - PIÑERO, Luis: *Indigenous Peoples, Postcolonialism, and International Law. The ILO Regime (1919 -1989)*. Oxford University Press. New York, 2005.
- RODRÍGUEZ BENOT, Andrés: “Tráfico Externo, Derecho de Familia y Multiculturalidad en el Ordenamiento Español”. En: *La Multiculturalidad: Especial Referencia del Islam*. Consejo General del Poder Judicial. Cuadernos de Derecho Judicial. Madrid, 2002.

- RODRÍGUEZ MARTÍNEZ, Elí: *El Artículo Segundo Constitucional y los Conflictos de Leyes en Materia de Derechos Indígenas*. En: (Página Web en línea) <http://www.bibliojuridica.org/libros/4/1510/45.pdf>

- RODRÍGUEZ PANIAGUA, José María: *Historia del Pensamiento Jurídico II, Siglos XIX y XX*. 7ª ed. Universidad Complutense de Madrid. Madrid, 1993.

- ROMANO, Santi: *El Ordenamiento Jurídico*. Traducción de Sebastián Martín – Retortillo y Lorenzo Martín – Retortillo. Instituto de Estudios Políticos. Madrid, 1963.

- ROUSSEAU, Charles: *Derecho Internacional Público*. 3ª ed. Ediciones Ariel. Barcelona, 1966.

- RUBIO TORRANO, Enrique: “Evolución y Futuro del Derecho Civil Navarro”. En: *Jornadas de Derecho Civil de Navarra*. Nº 33.2, enero - junio 2002. Gobierno de Navarra (Página Web en línea) navarra.es

- RUILOBA SANTANA, Eloy: “Una Nueva Categoría en el Panorama de la Subjetividad Internacional: El Concepto de Pueblo”. En: *Estudios de Derecho Internacional*. Homenaje al profesor Miaja de la Muela. Vol. I. Tecnos. Madrid, 1979.

- SAAVEDRA GALLO, Pablo y OSORIO ACOSTA, Ezequiel: *Sistema de Garantías Procesales*. Dijusa. Madrid, 2008.

- SAIZ GARITAONANDIA, Alberto: *La Administración de Justicia en las Comunidades Autónomas: Situación actual y perspectivas de reforma*. Tiran lo Blanch. Valencia, 2009.

- SAN MARTÍN, Javier: *Para una Superación del Relativismo Cultural*. (Antropología Cultural y Antropología Filosófica). Tecnos. Madrid, 2009.

- SÁNCHEZ BARRILAO, Juan Francisco: “Poder Judicial y Unidad Jurisdiccional en España”. En: *Poder Judicial y Unidad Jurisdiccional en el Estado Autonómico*. Directores Juan Luis Ibarra Robles y Miguel Ángel García Herrera. Consejo General del Poder Judicial. Madrid, 2006.

- SÁNCHEZ BOTERO, Esther y JARAMILLO SIERRA, Isabel: *La Jurisdicción Especial Indígena*. Instituto de Estudios del Ministerio Público, Procuraduría General de la Nación. Bogotá, 2000.

- SÁNCHEZ BOTERO, Esther: *Derechos Propios, Ejercicio Legal de la Jurisdicción Especial Indígena en Colombia*. Instituto de Estudios del Ministerio Público, Procuraduría General de la Nación. Bogotá, 2004.

- SÁNCHEZ COVISA, Joaquín: “Competencia Internacional”. En: *Studia Iuridica*. Universidad Central de Venezuela. Publicación anual de la Facultad de Derecho. Caracas, 1957.

- SÁNCHEZ LORENZO, Sixto: “Globalización, Pluralidad Cultural y Derecho Internacional de la Familia”. En: *Anuario Hispano - Luso Americano de Derecho Internacional*. Núm. 17. Madrid, 2005.

- SÁNCHEZ, Consuelo: *Los pueblos indígenas, del indigenismo a la autonomía*. Siglo Veintiuno Editores. México, 1999.

- SANZ JARQUE, Juan José: *La eterna cuestión de la tierra en el pensamiento de Santo Tomás de Aquino: propiedad y tenencia*. Universidad CEU San Pablo. Madrid, Madrid, 2007.

- SARRIÓN ANDALUZ, José: “Fundamentación Universalista de los Derechos Humanos”. En: *Derechos Humanos en Europa*. Universidad Pontificia de Salamanca. Instituto de Estudios Europeos y Derechos Humanos. Salamanca, 2009.

- SAVIGNY, Federico Carlos: *Sistema de Derecho Romano Actual*. (Trad. J. Maesía y M. Poley). F. Tomo I. Góngora y Cía editores. Madrid, 1878.
- SEBRELI, Juan José: *El Asedio a la Modernidad. Crítica del Relativismo Cultural*. 8ª ed. Editorial Sudamericana. Buenos Aires, 1995.
- SHATTUCK, Petra T. y NORGREN: *Partial Justice, Federal Indian Law in a Liberal Constitutional System*. Berg Publishers. New York y Oxford, 1991.
- Soberanía de las tribus indígenas. En (Página Web en línea) http://www.america.gov/st/usg-spanish/2008/June/20081104110958_xaanerot_sac0.265072.html
- SOBERO, Yolanda: “*Conflictos Étnicos: El Caso de los Pueblos Indígenas*”. Tesis Doctoral. Facultad de CC. de la Información, Departamento de Derecho Internacional y Relaciones Internacionales, Universidad Complutense de Madrid. Madrid, 1997.
- SORIANO, Ramón Luis: *Los Derechos de las Minorías*. Editorial MAD. Sevilla, 1999.
- SOTO SOBREYRA Y SILVA, Ignacio: *Teoría de la Norma Jurídica*. 2ª ed. Editorial Porrúa. México D.F., 2003.
- STAVENHAGEN, Rodolfo: “Derecho Consuetudinario Indígena en América Latina”: En: *Entre la Ley y la Costumbre. El Derecho consuetudinario indígena en América Latina*. Rodolfo Stavenhagen y Diego Iturralde Comp. Instituto Indigenista Interamericano e Instituto Interamericano de Derechos Humanos. México, 1990.
- STAVENHAGEN, Rodolfo: *Conflictos Étnicos y Estado Nacional*. Siglo veintiuno editores y El Instituto de Investigación de las Naciones Unidas para el Desarrollo Social. México, 2000.

- SUMNER MAINÉ, Henry: *El Derecho Antiguo. Considerado en sus Relaciones con la Historia de la Sociedad Primitiva y con las Instituciones Modernas*. Traducción del francés, cotejada con el original por A. GERRA. Tipografía de Alfredo Alonso. Madrid, 1893.

- TAU ANZOÁTEGUI, Víctor: *El Poder de la Costumbre. Estudios sobre el Derecho Consuetudinario en América Hispana hasta su Emancipación*. Instituto de Investigación de historia del Derecho. Buenos Aires, 2001.

- TAU ANZOÁTEGUI, Víctor: *La Costumbre como Fuente del Derecho Indiano en los Siglos XVI y XVII: Estudio a través de los Cabildos del Río de la Plata, Cuyo y Tucumán*. Instituto Nacional de Estudios Jurídicos. Madrid, 1973.

- TAU ANZOÁTEGUI, Víctor: *Nuevos Horizontes en el Estudio Histórico del Derecho Indiano*. XI Congreso del Instituto Internacional de Historia del Derecho Indiano. Instituto de Investigación de Historia del Derecho. Buenos Aires, 1997.

- TOMÁS Y VALIENTE, Francisco: *Manual de Historia del Derecho Español*. 4ª ed. Tecnos. Madrid, 2008.

- TORBISCO CASALS, Neus: “La Interculturalidad Posible: El Reconocimiento de Derechos Colectivos”. En: *La Multiculturalidad*. Consejo General del Poder Judicial. Cuadernos de Derecho Judicial. Madrid, 2001.

- TORRECUADRADA GARCÍA - LOZANO, Soledad: *Los pueblos indígenas en el orden internacional*. Dykinson. Madrid, 2001.

- TORRES GUTIERREZ, Alejandro: *Minorías y Multiculturalidad en los Estados Unidos de Norteamérica*. Universidad Complutense de Madrid. Madrid, 2002.

- *Tribunal de las Aguas de la Vega de Valencia*. Edición del Tribunal de las Aguas de la Vega de Valencia. Valencia, 2004.

- United States Department of the Interior: *Federal Indian Law*. United States Government Printing Office. Washington, 1958.
- VALDECANTOS, Antonio: *Contra el Relativismo*. Visor. Madrid, 1999.
- VALLE DE FRUTO, Sonia: *Cultura y Civilización. Un acercamiento desde las ciencias sociales*. Biblioteca Nueva. Madrid, 2008.
- VALLESPÍN PÉREZ, David: *El Modelo Constitucional de Juicio Justo en el Ámbito del Proceso Civil. Conexión entre el Derecho a la Tutela Judicial Efectiva y el Derecho a un Proceso con Todas las Garantías*. Atelier. Barcelona, 2002.
- VALVERDE MADRID, José: *La Costumbre de la Dote en los Protocolos Madrileños*. Instituto de Estudios Madrileños del Consejo Superior de Investigaciones Científicas. Madrid, 1985.
- VAN BOVEN, Theodoor C.: "3. Criterios distintivos de los derechos humanos". En: *Las dimensiones internacionales de los derechos humanos*. Karel Vasak editor general. Ediciones del Serbal. Barcelona 1984.
- VASAK, Karel: "Human Rights: A Thirty-Year Struggle: the Sustained Efforts to give Force of law to the Universal Declaration of Human Rights". En: *UNESCO Courier 30:11, Paris: United Nations Educational, Scientific, and Cultural Organization*. November 1977.
- VASAK, Karel: *Las dimensiones internacionales de los derechos humanos*. Karel Vasak editor general. Ediciones del Serbal. Barcelona 1984.
- VAZ FERREIRA, Carlos: *Sobre la Propiedad de la Tierra*. Imprenta Nacional. Montevideo, 1918.

- VERPLAETSE, Julián G.: *Derecho Internacional Privado*. Estades Artes Gráficas. Madrid, 1954.
- VILALTA, A. Esther y MÉNDEZ, Rosa M.: *Propiedad de la tierra y su explotación*. Bosch. Barcelona, 2004.
- VIRGÓS SORIANO, Miguel y GARCIMARTÍN ALFÉREZ, Francisco José: *Derecho Procesal Civil Internacional, Litigación Internacional*. CIVITAS. Madrid, 2000.
- VITTA, Edoardo: “Conflitti di Leggi, Interni ed Internazionali”. En: *Scritti Della Facoltà Giuridica di Bologna in Onore di Umberto Borsi*. Editorial Padova. Italia, 1955.
- WINCH, Peter: *Comprender una Sociedad Primitiva*. Introducción de Salvador Giner. Ediciones Paidós. Instituto I.C.E. de la Universidad Autónoma de Barcelona. Barcelona, 1994.
- YRIGOYEN FAJARDO, Raquel: “Rondas Campesinas y Desafíos del Pluralismo Legal en el Perú”. En: (Página Web en línea) <http://www.jus.unitn.it/cardoza/Review/2008/Fajardo.pdf>, p. 10.
- YRIGOYEN FAJARDO, Raquel: *Los Retos de un Estado Pluricultural. Perú: Constitución Pluralista, Judicatura Monista, Un Balance a la Post – reforma*. En: (Página Web en línea) ALERTANET EN DERECHO Y SOCIEDAD/ LAW & SOCIETY <http://alertanet.org/ryf-london.htm>
- YRIGOYEN FAJARDO, Raquel: *Pautas de Coordinación entre el Derecho Indígena y el Derecho Estatal*. Fundación Myrna Mack. Guatemala, 1999.
- ZAMBRANO RODRÍGUEZ, Carlos Vladimir: *Derechos, Pluralismo y Diversidad Cultural*. Universidad Nacional de Colombia. Bogotá, 2007.

- ZAMBRANO RODRÍGUEZ, Carlos Vladimir: *Ejes Políticos de la Diversidad Cultural*. Universidad Nacional de Colombia. Siglos del Hombre Editores. Bogotá, 2006.

- ZORRAQUÍN BECÚ, Ricardo: *La Función de Justicia en el Derecho Indiano*. Facultad de Derecho y Ciencias Sociales de la Universidad de Buenos Aires. Instituto de Historia del Derecho. Conferencias y Comunicaciones XXIII. Buenos Aires, 1948.

DOCUMENTOS

- Declaración de México sobre las Políticas Culturales, de fecha 6/08/1982. UNESCO (Página Web en línea) http://portal.unesco.org/culture/es/ev.phpURL_ID=12762&URL_DO=DO_TOPIC&URL_SECTION=201.HTML
- Informe de la Comisión Interamericana sobre la Situación de los Derechos Humanos de un Sector de la Población Nicaragüense de Origen Miskito. OEA/Ser.L/V/II.62,doc.10,rev.3,1983.
- Informe Final del Estudio sobre Tratados, arreglos y otros acuerdos constructivos entre Estados y Poblaciones Indígenas, párrafo 76. En (Página Web en líneas) <http://www.prodiversitas.bioetica.org/doc48.htm>
- Pueblos indígenas de América Latina: antiguas inequidades, realidades heterogéneas y nuevas obligaciones para las democracias del siglo XXI. Comisión Económica para América Latina de Naciones Unidas, Informe 2006, Capítulo III.
- Reporte de Bolivia, de fecha 15/01/2008, última actualización el 5/03/2008. En: *Human Rights Foundation* (Página Web en línea) http://www.humanrightsfoundation.org/reports/Informe_Bolivia_Justicia_Comunitaria_Ene-15-2008.pdf

REPORTAJES

- Ángela Merkel: "La sociedad multicultural alemana ha fracasado". En: 20 minutos. Es (Página Web en línea) <http://www.20minutos.es/noticia/845196/54/merkel/fracaso/multicultural/>
- El Gobierno admite que paga pensión a todas las mujeres de los polígamos. En: Libertad Digital.es (Página Web en línea) <http://www.libertaddigital.com/sociedad/el-gobierno-admite-que-paga-pension-a-todas-las-mujeres-de-los-poligamos-1276341448/>
- El Mundo, Diario español, p.24, de fecha 9/02/2009.
- Estrasburgo Concede pensión de viudedad a una mujer casada mediante el rito gitano. En: El País (Página Web en Línea) http://www.elpais.com/articulo/sociedad/Estrasburgo/concede/pension/viudedad/mujer/casada/mediante/rito/gitano/elpepusoc/20091208elpepusoc_5/Tes
- Fiscal Censura Justicia Indígena. Reportaje de fecha, 13/ 04/2009. En: hoy.com.ec (Página Web en línea) <http://www.hoy.com.ec/noticias-ecuador/fiscal-censura-justicia-indigena-343089.html>
- La diversidad lingüística de los indígenas es oficial. Un solo País con 31 lenguas. El Nacional, de fecha 24/05/02.
- Los bolivianos volverán a las urnas este domingo 25 de enero para votar en un referendo constitucional. En (Página Web el línea) http://www.avizora.com/atajo/informes/bolivia_textos/0043_10_cambios_historicos_para_bolivia.htm
- Los inuit, ejemplo de autonomía indígena en Canadá. En (Página Web en línea) <http://www.jornada.unam.mx/2004/12/14/052n1con.php?printver=1&fly=>

- “Presidente de la Corte Constitucional Recibe Acción Extraordinaria de Protección por parte de Comunidades indígenas de la Cocha”. En: Corte Constitucional de Ecuador (Página Web en la línea) http://www.tribunalconstitucional.gov.ec/index.php?option=com_content&view=article&id=176:presidentedelacorteconstitucionalrecibeaccionextraordinariadeproteccionporpartedecomunidadesindigenasdelacocha&catid=10:boletines-2010&Itemid=102

- Rechazan Castigo con Cepo A niña Indígena (Página Web en línea) Diario El Tiempo de Colombia <http://www.eltiempo.com/archivo/documento/MAM-2077550>

- Soberanía de las tribus indígenas. En (Página Web en línea) <http://www.america.gov/st/usgspanish/2008/June/20081104110958xaanerotsac0.265072.html>

- Una propuesta de creación de circuitos judiciales indígenas en Venezuela se presentó en el Taller desarrollado ante la Delegación de la Unión Europea de Comisión en ese país, de fecha 14/08/2007. En (Página Web en línea) <http://www.delven.ec.europa.eu/es/UltimasNoticias/Sinopsistaller14agIndig.htm> (Fecha de consulta 27 de enero de 2009)

PRINCIPALES LINKS CONSULTADOS

- Alertanet - Portal de Derecho y Sociedad

<http://www.alertanet.org/>

- Comisión Interamericana de Derechos Humanos (OEA)

<http://www.cidh.oas.org/Default.htm>

- Corte Interamericana de Derechos Humanos (OEA)

<http://www.corteidh.or.cr/juris/index.html>

- Equipo Técnico Multidisciplinario (ETM). Pueblos Indígenas (OIT)

<http://www.oit.or.cr/mdtsanjo/indig/>

- Foro Permanente para las Cuestiones Indígenas de la ONU

<http://www.un.org/esa/socdev/unpfii/es/index.html>

- Naciones Unidas (ONU)

<http://www.un.org/spanish/>

- Organización de los Estados Americanos (OEA)

<http://www.oas.org/main/spanish/>

- Organización Internacional del Trabajo (OIT)

<http://web.oit.or.cr/>

- Programa Indígena de la AECID (Página Web en línea)

http://www.aecid.es/web/es/cooperacion/prog_cooperacion/Indigena/presentacion/

JURISPRUDENCIA

DECISIONES DICTADAS POR LA JURISDICCIÓN ESPECIAL INDÍGENA

- Decisión Indígena de divorcio, Oficina de Asuntos Indígenas de Uribia Guajira, de fecha 29/08/1989.
- Acta de Acuerdo por separación conyugal según Ley Wayúu, Comunidad Wayúu, Resguardo Alta y Media Guajira Municipio de Manaure, de fecha 16/03/2003.
- Acta de Acuerdo: pago a mujer por separación conyugal por la Ley Wayúu, Unidad de Asuntos Indígenas de Riohacha, de fecha 1/04/2003.
- Resolución 002 del Cabildo del resguardo indígena de Vitonco, Cauca, de fecha 17/09/1999.

ESPAÑA

- STC 38/1981, de fecha 23/11/1981.
- STC 42/1982, de fecha 5 de julio de 1982.
- STC 105/1985, de fecha 7/10/1985.
- STC 47/1987, de fecha 22 de abril de 1987.
- STC 60/1991, de fecha 14/03/1991.
- STC 132/1992, de 28 de septiembre de 1992.
- Sentencia del Tribunal Supremo de España, de fecha 30/09/1993- RJA 6660.

- Sentencia del Tribunal Superior de Galicia, R° 4795/1998, de fecha 2/04/2002.
- STC 103/2008, de fecha 11/09/2008.
- STC 031/2010, de fecha 28/06/2010.

BOLIVIA

- Sentencia Constitucional 0860/2007-R. Tribunal Constitucional de Bolivia. Magistrado Relator: Artemio Arias Romano, de fecha 12/12/2007.
- Sentencia Constitucional 0010/2010-R. Tribunal Constitucional de Bolivia. Magistrado Relator: Marco Antonio Baldivieso Jinés, de fecha 6/04/2010.

COLOMBIA

- T-380/93. Corte Constitucional de Colombia, Sala Tercera de Revisión de Tutelas, Magistrado Ponente: Eduardo Cifuentes Muñoz, de fecha 13/03/1993.
- T-188/93. Corte Constitucional de Colombia, Sala Tercera de Revisión de Tutelas, Magistrado Ponente: Eduardo Cifuentes Muñoz, de fecha 12/05/1993.
- Sentencia T-254/94. Corte Constitucional de Colombia, Sala Tercera de Revisión de Tutelas. Magistrado Ponente: EDUARDO CIFUENTES MUÑOZ, de fecha 30/05/1994.

- Sentencia T-384/1994. Corte Constitucional de Colombia, Sala Cuarta de Revisión de Tutelas. Magistrado Ponente: Carlos Gaviria Díaz, de fecha 31/08/1994.
- Sentencia SC- 139/96. Corte Constitucional de Colombia, Sala Cuarta de Revisión de Tutelas. Magistrado Ponente: Carlos Gaviria Díaz, de fecha 9/04/1996.
- Sentencia T - 349/ 96. Corte Constitucional Colombiana, Sala Cuarta de Revisión de Tutelas. Magistrado Ponente: Carlos Gaviria Díaz, de fecha 8/08/1996.
- Sentencias T- 496/96. Corte Constitucional de Colombia, Sala Cuarta de Revisión de Tutelas. Magistrado Ponente: CARLOS GAVIRIA DÍAZ, de fecha 26/09/1996.
- Sentencia SU- 039/1997. Corte Constitucional de Colombia, Sala Plena. Magistrado Ponente: ANTONIO BARRERA CARBONELL, de fecha 21/02/1997.
- Sentencia T-523/97. Corte Constitucional de Colombia, Sala Cuarta de Revisión de Tutelas. Magistrado Ponente: Carlos Gaviria Díaz, de fecha 15/10/1997.
- Sentencia T-344/98. Corte Constitucional de Colombia, Sala Primera de Revisión de Tutelas. Magistrado Ponente: Alfredo Beltrán Sierra, de fecha 9/07/1998.
- Sentencia SU- 510/98. Corte Constitucional de Colombia, Sala Plena. Magistrado Ponente: Eduardo Cifuentes Muñoz, de fecha 18/09/1998.

- Sentencia T-652/98. Corte Constitucional de Colombia, Sala Cuarta de Revisión de Tutelas. Magistrado Ponente: Carlos Gaviria Díaz, de fecha 10/11/1998.

- Sentencia T-634/99, Sala Séptima de Revisión de la Corte Constitucional de Colombia. Magistrado Ponente: Alejandro Martínez Caballero, de fecha 30/08/1999.

- Sentencia C-795/00, Sala Plena de la Corte Constitucional de Colombia. Magistrado Ponente: Eduardo Cifuentes Muñoz, de fecha 29/06/00.

- Sentencia T-606/01. Corte Constitucional de Colombia, Sala Sexta de Revisión de Tutelas. Magistrado Ponente: Marco Gerardo Monroy Cabra, de fecha 07/06/2001.

- Sentencia T-048/2002. Corte Constitucional de Colombia, Sala Octava de Revisión de Tutelas. Magistrado Ponente: Álvaro Tafur Galvis, de fecha 31/01/2002.

- Sentencia T-552/03. Corte Constitucional de Colombia, Sala Quinta de Revisión de Tutelas. Magistrado Ponente: Rodrigo Escobar Gil, de fecha 10/07/2003.

- Sentencia T- 1238/04. Corte Constitucional de Colombia, Sala Quinta de Revisión de Tutelas. Magistrado Ponente: Rodrigo Escobar Gil, de Fecha 12/12/2004.

- Sentencia T-009/07. Corte Constitucional de Colombia, Sala Segunda de Revisión de Tutelas. Magistrado Ponente: Manuel José Cepeda Espinosa, de fecha 19/01/2007.

- Sentencia T-549/07. Corte Constitucional de Colombia, Sala Primera de Revisión de Tutelas. Magistrado Ponente: Jaime Araujo Rentería, de Fecha 19/07/2007.
- Sentencia C- 713/2008. Corte Constitucional de Colombia, Sala Plena. Magistrada Ponente: Clara Inés Vargas Hernández, de fecha 15/07/2008.
- Sentencia T- 007/2009. Corte Constitucional de Colombia, Sala Segunda de Revisión de Tutelas. Magistrado Ponente: Manuel José Cepeda Espinoza, de fecha 16/01/2009.
- Sentencia T- 514/2009. Corte Constitucional de Colombia, Sala Tercera de Revisión de Tutelas. Magistrado Ponente: Luis Ernesto Vargas Silva, de fecha 30/07/2009.

ESTADOS UNIDOS DE AMÉRICA

- *Cherokee Nation v. Georgia* (30 U.S. (5 Pet.) 1 (1831))
- *Johnson v. McIntosh* (21 U.S. (8 Wheat.) 543 (1823))
- *Worcester v. Georgia* (31 U.S. (6 Pet.) 515 (1832))
- *Lone Wolf v. Hitchcock* 187 U.S. 553, 23 S.Ct. 216.
- *Worcester v. Georgia* (31 U.S. (6 Pet.) 515 (1832))
- 25 U.S.C. 461-479.
- 18 U.S.C. 1153.

MÉXICO

- Amparo directo en revisión 1624/2008, de fecha 5 de noviembre de 2008. Primera Sala de la Suprema Corte de Justicia de la Nación.
- Primer Juicio de Amparo en Lengua Indígena, de fecha 16/01/2007. Compromiso. Órgano Informativo del Poder Judicial de la Federación. México, año 6, núm. 68, febrero de 2007, pp. 12-14.

PERÚ

- Corte Suprema de Justicia de la República del Perú, Sentencia 9758-04, Expediente N° 975-04, Recurso de Nulidad, San Martín, de fecha 9/06/2004.
- Tribunal Constitucional del Perú, Expediente N° 03343-2007-PA/TC, de fecha 19/02/2009.

VENEZUELA

- Sentencia N° 1660. Sala Constitucional del Tribunal Supremo de Justicia de Venezuela. Magistrado ponente: Moisés A. Troconis Villarreal, de fecha 20/12/2000.
- Corte de Apelaciones N° 2 del Circuito Penal del Estado Zulia. Juez de Apelaciones: Gladys Mejia Zambrano, Decisión N° 296, de fecha 16/07/2003.
- Sentencia N° 1682 del Tribunal Supremo de Justicia de Venezuela, Sala Constitucional, recurso de interpretación. Magistrado ponente: Jesús E. Cabrera Romero, de fecha 15/07/2005.

- Auto del Tribunal Penal de Control sección de Adolescentes del Circuito Penal del Estado Amazonas, Puerto Ayacucho. Jueza de Control: Rossana Foresto de Ventura, Asunto Principal: XP01-D-2007-000043, Asunto: XP01-D-2007-000043, de fecha 23/05/2007.
- Juzgado Noveno de Primera Instancia en función control Maracaibo de la República Bolivariana de Venezuela. Jueza MGS.: Erika Milena Carroz Perea, Acta de Audiencia Preliminar, de fecha 25/04/2007.
- Corte de Apelación del Circuito Judicial Penal del Estado Delta Amacuro, Tucupita. Magistrado ponente: Diosnardo Antonio Frontado Vargas, Asunto Principal: YP01-D-2007-000068, Asunto: YP01-R-2007-000068, de fecha 17/01/2008.
- Sentencia del Juzgado Segundo de Primera Instancia en lo Civil, Mercantil, Agrario y Transito de la Circunscripción Judicial del Estado Anzoátegui - Venezuela, de fecha 22/04/ 2008.
- Tribunal Supremo de Justicia de Venezuela, Sala Constitucional. Magistrado ponente: Luisa Estella Morales Lamuño, de fecha 12/08/2009.

SENTENCIAS DICTADAS POR TRIBUNALES INTERNACIONALES

- Corte Interamericana de Derechos Humanos, de fecha 10/09/1993. Sentencia N° 15, Serie C.
- Corte Interamericana de Derechos Humanos. Caso de la Comunidad Mayagna (Sumo) Awas Tingni vs. Nicaragua. Sentencia de 31 de agosto de 2001. Serie C No. 79.

- Corte Interamericana de Derechos Humanos. Caso Pueblo Saramaka vs. Surinam. Sentencia de 27 de noviembre de 2007. Serie C, N° 172.

- Tribunal Europeo de Derechos Humanos de Estrasburgo, asunto N° 4915/07, de fecha 8/12/2009.

ANEXOS

ANEXO I

CONVENIO OIT Nro. 169 SOBRE PUEBLOS INDIGENAS Y TRIBALES EN PAISES INDEPENDIENTES 1989

Publicado en el BOE núm. 58, de fecha 8/03/2007

La Conferencia General de la Organización Internacional del Trabajo:

Convocada en Ginebra por el Consejo de Administración de la Oficina Internacional del Trabajo, y congrega en dicha ciudad el 7 de junio de 1989, en su septuagésima sexta reunión;

Observando las normas internacionales enunciadas en el Convenio y en la Recomendación sobre poblaciones indígenas y tribales, 1957;

Recordando las términos de la Declaración Universal de Derechos Humanos, del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, y de los numerosos instrumentos internacionales sobre la prevención de la discriminación;

Considerando que la evolución de derecho internacional desde 1957 y los cambios sobrevenidos en la situación de los pueblos indígenas y tribales en todas las regiones del mundo hacen aconsejable adoptar nuevas normas internacionales en la materia, a fin de eliminar la orientación hacia la asimilación de las normas anteriores;

Reconociendo las aspiraciones de esos pueblos a asumir el control de sus propias instituciones y formas de vida y de su desarrollo económico y a mantener y fortalecer sus identidades, lenguas y religiones, dentro del marco de los Estados en que viven;

Observando que en muchas partes del mundo esos pueblos no pueden gozar de los derechos humanos fundamentales en el mismo grado que el resto de la población de los Estados en que viven y que sus leyes, valores, costumbres y perspectivas han sufrido a menudo una erosión;

Recordando la particular contribución de los pueblos indígenas y tribales a la diversidad cultural, a la armonía social y ecológica de la humanidad y a la cooperación y comprensión internacionales;

Observando que las disposiciones que siguen han sido establecidas con la colaboración de las Naciones Unidas, de la Organización de las Naciones Unidas para la Agricultura y la alimentación, de la Organización de las Naciones Unidas para la Educación, la Ciencia y la Cultura y de la Organización Mundial de la Salud, así como del Instituto Indigenista Interamericano, a los niveles apropiados y

en sus esferas respectivas, y que se tiene el propósito de continuar esa colaboración a fin de promover y asegurar la aplicación de estas disposiciones;

Después de haber decidido adoptar diversas proposiciones sobre la revisión parcial del Convenio sobre poblaciones indígenas y tribales, 1957 (núm. 107), cuestión que constituye el cuarto punto del orden del día de la reunión, y

Después de haber decidido que dichas proposiciones revistan la forma de un convenio internacional que revise el Convenio sobre poblaciones indígenas y tribales, 1957, adopta, con fecha veintisiete de junio de mil novecientos ochenta y nueve, el siguiente Convenio, que podrá ser citado como el Convenio sobre pueblos indígenas y tribales, 1989:

Parte I. Política general

Artículo 1

1. El presente Convenio se aplica:

a) a los pueblos tribales en países independientes, cuyas condiciones sociales culturales y económicas les distingan de otros sectores de la colectividad nacional, y que estén regidos total o parcialmente por sus propias costumbres o tradiciones o por una legislación especial;

b) a los pueblos en países independientes, considerados indígenas por el hecho de descender de poblaciones que habitaban en el país o en una región geográfica a la que pertenece el país en la época de la conquista o la colonización o del establecimiento de las actuales fronteras estatales y que, cualquiera que sea su situación jurídica, conserven todas sus propias instituciones sociales, económicas, culturales y políticas, o parte de ellas.

2. La conciencia de su identidad o tribal deberá considerarse un criterio fundamental para determinar los grupos a los que se aplican las disposiciones del presente Convenio.

3. La utilización del término «pueblos» en este Convenio no deberá interpretarse en el sentido de que tenga implicación alguna en lo que atañe a los derechos que pueda conferirse a dicho término en el derecho internacional.

Artículo 2

1. Los gobiernos deberán asumir la responsabilidad de desarrollar, con la participación de los pueblos interesados, una acción coordinada y sistemática con miras a proteger los derechos de esos pueblos y a garantizar el respeto de su integridad.

2. Esta acción deberá incluir medidas:

a) que aseguren a los miembros de dichos pueblos gozar, en pie de igualdad, de los derechos y oportunidades que la legislación nacional otorga a los demás miembros de la población;

b) que promuevan la plena efectividad de los derechos sociales, económicos y culturales de esos pueblos, respetando su identidad social y cultural, sus costumbres y tradiciones, y sus instituciones;

c) que ayuden a los miembros de los pueblos interesados a eliminar las diferencias socioeconómicas que puedan existir entre los miembros indígenas y los demás miembros de la comunidad nacional, de una manera compatible con sus aspiraciones y formas de vida.

Artículo 3

1. Los pueblos indígenas y tribales deberán gozar plenamente de los derechos humanos y libertades fundamentales, sin obstáculos ni discriminación. Las disposiciones de este Convenio se aplicarán sin discriminación a los hombres y mujeres de esos pueblos.

2. No deberá emplearse ninguna forma de fuerza o de coerción que viole los derechos humanos y las libertades fundamentales de los pueblos interesados, incluidos los derechos contenidos en el presente Convenio.

Artículo 4

1. Deberán adoptarse las medidas especiales que se precisen para salvaguardar las personas, las instituciones, los bienes, el trabajo, las culturas y el medio ambiente de los pueblos interesados.

2. Tales medidas especiales no deberán ser contrarias a los deseos expresados libremente por los pueblos interesados.

3. El goce sin discriminación de los derechos generales de ciudadanía no deberá sufrir menoscabo alguno como consecuencia de tales medidas especiales.

Artículo 5

Al aplicar las disposiciones del presente Convenio:

a) deberán reconocerse y protegerse los valores y prácticas sociales, culturales, religiosos y espirituales propios de dichos pueblos y deberá tomarse debidamente en consideración la índole de los problemas que se les plantean tanto colectiva como individualmente;

d) deberá respetarse la integridad de los valores, prácticos e instituciones de esos pueblos;

c) deberán adoptarse, con la participación y cooperación de los pueblos interesados, medidas encaminadas a allanar las dificultades que experimenten dichos pueblos al afrontar nuevas condiciones de vida y de trabajo.

Artículo 6

1. Al aplicar las disposiciones del presente Convenio, los gobiernos deberán:

a) consultar a los pueblos interesados, mediante procedimientos apropiados y en particular a través de sus instituciones representativas, cada vez que se prevean medidas legislativas o administrativas susceptibles de afectarles directamente;

b) establecer los medios a través de los cuales los pueblos interesados puedan participar libremente, por lo menos en la misma medida que otros sectores de la población, y a todos los niveles en la adopción de decisiones en instituciones electivas y organismos administrativos y de otra índole responsables de políticas y programas que les conciernan;

c) establecer los medios para el pleno desarrollo de las instituciones e iniciativas de esos pueblos, y en los casos apropiados proporcionar los recursos necesarios para este fin.

2. Las consultas llevadas a cabo en aplicación de este Convenio deberán efectuarse de buena fe y de una manera apropiada a las circunstancias, con la finalidad de llegar a un acuerdo o lograr el consentimiento acerca de las medidas propuestas.

Artículo 7

1. Los pueblos interesados deberán tener el derecho de decidir sus propias prioridades en lo que atañe el proceso de desarrollo, en la medida en que éste afecte a sus vidas, creencias, instituciones y bienestar espiritual y a las tierras que ocupan o utilizan de alguna manera, y de controlar, en la medida de lo posible, su propio desarrollo económico, social y cultural. Además, dichos pueblos deberán participar en la formulación, aplicación y evaluación de los planes y programas de desarrollo nacional y regional susceptibles de afectarles directamente.

2. El mejoramiento de las condiciones de vida y de trabajo y del nivel de salud y educación de los pueblos interesados, con su participación y cooperación, deberá ser prioritario en los planes de desarrollo económico global de las regiones donde habitan. Los proyectos especiales de desarrollo para estas regiones deberán también elaborarse de modo que promuevan dicho mejoramiento.

3. Los gobiernos deberán velar por que, siempre que haya lugar, se efectúen estudios, en cooperación con los pueblos interesados, a fin de evaluar la incidencia social, espiritual y cultural y sobre el medio ambiente que las actividades de

desarrollo previstas pueden tener sobre esos pueblos. Los resultados de estos estudios deberán ser consideradas como criterios fundamentales para la ejecución de las actividades mencionadas.

4. Los gobiernos deberán tomar medidas, en cooperación con los pueblos interesados, para proteger y preservar el medio ambiente de los territorios que habitan.

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.

3. La aplicación de los párrafos 1 y 2 de este artículo no deberá impedir a los miembros de dichos pueblos ejercer los derechos reconocidos a todos los ciudadanos del país y asumir las obligaciones correspondientes.

Artículo 9

1. En la medida en que ello sea compatible con el sistema jurídico nacional y con los derechos humanos internacionalmente reconocidos, deberán respetarse los métodos a los que los pueblos interesados ocurren tradicionalmente para la represión de los delitos cometidos por sus miembros.

2. Las autoridades y los tribunales llamados a pronunciarse sobre cuestiones penales deberán tener en cuenta las costumbres de dichos pueblos en la materia.

Artículo 10

1. Cuando se impongan sanciones penales previstas por la legislación general a miembros de dichos pueblos deberán tenerse en cuenta sus características económicas, sociales y culturales.

2. Deberá darse la preferencia a tipos de sanción distintos del encarcelamiento.

Artículo 11

La ley deberá prohibir y sancionar la imposición a miembros de los pueblos interesados de servicios personales obligatorios de cualquier índole, remunerados o no, excepto en los casos previstos por la ley para todos los ciudadanos.

Artículo 12

Los pueblos interesados deberán tener protección contra la violación de sus derechos, y poder iniciar procedimientos legales, sea personalmente o bien por conducto de sus organismos representativos, para asegurar el respeto efectivo de tales derechos. Deberán tomarse medidas para garantizar que los miembros de dichos pueblos puedan comprender y hacerse comprender en procedimientos legales, facilitándoles, si fuese necesario, intérpretes u otros medios eficaces.

Parte II. Tierras

Artículo 13

1. Al aplicar las disposiciones de esta parte del Convenio, los gobiernos deberán respetar la importancia especial que para las culturas y valores espirituales de los pueblos interesados reviste su relación con las tierras o territorios, o con ambos, según los casos, que ocupan o utilizan de alguna otra manera, y en particular los aspectos colectivos de esa relación.
2. La utilización del término «tierras» en los artículos 15 y 16 deberá incluir el concepto de territorios, lo que cubre la totalidad del hábitat de las regiones que los pueblos interesados ocupan o utilizan de alguna otra manera.

Artículo 14

1. Deberá reconocerse a los pueblos interesados el derecho de propiedad y de posesión sobre las tierras que tradicionalmente ocupan. Además, en los casos apropiados, deberán tomarse medidas para salvaguardar el derecho de los pueblos interesados a utilizar tierras que no estén exclusivamente ocupadas por ellos, pero a las que hayan tenido tradicionalmente acceso para sus actividades tradicionales y de subsistencia. A este respecto, deberá prestarse particular atención a la situación de los pueblos nómadas y de los agricultores itinerantes.
2. Los gobiernos deberán tomar las medidas que sean necesarias para determinar las tierras que los pueblos interesados ocupan tradicionalmente y garantizar la protección efectiva de sus derechos de propiedad y posesión.
3. Deberán instituirse procedimientos adecuados en el marco del sistema jurídico nacional para solucionar las reivindicaciones de tierras formuladas por los pueblos interesados.

Artículo 15

1. Los derechos de los pueblos interesados a los recursos naturales existentes en sus tierras deberán protegerse especialmente. Estos derechos comprenden el derecho de esos pueblos a participar en la utilización, administración y conservación de dichos recursos.

2. En caso de que pertenezca al Estado la propiedad de los minerales o de los recursos del subsuelo, o tenga derechos sobre otros recursos existentes en las tierras, los gobiernos deberán establecer o mantener procedimientos con miras a consultar a los pueblos interesados, a fin de determinar si los intereses de esos pueblos serían perjudicados, y en qué medida, antes de emprender o autorizar cualquier programa de prospección o explotación de los recursos existentes en sus tierras. Los pueblos interesados deberán participar siempre que sea posible en los beneficios que reporten tales actividades, y percibir una indemnización equitativa por cualquier daño que puedan sufrir como resultado de esas actividades.

Artículo 16

1. A reserva de lo dispuesto en los párrafos siguientes de este artículo, los pueblos interesados no deberán ser trasladados de las tierras que ocupan.

2. Cuando excepcionalmente el traslado y la reubicación de esos pueblos se consideren necesarios, sólo deberán efectuarse con su consentimiento, dado libremente y con pleno conocimiento de causa. Cuando no pueda obtenerse su consentimiento, el traslado y la reubicación sólo deberán tener lugar al término de procedimientos adecuados establecidos por la legislación nacional, incluidas encuestas públicas, cuando haya lugar, en que los pueblos interesados tengan la posibilidad de estar efectivamente representados.

3. Siempre que sea posible, estos pueblos deberán tener el derecho de regresar a sus tierras tradicionales en cuanto dejen de existir la causa que motivaron su traslado y reubicación.

4. Cuando el retorno no sea posible, tal como se determine por acuerdo o, en ausencia de tales acuerdos, por medio de procedimientos adecuados, dichos pueblos deberán recibir, en todos los casos posibles, tierras cuya calidad y cuyo estatuto jurídico sean por lo menos iguales a los de las tierras que ocupaban anteriormente, y que les permitan subvenir a sus necesidades y garantizar su desarrollo futuro. Cuando los pueblos interesados prefieran recibir una indemnización en dinero o en especie, deberá concedérseles dicha indemnización con las garantías apropiadas.

5. Deberá indemnizarse plenamente a las personas trasladadas y reubicadas por cualquier pérdida o daño que hayan como consecuencia de su desplazamiento.

Artículo 17

1. Deberán respetarse las modalidades de transmisión de los derechos sobre la tierras entre los miembros de los pueblos interesados establecidas por dichos pueblos.

2. Deberá consultarse a los pueblos interesados siempre que se considere su capacidad de enajenar sus tierras o de transmitir de otra forma sus derechos sobre estas tierras fuera de su comunidad.

3. Deberá impedirse que personas extrañas a esos pueblos puedan aprovecharse de las costumbres de esos pueblos o de su desconocimiento de las leyes por parte de sus miembros para arrogarse la propiedad, la posesión o el uso de las tierras pertenecientes a ellos.

Artículo 18

La ley deberá prever sanciones apropiadas contra toda intrusión no autorizada en las tierras de los pueblos interesados o todo uso no autorizado de las mismas por personas ajenas a ellos, y los gobiernos deberán tomar medidas para impedir tales infracciones.

Artículo 19

Los programas agrarios nacionales deberán garantizar a los pueblos interesados condiciones equivalentes a las que disfruten otros sectores de la población, a los efectos de:

- a) la asignación de tierras adicionales a dichos pueblos cuando las tierras de que dispongan sean insuficientes para garantizarles los elementos de una existencia normal o para hacer frente a su posible crecimiento numérico;
- b) el otorgamiento de los medios necesarios para el desarrollo de las tierras que dichos pueblos ya poseen.

Parte III. Contratación y condiciones de empleo

Artículo 20

1. Los gobiernos deberán adoptar, en el marco de su legislación nacional y en cooperación con los pueblos interesados, medidas especiales para garantizar a los trabajadores pertenecientes a esos pueblos una protección eficaz en materia de contratación y condiciones de empleo, en la medida en que no estén protegidos eficazmente por la legislación aplicable a los trabajadores en general.

2. Los gobiernos deberán hacer cuanto esté en su poder por evitar cualquier discriminación entre los trabajadores pertenecientes a los pueblos interesados y los demás trabajadores, especialmente en lo relativo a:

- a) acceso al empleo, incluidos los empleo calificados y las medidas de promoción y de ascenso;
- b) remuneración igual por trabajo de igual valor;
- c) asistencia médica y social, seguridad e higiene en el trabajo, todas las prestaciones de seguridad social y demás prestaciones derivadas del empleo, así como la vivienda;

d) derecho de asociación, derecho a dedicarse libremente a todas las actividades sindicales para fines lícitos y derechos a concluir convenios colectivos con empleadores o con organizaciones de empleadores.

3. Las medidas adoptadas deberán en particular garantizar que:

a) Los trabajadores pertenecientes a los pueblos interesados, incluidos los trabajadores estacionales, eventuales y migrantes empleados en la agricultura o en otras actividades, así como los empleados por contratistas de mano de obra, gocen de la protección que confieren la legislación y la práctica nacionales a otros trabajadores de estas categorías en los mismos sectores, y sean plenamente informados de sus derechos con arreglo a la legislación laboral y de los recursos de que disponen;

b) los trabajadores pertenecientes a estos pueblos no estén sometidos a condiciones de trabajo peligrosas para su salud, en particular como consecuencia de su exposición a plaguicidas o a otras sustancias tóxicas;

c) los trabajadores pertenecientes a estos pueblos no estén sujetos a sistemas de contratación coercitivos, incluidas todas las formas de servidumbre por deudas;

d) los trabajadores pertenecientes a estos pueblos gocen de igualdad de oportunidades y de trato para hombres y mujeres en el empleo y de protección contra el hostigamiento sexual.

4. Deberá prestarse especial atención a la creación de servicios adecuados de inspección de trabajo en las regiones donde ejerzan actividades asalariadas trabajadores pertenecientes a los pueblos interesados, a fin de garantizar el cumplimiento de las disposiciones de esta parte del presente Convenio.

Parte IV. Formación profesional, artesanía e industrias rurales

Artículo 21

Los miembros de los pueblos interesados deberán poder disponer de medios de formación profesional por lo menos iguales a los de los demás ciudadanos.

Artículo 22

1. Deberán tomarse medidas para promover la participación voluntaria de miembros de los pueblos interesados en programas de formación profesional de aplicación general.

2. Cuando los programas de formación profesional de aplicación general existentes no respondan a las necesidades especiales de los pueblos interesados, los gobiernos

deberán asegurar, con la participación de dichos pueblos, que se pongan a sus disposición programas y medios especiales de formación.

3. Estos programas especiales de formación deberán basarse en el entorno económico, las condiciones sociales y culturales y las necesidades concretas de los pueblos interesados. Todo estudio a este respecto deberá realizarse en cooperación con esos pueblos, los cuales deberán ser consultados sobre la organización y el funcionamiento de tales programas. Cuando sea posible, esos pueblos deberán asumir progresivamente la responsabilidad de la organización y el funcionamiento de tales programas especiales de formación, si así lo deciden.

Artículo 23

1. La artesanía, las industrias rurales y comunitarias y las actividades tradicionales y relacionadas con la economía de subsistencia de los pueblos interesados, como la caza, la pesca, la caza con trampas y la recolección, deberán reconocerse como factores importantes del mantenimiento de su cultura y de su autosuficiencia y desarrollo económicos. Con la participación de esos pueblos, y siempre que haya lugar, los gobiernos deberán velar por que se fortalezcan y fomenten dichas actividades.

2. A petición de los pueblos interesados, deberá facilitárseles, cuando sea posible, una asistencia técnica y financiera apropiada que tenga en cuenta las técnicas tradicionales y las características culturales de esos pueblos y la importancia de un desarrollo sostenido y equitativo.

Parte V. Seguridad social y salud

Artículo 24

Los regímenes de seguridad social deberán extenderse progresivamente a los pueblos interesados y aplicárseles sin discriminación alguna.

Artículo 25

1. Los gobiernos deberán velar por que se pongan a disposición de los pueblos interesados servicios de salud adecuados o proporcionar a dichos pueblos los medios que les permitan organizar y prestar tales servicios bajo su propia responsabilidad y control, a fin de que puedan gozar del máximo nivel posible de salud física y mental.

2. Los servicios de salud deberán organizarse, en la medida de lo posible, a nivel comunitario. Estos servicios deberán planearse y administrarse en cooperación con los pueblos interesados y tener en cuenta sus condiciones económicas, geográficas, sociales y culturales, así como sus métodos de prevención, prácticas curativas y medicamentos tradicionales.

3. El sistema de asistencia sanitaria deberá dar la preferencia a la formación y al empleo de personal sanitario de la comunidad local y centrarse en los cuidados primarios de salud, mantenimiento al mismo tiempo estrechos vínculos con los demás niveles de asistencia sanitaria.

4. La prestación de tales servicios de salud deberá coordinarse con las demás medidas sociales, económicas y culturales que se tomen en el país.

Parte VI. Educación y medios de comunicación

Artículo 26

Deberán adoptarse medidas para garantizar a los miembros de los pueblos interesados la posibilidad de adquirir una educación a todos los niveles, por lo menos en pie de igualdad con el resto de la comunidad nacional.

Artículo 27

1. Los programas y los servicios de educación destinados a los pueblos interesados deberán desarrollarse y aplicarse en cooperación con éstos a fin de responder a sus necesidades particulares, y deberán abarcar su historia, sus conocimientos y técnicas, sus sistemas de valores y todas sus demás aspiraciones sociales, económicas y culturales.

2. La autoridad competente deberá asegurar la formación de miembros de estos pueblos y su participación en la formulación y ejecución de programas de educación, con miras a transferir progresivamente a dichos pueblos la responsabilidad de la realización de esos programas, cuando haya lugar.

3. Además, los gobiernos deberán reconocer el derecho de esos pueblos a crear sus propias instituciones y medios de educación, siempre que tales instituciones satisfagan las normas mínimas establecidas por la autoridad competente en consulta con esos pueblos. Deberán facilitárseles recursos apropiados con tal fin.

Artículo 28

1. Siempre que sea viable, deberá enseñarse a los niños de los pueblos interesados a leer y a escribir en su propia lengua indígena o en la lengua que más comúnmente se hable en el grupo a que pertenezcan. Cuando ello no sea viable, las autoridades competentes deberán celebrar consultas con esos pueblos con miras a la adopción de medidas que permitan alcanzar este objetivo.

2. Deberán tomarse medidas adecuadas para asegurar que esos pueblos tengan la oportunidad de llegar a dominar la lengua nacional o una de las lenguas oficiales del país.

3. Deberán adoptarse disposiciones para preservar las lenguas indígenas de los pueblos interesados y promover el desarrollo y la práctica de las mismas.

Artículo 29

Un objetivo de la educación de los niños de los pueblos interesados deberá ser impartirles conocimientos generales y aptitudes que les ayuden a participar plenamente y en pie de igualdad en la vida de su propia comunidad y en la de la comunidad nacional.

Artículo 30

1. Los gobiernos deberán adoptar medidas acordes a las tradiciones y culturas de los pueblos interesados, a fin de darles a conocer sus derechos y obligaciones, especialmente en lo que atañe el trabajo, a las posibilidades económicas, a las cuestiones de educación y salud, a los servicios sociales y a los derechos dimanantes del presente Convenio.

2. A tal fin, deberá recurrirse, si fuere necesario, a traducciones escritas y a la utilización de los medios de comunicación de masas en las lenguas de dichos pueblos.

Artículo 31

Deberán adoptarse medidas de carácter educativo en todos los sectores de la comunidad nacional, y especialmente en los que estén en contacto más directo con los pueblos interesados, con objeto de eliminar los prejuicios que pudieran tener con respecto a esos pueblos. A tal fin, deberán hacerse esfuerzos por asegurar que los libros de historia y demás material didáctico ofrezcan una descripción equitativa, exacta e instructiva de las sociedades y culturas de los pueblos interesados.

Parte VII. Contactos y cooperación a través de las fronteras

Artículo 32

Los gobiernos deberán tomar medidas apropiadas, incluso por medio de acuerdos internacionales, para facilitar los contactos y la cooperación entre pueblos indígenas y tribales a través de las fronteras, incluidas las actividades en las esferas económica, social, cultural y del medio ambiente.

Parte VIII. Administración

Artículo 33

1. La autoridad gubernamental responsable de las cuestiones que abarca el presente Convenio deberá asegurarse de que existen instituciones u otros mecanismos apropiados para administrar los programas que afecten a los pueblos interesados, y de que tales instituciones o mecanismos disponen de los medios necesarios para el cabal desempeño de sus funciones.

2. Tales programas deberán incluir:

a) la planificación, coordinación, ejecución y evaluación, en cooperación con los pueblos interesados, de las medidas previstas en el presente Convenio;

b) la proposición de medidas legislativas y de otras índole a las autoridades competentes y el control de la aplicación de las medidas adoptadas en cooperación con los pueblos interesados.

Parte IX. Disposiciones generales

Artículo 34

La naturaleza y el alcance de las medidas que se adopten para dar efecto al presente Convenio deberán determinarse con flexibilidad , teniendo en cuenta las condiciones propias de cada país.

Artículo 35

La aplicación de las disposiciones del presente Convenio no deberá menoscabar los derechos y las ventajas garantizados a los pueblos interesados en virtud de otros convenios y recomendaciones, instrumentos internacionales, tratados, o leyes, laudos, costumbres o acuerdos nacionales.

Parte X. Disposiciones finales

Artículo 36

Este Convenio revisa el Convenio sobre poblaciones indígenas y tribuales, 1957.

Artículo 37

Las ratificaciones formales del presente Convenio serán comunicadas, para su registro, al Director General de la Oficina Internacional del Trabajo.

Artículo 38

1. Este Convenio obligará únicamente a aquellos Miembros de la Organización Internacional del Trabajo cuyas ratificaciones haya registrado al Director General.
2. Entrará en vigor doce meses después de la fecha en que las ratificaciones de dos Miembros hayan sido registradas por el Director General.
3. Desde dicho momento, este Convenio entrará en vigor, para cada Miembro, doce meses después de la fecha en que haya sido registrada su ratificación.

Artículo 39

1. Todo Miembro que haya ratificado este Convenio podrá denunciarlo a la expiración de un período de diez años, a partir de la fecha en que se haya puesto inicialmente en vigor, mediante un acta comunicada, para su registro, al Director General de la Oficina Internacional del Trabajo. La denuncia no surtirá efecto hasta un año después de la fecha en que se haya registrado.
2. Todo Miembro que haya ratificado este Convenio y que, en el plazo de un año después de la expiración del período de diez años mencionado en el párrafo precedente, no haga uso del derecho de denuncia previsto en este artículo quedará obligado durante un nuevo período de denuncia previsto en este artículo quedará obligado durante un nuevo período de diez años, y en lo sucesivo podrá denunciar este Convenio a la expiración de cada período de diez años, en las condiciones previstas en este artículo.

Artículo 40

1. El Director General de la Oficina Internacional del Trabajo notificará a todos los Miembros de la Organización Internacional del Trabajo el registro de cuantas ratificaciones, declaraciones y denuncias le comuniquen los Miembros de la Organización.
2. Al notificar a los Miembros de la Organización el registro de la segunda ratificación que le haya sido comunicada, el Director General llamará la atención de los Miembros de la Organización sobre la fecha en que entrará en vigor el presente Convenio.

Artículo 41

El Director General de la Oficina Internacional del Trabajo comunicará al Secretario General de las Naciones Unidas, a los efectos del registro y de conformidad con el artículo 102 de la Carta de las Naciones Unidas una información completa sobre todas las ratificaciones, declaraciones y actas de denuncia que haya registrado de acuerdo con los artículos precedentes.

Artículo 42

Cada vez que lo estime necesario, el Consejo de Administración de la Oficina Internacional del Trabajo presentará a la Conferencia una memoria sobre la aplicación del Convenio, y considerará la conveniencia de incluir en el orden del día de la Conferencia la cuestión de su revisión total o parcial.

Artículo 43

1. En caso de que la Conferencia adopte un nuevo convenio que implique una revisión total o parcial del presente, y a menos que el nuevo convenio contenga disposiciones en contrario:

a) la ratificación, por un Miembro, del nuevo convenio revisor implicará, *ipso jure*, la denuncia inmediata de este Convenio, no obstante las disposiciones contenidas en el artículo 39, siempre que el nuevo convenio revisor haya entrado en vigor;

b) a partir de la fecha en que entre en vigor el nuevo convenio revisor, el presente Convenio cesará de estar abierto a la ratificación por los Miembros.

2. Este Convenio continuará en vigor en todo caso, en su forma y contenido actuales, para los Miembros que lo hayan ratificado y no ratifiquen el convenio revisor.

Artículo 44

Las versiones inglesa y francesa del texto de este convenio son igualmente auténticas.

ANEXO II

Declaración de las Naciones Unidas sobre los derechos de los pueblos indígenas

Resolución aprobada por la Asamblea General, 13 de septiembre de 2007

La Asamblea General,

Guiada por los propósitos y principios de la Carta de las Naciones Unidas y la buena fe en el cumplimiento de las obligaciones contraídas por los Estados de conformidad con la Carta,

Afirmando que los pueblos indígenas son iguales a todos los demás pueblos y reconociendo al mismo tiempo el derecho de todos los pueblos a ser diferentes, a considerarse a sí mismos diferentes y a ser respetados como tales,

Afirmando también que todos los pueblos contribuyen a la diversidad y riqueza de las civilizaciones y culturas, que constituyen el patrimonio común de la humanidad,

Afirmando además que todas las doctrinas, políticas y prácticas basadas en la superioridad de determinados pueblos o personas o que la propugnan aduciendo razones de origen nacional o diferencias raciales, religiosas, étnicas o culturales son racistas, científicamente falsas, jurídicamente inválidas, moralmente condenables y socialmente injustas,

Reafirmando que, en el ejercicio de sus derechos, los pueblos indígenas deben estar libres de toda forma de discriminación,

Preocupada por el hecho de que los pueblos indígenas hayan sufrido injusticias históricas como resultado, entre otras cosas, de la colonización y enajenación de sus tierras, territorios y recursos, lo que les ha impedido ejercer, en particular, su derecho al desarrollo de conformidad con sus propias necesidades e intereses,

Consciente de la urgente necesidad de respetar y promover los derechos intrínsecos de los pueblos indígenas, que derivan de sus estructuras políticas, económicas y sociales y de sus culturas, de sus tradiciones espirituales, de su historia y de su filosofía, especialmente los derechos a sus tierras, territorios y recursos,

Consciente también de la urgente necesidad de respetar y promover los derechos de los pueblos indígenas afirmados en tratados, acuerdos y otros arreglos constructivos con los Estados,

Celebrando que los pueblos indígenas se estén organizando para promover su desarrollo político, económico, social y cultural y para poner fin a todas las formas de discriminación y opresión dondequiera que ocurran,

Convencida de que el control por los pueblos indígenas de los acontecimientos que los afecten a ellos y a sus tierras, territorios y recursos les permitirá mantener y

reforzar sus instituciones, culturas y tradiciones y promover su desarrollo de acuerdo con sus aspiraciones y necesidades,

Considerando que el respeto de los conocimientos, las culturas y las prácticas tradicionales indígenas contribuye al desarrollo sostenible y equitativo y a la ordenación adecuada del medio ambiente,

Destacando la contribución de la desmilitarización de las tierras y territorios de los pueblos indígenas a la paz, el progreso y el desarrollo económicos y sociales, la comprensión y las relaciones de amistad entre las naciones y los pueblos del mundo,

Reconociendo en particular el derecho de las familias y comunidades indígenas a seguir compartiendo la responsabilidad por la crianza, la formación, la educación y el bienestar de sus hijos, en observancia de los derechos del niño,

Considerando que los derechos afirmados en los tratados, acuerdos y otros arreglos constructivos entre los Estados y los pueblos indígenas son, en algunas situaciones, asuntos de preocupación, interés y responsabilidad internacional, y tienen carácter internacional,

Considerando también que los tratados, acuerdos y demás arreglos constructivos, y las relaciones que éstos representan, sirven de base para el fortalecimiento de la asociación entre los pueblos indígenas y los Estados,

Reconociendo que la Carta de las Naciones Unidas, el Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales y el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, así como la Declaración y el Programa de Acción de Viena afirman la importancia fundamental del derecho de todos los pueblos a la libre determinación, en virtud del cual éstos determinan libremente su condición política y persiguen libremente su desarrollo económico, social y cultural,

Teniendo presente que nada de lo contenido en la presente Declaración podrá utilizarse para negar a ningún pueblo su derecho a la libre determinación, ejercido de conformidad con el derecho internacional,

Convencida de que el reconocimiento de los derechos de los pueblos indígenas en la presente Declaración fomentará relaciones armoniosas y de cooperación entre los Estados y los pueblos indígenas, basadas en los principios de la justicia, la democracia, el respeto de los derechos humanos, la no discriminación y la buena fe,

Alentando a los Estados a que cumplan y apliquen eficazmente todas sus obligaciones para con los pueblos indígenas dimanantes de los instrumentos internacionales, en particular las relativas a los derechos humanos, en consulta y cooperación con los pueblos interesados,

Subrayando que corresponde a las Naciones Unidas desempeñar un papel importante y continuo de promoción y protección de los derechos de los pueblos indígenas,

Considerando que la presente Declaración constituye un nuevo paso importante hacia el reconocimiento, la promoción y la protección de los derechos y las libertades de los pueblos indígenas y en el desarrollo de actividades pertinentes del sistema de las Naciones Unidas en esta esfera,

Reconociendo y reafirmando que las personas indígenas tienen derecho sin discriminación a todos los derechos humanos reconocidos en el derecho internacional, y que los pueblos indígenas poseen derechos colectivos que son indispensables para su existencia, bienestar y desarrollo integral como pueblos,

Reconociendo que la situación de los pueblos indígenas varía según las regiones y los países y que se debe tener en cuenta la significación de las particularidades nacionales y regionales y de las diversas tradiciones históricas y culturales,

Proclama solemnemente la Declaración de las Naciones Unidas sobre los derechos de los pueblos indígenas, cuyo texto figura a continuación, como ideal común que debe perseguirse en un espíritu de solidaridad y respeto mutuo:

Artículo 1

Los indígenas tienen derecho, como pueblos o como personas, al disfrute pleno de todos los derechos humanos y las libertades fundamentales reconocidos por la Carta de las Naciones Unidas, la Declaración Universal de Derechos Humanos(4) y la normativa internacional de los derechos humanos.

Artículo 2

Los pueblos y las personas indígenas son libres e iguales a todos los demás pueblos y personas y tienen derecho a no ser objeto de ningún tipo de discriminación en el ejercicio de sus derechos, en particular la fundada en su origen o identidad indígenas.

Artículo 3

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

Artículo 4

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

Artículo 5

Los pueblos indígenas tienen derecho a conservar y reforzar sus propias instituciones políticas, jurídicas, económicas, sociales y culturales, manteniendo a

la vez su derecho a participar plenamente, si lo desean, en la vida política, económica, social y cultural del Estado.

Artículo 6

Toda persona indígena tiene derecho a una nacionalidad.

Artículo 7

1. Las personas indígenas tienen derecho a la vida, la integridad física y mental, la libertad y la seguridad de la persona.
2. Los pueblos indígenas tienen el derecho colectivo de vivir en libertad, paz y seguridad como pueblos distintos y no serán sometidos a ningún acto de genocidio ni a ningún otro acto de violencia, incluido el traslado forzado de niños del grupo a otro grupo.

Artículo 8

1. Los pueblos y las personas indígenas tienen derecho a no sufrir la asimilación forzada o la destrucción de su cultura.
2. Los Estados establecerán mecanismos eficaces para la prevención y el resarcimiento de:
 - a) Todo acto que tenga por objeto o consecuencia privar a los pueblos y las personas indígenas de su integridad como pueblos distintos o de sus valores culturales o su identidad étnica;
 - b) Todo acto que tenga por objeto o consecuencia enajenarles sus tierras, territorios o recursos;
 - c) Toda forma de traslado forzado de población que tenga por objeto o consecuencia la violación o el menoscabo de cualquiera de sus derechos;
 - d) Toda forma de asimilación o integración forzada;
 - e) Toda forma de propaganda que tenga como fin promover o incitar a la discriminación racial o étnica dirigida contra ellos.

Artículo 9

Los pueblos y las personas indígenas tienen derecho a pertenecer a una comunidad o nación indígena, de conformidad con las tradiciones y costumbres de la comunidad o nación de que se trate. No puede resultar ninguna discriminación de ningún tipo del ejercicio de ese derecho.

Artículo 10

Los pueblos indígenas no serán desplazados por la fuerza de sus tierras o territorios. No se procederá a ningún traslado sin el consentimiento libre, previo e informado de los pueblos indígenas interesados, ni sin un acuerdo previo sobre una indemnización justa y equitativa y, siempre que sea posible, la opción del regreso.

Artículo 11

1. Los pueblos indígenas tienen derecho a practicar y revitalizar sus tradiciones y costumbres culturales. Ello incluye el derecho a mantener, proteger y desarrollar las manifestaciones pasadas, presentes y futuras de sus culturas, como lugares arqueológicos e históricos, utensilios, diseños, ceremonias, tecnologías, artes visuales e interpretativas y literaturas.

2. Los Estados proporcionarán reparación por medio de mecanismos eficaces, que podrán incluir la restitución, establecidos conjuntamente con los pueblos indígenas, respecto de los bienes culturales, intelectuales, religiosos y espirituales de que hayan sido privados sin su consentimiento libre, previo e informado o en violación de sus leyes, tradiciones y costumbres.

Artículo 12

1. Los pueblos indígenas tienen derecho a manifestar, practicar, desarrollar y enseñar sus tradiciones, costumbres y ceremonias espirituales y religiosas; a mantener y proteger sus lugares religiosos y culturales y a acceder a ellos privadamente; a utilizar y controlar sus objetos de culto, y a obtener la repatriación de sus restos humanos.

2. Los Estados procurarán facilitar el acceso y/o la repatriación de objetos de culto y de restos humanos que posean mediante mecanismos justos, transparentes y eficaces establecidos conjuntamente con los pueblos indígenas interesados.

Artículo 13

1. Los pueblos indígenas tienen derecho a revitalizar, utilizar, fomentar y transmitir a las generaciones futuras sus historias, idiomas, tradiciones orales, filosofías, sistemas de escritura y literaturas, y a atribuir nombres a sus comunidades, lugares y personas y mantenerlos.

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

Artículo 14

1. Los pueblos indígenas tienen derecho a establecer y controlar sus sistemas e instituciones docentes que impartan educación en sus propios idiomas, en consonancia con sus métodos culturales de enseñanza y aprendizaje.

2. Las personas indígenas, en particular los niños indígenas, tienen derecho a todos los niveles y formas de educación del Estado sin discriminación.

3. Los Estados adoptarán medidas eficaces, junto con los pueblos indígenas, para que las personas indígenas, en particular los niños, incluidos los que viven fuera de sus comunidades, tengan acceso, cuando sea posible, a la educación en su propia cultura y en su propio idioma.

Artículo 15

1. Los pueblos indígenas tienen derecho a que la dignidad y diversidad de sus culturas, tradiciones, historias y aspiraciones queden debidamente reflejadas en la educación pública y los medios de información públicos.

2. Los Estados adoptarán medidas eficaces, en consulta y cooperación con los pueblos indígenas interesados, para combatir los prejuicios y eliminar la discriminación y promover la tolerancia, la comprensión y las buenas relaciones entre los pueblos indígenas y todos los demás sectores de la sociedad.

Artículo 16

1. Los pueblos indígenas tienen derecho a establecer sus propios medios de información en sus propios idiomas y a acceder a todos los demás medios de información no indígenas sin discriminación alguna.
2. Los Estados adoptarán medidas eficaces para asegurar que los medios de información públicos reflejen debidamente la diversidad cultural indígena. Los Estados, sin perjuicio de la obligación de asegurar plenamente la libertad de expresión, deberán alentar a los medios de comunicación privados a reflejar debidamente la diversidad cultural indígena.

Artículo 17

1. Las personas y los pueblos indígenas tienen derecho a disfrutar plenamente de todos los derechos establecidos en el derecho laboral internacional y nacional aplicable.
2. Los Estados, en consulta y cooperación con los pueblos indígenas, tomarán medidas específicas para proteger a los niños indígenas contra la explotación económica y contra todo trabajo que pueda resultar peligroso o interferir en la educación del niño, o que pueda ser perjudicial para la salud o el desarrollo físico, mental, espiritual, moral o social del niño, teniendo en cuenta su especial vulnerabilidad y la importancia de la educación para el pleno ejercicio de sus derechos.
3. Las personas indígenas tienen derecho a no ser sometidas a condiciones discriminatorias de trabajo, entre otras cosas, empleo o salario.

Artículo 18

Los pueblos indígenas tienen derecho a participar en la adopción de decisiones en las cuestiones que afecten a sus derechos, por conducto de representantes elegidos por ellos de conformidad con sus propios procedimientos, así como a mantener y desarrollar sus propias instituciones de adopción de decisiones.

Artículo 19

Los Estados celebrarán consultas y cooperarán de buena fe con los pueblos indígenas interesados por medio de sus instituciones representativas antes de adoptar y aplicar medidas legislativas o administrativas que los afecten, a fin de obtener su consentimiento libre, previo e informado.

Artículo 20

1. Los pueblos indígenas tienen derecho a mantener y desarrollar sus sistemas o instituciones políticos, económicos y sociales, a que se les asegure el disfrute de sus propios medios de subsistencia y desarrollo y a dedicarse libremente a todas sus actividades económicas tradicionales y de otro tipo.
2. Los pueblos indígenas desposeídos de sus medios de subsistencia y desarrollo tienen derecho a una reparación justa y equitativa.

Artículo 21

1. Los pueblos indígenas tienen derecho, sin discriminación alguna, al mejoramiento de sus condiciones económicas y sociales, entre otras esferas, en la educación, el empleo, la capacitación y el readiestramiento profesionales, la

vivienda, el saneamiento, la salud y la seguridad social.

2. Los Estados adoptarán medidas eficaces y, cuando proceda, medidas especiales para asegurar el mejoramiento continuo de sus condiciones económicas y sociales. Se prestará particular atención a los derechos y necesidades especiales de los ancianos, las mujeres, los jóvenes, los niños y las personas con discapacidad indígenas.

Artículo 22

1. Se prestará particular atención a los derechos y necesidades especiales de los ancianos, las mujeres, los jóvenes, los niños y las personas con discapacidad indígenas en la aplicación de la presente Declaración.

2. Los Estados adoptarán medidas, junto con los pueblos indígenas, para asegurar que las mujeres y los niños indígenas gocen de protección y garantías plenas contra todas las formas de violencia y discriminación.

Artículo 23

Los pueblos indígenas tienen derecho a determinar y a elaborar prioridades y estrategias para el ejercicio de su derecho al desarrollo. En particular, los pueblos indígenas tienen derecho a participar activamente en la elaboración y determinación de los programas de salud, vivienda y demás programas económicos y sociales que les conciernan y, en lo posible, a administrar esos programas mediante sus propias instituciones.

Artículo 24

1. Los pueblos indígenas tienen derecho a sus propias medicinas tradicionales y a mantener sus prácticas de salud, incluida la conservación de sus plantas medicinales, animales y minerales de interés vital. Las personas indígenas también tienen derecho de acceso, sin discriminación alguna, a todos los servicios sociales y de salud.

2. Las personas indígenas tienen derecho a disfrutar por igual del nivel más alto posible de salud física y mental. Los Estados tomarán las medidas que sean necesarias para lograr progresivamente la plena realización de este derecho.

Artículo 25

Los pueblos indígenas tienen derecho a mantener y fortalecer su propia relación espiritual con las tierras, territorios, aguas, mares costeros y otros recursos que tradicionalmente han poseído u ocupado y utilizado de otra forma y a asumir las responsabilidades que a ese respecto les incumben para con las generaciones venideras.

Artículo 26

1. Los pueblos indígenas tienen derecho a las tierras, territorios y recursos que tradicionalmente han poseído, ocupado o de otra forma utilizado o adquirido.

2. Los pueblos indígenas tienen derecho a poseer, utilizar, desarrollar y controlar las tierras, territorios y recursos que poseen en razón de la propiedad tradicional u otra forma tradicional de ocupación o utilización, así como aquellos que hayan adquirido de otra forma.

3. Los Estados asegurarán el reconocimiento y protección jurídicos de esas tierras,

territorios y recursos. Dicho reconocimiento respetará debidamente las costumbres, las tradiciones y los sistemas de tenencia de la tierra de los pueblos indígenas de que se trate.

Artículo 27

Los Estados establecerán y aplicarán, conjuntamente con los pueblos indígenas interesados, un proceso equitativo, independiente, imparcial, abierto y transparente, en el que se reconozcan debidamente las leyes, tradiciones, costumbres y sistemas de tenencia de la tierra de los pueblos indígenas, para reconocer y adjudicar los derechos de los pueblos indígenas en relación con sus tierras, territorios y recursos, comprendidos aquellos que tradicionalmente han poseído u ocupado o utilizado de otra forma. Los pueblos indígenas tendrán derecho a participar en este proceso.

Artículo 28

1. Los pueblos indígenas tienen derecho a la reparación, por medios que pueden incluir la restitución o, cuando ello no sea posible, una indemnización justa, imparcial y equitativa, por las tierras, los territorios y los recursos que tradicionalmente hayan poseído u ocupado o utilizado de otra forma y que hayan sido confiscados, tomados, ocupados, utilizados o dañados sin su consentimiento libre, previo e informado.
2. Salvo que los pueblos interesados hayan convenido libremente en otra cosa, la indemnización consistirá en tierras, territorios y recursos de igual calidad, extensión y condición jurídica o en una indemnización monetaria u otra reparación adecuada.

Artículo 29

1. Los pueblos indígenas tienen derecho a la conservación y protección del medio ambiente y de la capacidad productiva de sus tierras o territorios y recursos. Los Estados deberán establecer y ejecutar programas de asistencia a los pueblos indígenas para asegurar esa conservación y protección, sin discriminación alguna.
2. Los Estados adoptarán medidas eficaces para garantizar que no se almacenen ni eliminen materiales peligrosos en las tierras o territorios de los pueblos indígenas sin su consentimiento libre, previo e informado.
3. Los Estados también adoptarán medidas eficaces para garantizar, según sea necesario, que se apliquen debidamente programas de control, mantenimiento y restablecimiento de la salud de los pueblos indígenas afectados por esos materiales, programas que serán elaborados y ejecutados por esos pueblos.

Artículo 30

1. No se desarrollarán actividades militares en las tierras o territorios de los pueblos indígenas, a menos que lo justifique una razón de interés público pertinente o que se haya acordado libremente con los pueblos indígenas interesados, o que éstos lo hayan solicitado.
2. Los Estados celebrarán consultas eficaces con los pueblos indígenas interesados, por los procedimientos apropiados y en particular por medio de sus instituciones representativas, antes de utilizar sus tierras o territorios para actividades militares.

Artículo 31

1. Los pueblos indígenas tienen derecho a mantener, controlar, proteger y desarrollar su patrimonio cultural, sus conocimientos tradicionales, sus expresiones culturales tradicionales y las manifestaciones de sus ciencias, tecnologías y culturas, comprendidos los recursos humanos y genéticos, las semillas, las medicinas, el conocimiento de las propiedades de la fauna y la flora, las tradiciones orales, las literaturas, los diseños, los deportes y juegos tradicionales, y las artes visuales e interpretativas. También tienen derecho a mantener, controlar, proteger y desarrollar su propiedad intelectual de dicho patrimonio cultural, sus conocimientos tradicionales y sus expresiones culturales tradicionales.
2. Conjuntamente con los pueblos indígenas, los Estados adoptarán medidas eficaces para reconocer y proteger el ejercicio de estos derechos.

Artículo 32

1. Los pueblos indígenas tienen derecho a determinar y elaborar las prioridades y estrategias para el desarrollo o la utilización de sus tierras o territorios y otros recursos.
2. Los Estados celebrarán consultas y cooperarán de buena fe con los pueblos indígenas interesados por conducto de sus propias instituciones representativas a fin de obtener su consentimiento libre e informado antes de aprobar cualquier proyecto que afecte a sus tierras o territorios y otros recursos, particularmente en relación con el desarrollo, la utilización o la explotación de recursos minerales, hídricos o de otro tipo.
3. Los Estados establecerán mecanismos eficaces para la reparación justa y equitativa por esas actividades, y se adoptarán medidas adecuadas para mitigar las consecuencias nocivas de orden ambiental, económico, social, cultural o espiritual.

Artículo 33

1. Los pueblos indígenas tienen derecho a determinar su propia identidad o pertenencia conforme a sus costumbres y tradiciones. Ello no menoscaba el derecho de las personas indígenas a obtener la ciudadanía de los Estados en que viven.
2. Los pueblos indígenas tienen derecho a determinar las estructuras y a elegir la composición de sus instituciones de conformidad con sus propios procedimientos.

Artículo 34

Los pueblos indígenas tienen derecho a promover, desarrollar y mantener sus estructuras institucionales y sus propias costumbres, espiritualidad, tradiciones, procedimientos, prácticas y, cuando existan, costumbres o sistemas jurídicos, de conformidad con las normas internacionales de derechos humanos.

Artículo 35

Los pueblos indígenas tienen derecho a determinar las responsabilidades de los individuos para con sus comunidades.

Artículo 36

1. Los pueblos indígenas, en particular los que están divididos por fronteras internacionales, tienen derecho a mantener y desarrollar los contactos, las

relaciones y la cooperación, incluidas las actividades de carácter espiritual, cultural, político, económico y social, con sus propios miembros así como con otros pueblos a través de las fronteras.

2. Los Estados, en consulta y cooperación con los pueblos indígenas, adoptarán medidas eficaces para facilitar el ejercicio y garantizar la aplicación de este derecho.

Artículo 37

1. Los pueblos indígenas tienen derecho a que los tratados, acuerdos y otros arreglos constructivos concertados con los Estados o sus sucesores sean reconocidos, observados y aplicados y a que los Estados acaten y respeten esos tratados, acuerdos y otros arreglos constructivos.

2. Nada de lo señalado en la presente Declaración se interpretará en el sentido de que menoscaba o suprime los derechos de los pueblos indígenas que figuren en tratados, acuerdos y otros arreglos constructivos.

Artículo 38

Los Estados, en consulta y cooperación con los pueblos indígenas, adoptarán las medidas apropiadas, incluidas medidas legislativas, para alcanzar los fines de la presente Declaración.

Artículo 39

Los pueblos indígenas tienen derecho a la asistencia financiera y técnica de los Estados y por conducto de la cooperación internacional para el disfrute de los derechos enunciados en la presente Declaración.

Artículo 40

Los pueblos indígenas tienen derecho a procedimientos equitativos y justos para el arreglo de controversias con los Estados u otras partes, y a una pronta decisión sobre esas controversias, así como a una reparación efectiva de toda lesión de sus derechos individuales y colectivos. En esas decisiones se tendrán debidamente en consideración las costumbres, las tradiciones, las normas y los sistemas jurídicos de los pueblos indígenas interesados y las normas internacionales de derechos humanos.

Artículo 41

Los órganos y organismos especializados del sistema de las Naciones Unidas y otras organizaciones intergubernamentales contribuirán a la plena realización de las disposiciones de la presente Declaración mediante la movilización, entre otras cosas, de la cooperación financiera y la asistencia técnica. Se establecerán los medios de asegurar la participación de los pueblos indígenas en relación con los asuntos que les conciernan.

Artículo 42

Las Naciones Unidas, sus órganos, incluido el Foro Permanente para las Cuestiones Indígenas, y los organismos especializados, en particular a nivel local, así como los Estados, promoverán el respeto y la plena aplicación de las disposiciones de la presente Declaración y velarán por la eficacia de la presente Declaración.

Artículo 43

Los derechos reconocidos en la presente Declaración constituyen las normas mínimas para la supervivencia, la dignidad y el bienestar de los pueblos indígenas del mundo.

Artículo 44

Todos los derechos y las libertades reconocidos en la presente Declaración se garantizan por igual al hombre y a la mujer indígenas.

Artículo 45

Nada de lo contenido en la presente Declaración se interpretará en el sentido de que menoscaba o suprime los derechos que los pueblos indígenas tienen en la actualidad o puedan adquirir en el futuro.

Artículo 46

1. Nada de lo señalado en la presente Declaración se interpretará en el sentido de que confiere a un Estado, pueblo, grupo o persona derecho alguno a participar en una actividad o realizar un acto contrarios a la Carta de las Naciones Unidas, ni se entenderá en el sentido de que autoriza o fomenta acción alguna encaminada a quebrantar o menoscabar, total o parcialmente, la integridad territorial o la unidad política de Estados soberanos e independientes.

2. En el ejercicio de los derechos enunciados en la presente Declaración, se respetarán los derechos humanos y las libertades fundamentales de todos. El ejercicio de los derechos establecidos en la presente Declaración estará sujeto exclusivamente a las limitaciones determinadas por la ley y con arreglo a las obligaciones internacionales en materia de derechos humanos. Esas limitaciones no serán discriminatorias y serán sólo las estrictamente necesarias para garantizar el reconocimiento y respeto debidos a los derechos y las libertades de los demás y para satisfacer las justas y más apremiantes necesidades de una sociedad democrática.

3. Las disposiciones enunciadas en la presente Declaración se interpretarán con arreglo a los principios de la justicia, la democracia, el respeto de los derechos humanos, la igualdad, la no discriminación, la buena administración pública y la buena fe.

Véase la resolución 2200 A (XXI), anexo.

A/CONF.157/ 24 (Part I), cap. III.

Resolución 217 A (III).

ANEXO III

Ley Orgánica de Pueblos y Comunidades Indígenas de Venezuela

Gaceta Oficial No. 38.344 del 27 de diciembre de 2005

TÍTULO I: DISPOSICIONES FUNDAMENTALES

Capítulo I: Del reconocimiento de los derechos de los pueblos indígenas

Del reconocimiento de los pueblos indígenas como pueblos originarios

Artículo 1. El Estado venezolano reconoce y protege la existencia de los pueblos y comunidades indígenas como pueblos originarios, garantizándole los derechos consagrados en la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela, los tratados, pactos y convenios internacionales y otras normas de aceptación universal, así como las demás leyes de la República, para asegurar su participación activa en la vida de la Nación venezolana, la preservación de sus culturas, el ejercicio de la libre determinación de sus asuntos internos y las condiciones que los hacen posibles.

De las normas aplicables

Artículo 2. Lo relacionado con los pueblos y comunidades indígenas se rige por lo establecido en la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela y en los tratados, pactos y convenciones internacionales válidamente suscritos y ratificados por la República, así como por lo establecido en la presente Ley, cuya aplicación no limitará otros derechos garantizados a estos pueblos y comunidades, en normas diferentes a éstas. Serán de aplicación preferente aquellas normas que sean más favorables a los pueblos y comunidades indígenas.

De los conceptos

Artículo 3. A los efectos legales correspondientes se entiende por:

Organización propia: Consiste en la forma de organización y estructura político-social que cada pueblo y comunidad indígena se da a sí misma, de acuerdo con sus necesidades y expectativas y según sus tradiciones y costumbres.

Instituciones propias: Son aquellas instancias que forman parte de la organización propia de los pueblos y comunidades indígenas, las cuales por su carácter tradicional dentro de estos pueblos y comunidades, son representativas del colectivo como por ejemplo la familia, la forma tradicional de gobierno y el consejo de ancianos.

Autoridades legítimas: Se consideran autoridades legítimas a las personas o instancias colectivas que uno o varios pueblos o comunidades indígenas designen o establezcan de acuerdo con su organización social y política, y para las funciones que dichos pueblos o comunidades definan de acuerdo con sus costumbres y tradiciones.

Del objeto de la ley

Artículo 4. La presente Ley tiene por objeto establecer los principios y bases para:

1. Promover los principios de una sociedad democrática, participativa, protagónica, multiétnica, pluricultural y multilingüe, en un Estado de justicia, federal y descentralizado.
2. Desarrollar los derechos de los pueblos y comunidades indígenas reconocidos en la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela, en las leyes, convenios, pactos y tratados válidamente suscritos y ratificados por la República.
3. Proteger las formas de vida y el desarrollo sustentable de los pueblos y comunidades indígenas, con fundamento en sus culturas e idiomas.
4. Establecer los mecanismos de relación entre los pueblos y comunidades indígenas con los órganos del Poder Público y con otros sectores de la colectividad nacional.
5. Garantizar el ejercicio de los derechos colectivos e individuales de los pueblos, comunidades indígenas y de sus miembros.

Autogestión de los pueblos y comunidades indígenas

Artículo 5. Los pueblos y comunidades indígenas tienen el derecho a decidir y asumir de modo autónomo el control de sus propias instituciones y formas de vida, sus prácticas económicas, su identidad, cultura, derecho, usos y

costumbres, educación, salud, cosmovisión, protección de sus conocimientos tradicionales, uso, protección y defensa de su hábitat y tierras y, en general, de la gestión cotidiana de su vida comunitaria dentro de sus tierras para mantener y fortalecer su identidad cultural.

Los pueblos y comunidades indígenas tienen el derecho de participar en la administración, conservación y utilización del ambiente y de los recursos naturales existentes en su hábitat y tierras.

De la participación de los pueblos y comunidades indígenas en la formulación de las políticas

Artículo 6. El Estado promoverá y desarrollará acciones coordinadas y sistemáticas que garanticen la participación efectiva de los pueblos, comunidades y organizaciones indígenas en los asuntos nacionales, regionales y locales. Los pueblos y comunidades indígenas participarán directamente o a través de sus organizaciones de representación, en la formulación de las políticas públicas dirigidas a estos pueblos y comunidades o de cualquier otra política pública que pueda afectarles directa o indirectamente. En todo caso, deberá tomarse en cuenta la organización propia y autoridades legítimas de cada pueblo o comunidad participante, como expresión de sus usos y costumbres.

De la personalidad jurídica

Artículo 7. Se reconoce la personalidad jurídica de los pueblos y comunidades indígenas a los fines del ejercicio de los derechos colectivos previstos en la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela, los tratados, pactos y convenios internacionales suscritos y ratificados por la República y demás leyes. Su representación será determinada por los pueblos y comunidades indígenas, según sus tradiciones, usos y costumbres, atendiendo a su organización propia, sin más limitaciones que las establecidas en la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela y la ley.

Capítulo II: De la consulta previa e informada

De la consulta

Artículo 11. Toda actividad susceptible de afectar directa o indirectamente a los pueblos y comunidades indígenas, deberá ser consultada con los pueblos y comunidades indígenas involucrados. La consulta será de buena fe, tomando en cuenta los idiomas y la espiritualidad, respetando la organización propia, las autoridades legítimas y los sistemas de comunicación e información de los integrantes de los pueblos y comunidades indígenas involucrados, conforme al procedimiento establecido en esta Ley.

Toda actividad de aprovechamiento de recursos naturales y cualquier tipo de proyectos de desarrollo a ejecutarse en hábitat y tierras indígenas, estará sujeta al procedimiento de información y consulta previa, conforme a la presente Ley.

TÍTULO II: DEL HÁBITAT Y TIERRAS DE LOS PUEBLOS Y COMUNIDADES INDÍGENAS, AMBIENTE Y RECURSOS NATURALES

Capítulo V: Del ambiente y recursos naturales

Del derecho a un ambiente sano

Artículo 48. Los pueblos y comunidades indígenas tienen derecho a vivir en un ambiente sano, seguro y ecológicamente equilibrado y coadyuvarán en la protección del ambiente y de los recursos naturales, en especial los parques nacionales, reservas forestales, monumentos naturales, reservas de biosfera, reservas de agua y demás áreas de importancia ecológica. En ningún caso se permitirán actividades que desnaturalicen o produzcan daños irreversibles a estas áreas especialmente protegidas.

De la prohibición de sustancias tóxicas y peligrosas

Artículo 49. El hábitat y tierras indígenas no podrán ser utilizados para la disposición de desechos o para el almacenamiento o destrucción de sustancias tóxicas y peligrosas provenientes de procesos industriales y no industriales, así como de ninguna otra índole.

De la corresponsabilidad entre el Estado y los pueblos y comunidades indígenas

Artículo 50. El Estado, en coordinación con los pueblos y comunidades indígenas y sus organizaciones, garantizará y velará por la conservación e integridad del hábitat y tierras indígenas, la riqueza de la biodiversidad, el manejo adecuado de los recursos genéticos, la preservación de las cuencas y la armonía del paisaje, para lo cual adoptará las medidas necesarias de protección y manejo sostenible de las mismas, tomando en cuenta los criterios y conocimientos tradicionales de manejo ambiental de los pueblos y comunidades indígenas.

De las zonas de interés turístico

Artículo 51. Los pueblos y comunidades indígenas tienen derecho al uso, goce, aprovechamiento y administración de las zonas de interés turístico, vocación turística y geográficas turísticas que se encuentran en su hábitat y tierras.

De la educación ambiental

Artículo 52. El Estado, en coordinación con los pueblos y comunidades indígenas y sus organizaciones, promoverá y desarrollará programas de educación ambiental, para el manejo, uso y conservación sustentable de los recursos naturales, con criterios técnicos adecuados y en concordancia con los conocimientos indígenas en materia ambiental, de manejo, uso y conservación de su hábitat y tierras.

Capítulo III: De las organizaciones de los pueblos y comunidades indígenas

Del reconocimiento de la organización propia

Artículo 69. Los pueblos y comunidades indígenas tienen derecho a conservar, desarrollar y actualizar su organización social y política propia, sea ésta comunal, municipal, estatal, regional o nacional, basada en sus tradiciones, usos y costumbres.

De las organizaciones indígenas

Artículo 70. Los indígenas tienen derecho a asociarse libremente en organizaciones de cualquier naturaleza para la representación y defensa de sus derechos e intereses, promover el ejercicio pleno de estos derechos y las relaciones justas, equitativas y efectivas entre los pueblos y comunidades indígenas y demás sectores de la sociedad. Corresponderá a los pueblos y comunidades indígenas determinar la representatividad de estas organizaciones.

Capítulo IV: De los municipios indígenas

De los municipios indígenas

Artículo 72. La forma de gobierno y de administración de los municipios indígenas responderá a las características socioculturales, políticas, económicas y al derecho y costumbres propias de estos pueblos y comunidades.

De igual manera, en los municipios y parroquias con población indígena se garantizará la participación política de los pueblos y comunidades indígenas allí existentes.

Capítulo V: De los Conocimientos y la Propiedad Intelectual Colectiva de los Pueblos Indígenas

Del derecho a la propiedad colectiva

Artículo 101. El Estado garantiza el derecho de propiedad colectiva de los conocimientos, tecnologías, innovaciones y prácticas propias de los pueblos y comunidades indígenas.

Del uso de los recursos genéticos

Artículo 102. Los pueblos y comunidades indígenas, de acuerdo con sus usos y costumbres y conforme a las leyes que rigen la materia, deberán proteger, desarrollar y usar sustentablemente los recursos genéticos y los conocimientos asociados a los mismos.

De la protección y defensa de la propiedad intelectual indígena

Artículo 103. El Estado garantiza el derecho de los pueblos y comunidades indígenas de establecer y proteger de acuerdo con sus usos y costumbres, su patrimonio cultural, artístico, espiritual, tecnológico y científico, conocimientos sobre la vida animal y vegetal, los diseños, procedimientos tradicionales y, en general, todos los conocimientos ancestrales y tradicionales asociados a los recursos genéticos y a la biodiversidad.

De las acciones legales

Artículo 104. Los pueblos y comunidades indígenas podrán ejercer directamente o por intermedio de las organizaciones indígenas, las acciones civiles, penales y administrativas necesarias, a fin de determinar las responsabilidades y las reparaciones a que haya lugar, contra toda persona que haya participado directa o indirectamente en el aprovechamiento ilícito de sus conocimientos, tecnologías, innovaciones y prácticas en violación de sus derechos de propiedad colectiva.

El Estado, a través de los órganos competentes y a solicitud de los pueblos y comunidades indígenas, apoyará jurídica y técnicamente a estos pueblos y comunidades en el ejercicio de dichas acciones, en el ámbito nacional e internacional.

TÍTULO VII: DE LA ADMINISTRACIÓN DE JUSTICIA

Capítulo I: De la Jurisdicción Especial Indígena

Del derecho propio

Artículo 130. El Estado reconoce el derecho propio de los pueblos indígenas, en virtud de lo cual tienen la potestad de aplicar instancias de justicia dentro de su hábitat y tierras por sus autoridades legítimas y que sólo afecten a sus integrantes, de acuerdo con su cultura y necesidades sociales, siempre que no sea incompatible con los derechos humanos establecidos en la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela, los tratados, pactos y convenciones internacionales suscritos y ratificados por la República, interculturalmente interpretados y con lo previsto en la presente Ley.

Del derecho indígena

Artículo 131. El derecho indígena está constituido por el conjunto de normas, principios, valores, prácticas, instituciones, usos y costumbres, que cada pueblo indígena considere legítimo y obligatorio, que les permite regular la vida social y política, autogobernarse, organizar, garantizar el orden público interno, establecer derechos y deberes, resolver conflictos y tomar decisiones en el ámbito interno.

De la jurisdicción especial indígena

Artículo 132. La jurisdicción especial indígena consiste en la potestad que tienen los pueblos y comunidades indígenas, a través de sus autoridades legítimas, de tomar decisiones de acuerdo con su derecho propio y conforme con los procedimientos tradicionales, para solucionar de forma autónoma y definitiva las controversias que se susciten entre sus integrantes, dentro de su hábitat y tierras.

La jurisdicción especial indígena comprende la facultad de conocer, investigar, decidir y ejecutar las decisiones, en los asuntos sometidos a su competencia y la potestad de avalar acuerdos reparatorios como medida de solución de conflictos. Las autoridades indígenas resolverán los conflictos sobre la base de la vía conciliatoria, el diálogo, la medición, la compensación y la reparación del daño, con la finalidad de reestablecer la armonía y la paz social. En los procedimientos participarán tanto el ofensor como la víctima, la familia y la comunidad. Las decisiones constituyen cosa juzgada en el ámbito nacional; en consecuencia, las partes, el Estado y los terceros están obligados a respetarlas y acatarlas, siempre que no sean incompatibles con los derechos fundamentales establecidos en la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela, los tratados, pactos y convenciones internacionales suscritos y ratificados por la República y de conformidad con la presente Ley.

Parágrafo Único: A los efectos de este Capítulo, se entenderá por integrante toda persona indígena que forme parte de una comunidad indígena. También se considera como integrante toda persona no indígena integrada por vínculos familiares o por cualquier otro nexo a la comunidad indígena, siempre que resida en la misma.

De la competencia de la jurisdicción especial indígena

Artículo 133. La competencia de la jurisdicción especial indígena estará determinada por los siguientes criterios:

1. **Competencia Territorial:** Las autoridades legítimas tendrán competencia para conocer de cualquier incidencia o conflicto surgido dentro del hábitat y tierras de los pueblos y comunidades indígenas respectivos.
2. **Competencia Extraterritorial:** Las autoridades legítimas tendrán competencia extraterritorial respecto de controversias sometidas a su conocimiento, surgidas fuera del hábitat y tierras indígenas, cuando las mismas sean entre integrantes de pueblos y comunidades indígenas, no revistan carácter penal y no afecten derechos de terceros no indígenas. En este caso, la autoridad legítima decidirá según las normas, usos y costumbres del pueblo o comunidad indígena y lo dispuesto en el presente artículo, si conoce o no de la controversia y, en caso negativo, informará a los solicitantes y remitirá el caso a la jurisdicción ordinaria cuando corresponda.
3. **Competencia Material:** Las autoridades legítimas tendrán competencia para conocer y decidir sobre cualquier conflicto o solicitud, independientemente de la materia de que se trate. Se exceptúan de esta competencia material, los delitos contra la seguridad e integridad de la Nación, delitos de corrupción o contra el patrimonio público, ilícitos aduaneros, tráfico ilícito de sustancias psicotrópicas y estupefacientes y tráfico ilícito de armas de fuego, delitos cometidos con el concierto o concurrencia de manera organizada de varias personas y los crímenes internacionales: el genocidio, lesa humanidad, crímenes de guerra y crímenes de agresión.
4. **Competencia Personal:** La jurisdicción especial indígena tendrá competencia para conocer de solicitudes o conflictos que involucren a cualquier integrante del pueblo o comunidad indígena.

Las personas que no siendo integrantes de la comunidad pero que encontrándose dentro del hábitat y tierras indígenas cometan algún delito previsto en la legislación ordinaria, podrán ser detenidas preventivamente por las autoridades legítimas, las cuales deberán poner al detenido a la orden de la

jurisdicción ordinaria conforme a lo dispuesto en el Código Orgánico Procesal Penal.

De la coordinación entre la jurisdicción especial indígena y la ordinaria

Artículo 134. Las relaciones entre la jurisdicción especial indígena y la jurisdicción ordinaria se rigen por las siguientes reglas:

1. **Reserva de la jurisdicción especial indígena:** las decisiones tomadas por las autoridades indígenas legítimas sólo serán revisadas por la jurisdicción ordinaria cuando sean incompatibles con los derechos fundamentales establecidos en la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela, los tratados, pactos y convenciones internacionales suscritos y ratificados por la República.
2. **Relaciones de coordinación:** La jurisdicción especial indígena y la jurisdicción ordinaria establecerán relaciones de coordinación y colaboración, a los fines de prestarse el apoyo requerido para la investigación, juzgamiento o ejecución de sus decisiones.
3. **Conflicto de jurisdicción:** De los conflictos entre la jurisdicción especial indígena y la jurisdicción ordinaria conocerá el Tribunal Supremo de Justicia, mediante el procedimiento respectivo establecido en la ley que regula la materia.
4. **Protección del derecho a la jurisdicción especial indígena:** Cuando la jurisdicción ordinaria conozca de casos que correspondan a la jurisdicción especial indígena, debe remitir las actuaciones a esta última.

De los procedimientos para resolver conflictos de derechos humanos

Artículo 135. Contra toda decisión emanada de la jurisdicción especial indígena, violatoria de derechos fundamentales, se podrá interponer la acción de Amparo Constitucional ante la Sala Constitucional del Tribunal Supremo de Justicia, la cual se tramitará conforme al procedimiento previsto en la ley respectiva y estará orientada según las reglas de equidad, garantizando la interpretación intercultural de los hechos y el derecho, tomando en cuenta el derecho propio de los pueblos y comunidades indígenas involucrados.

Del fortalecimiento del derecho indígena y jurisdicción especial indígena

Artículo 136. El Estado garantiza, entre otros, los siguientes mecanismos para facilitar la aplicación del derecho indígena y el desarrollo de la jurisdicción especial indígena:

1. **Promoción y difusión:** El ente ejecutor de la política indígena del país creará una instancia mixta interinstitucional con participación de representantes de los pueblos y comunidades indígenas y sus organizaciones, para el diseño y ejecución de políticas públicas que promuevan la difusión y el respeto del derecho indígena y la jurisdicción especial indígena.
2. **Programas:** El ente ejecutor de la política indígena del país o los pueblos, comunidades y sus organizaciones indígenas, podrán diseñar y ejecutar, conjunta o separadamente, programas o proyectos de capacitación y formación en el pluralismo legal, dirigidos a las autoridades indígenas y a los operadores de justicia, para facilitar la aplicación del derecho indígena y la coordinación con la jurisdicción ordinaria.
3. **De la enseñanza del derecho indígena:** En la enseñanza del derecho y carreras afines, las instituciones educativas y de formación judicial, de conformidad con las normas aplicables, incorporarán materias referidas a la multiculturalidad, pluralismo legal y el derecho indígena, el Estado proveerá los medios necesarios para la capacitación en materia indígena a los operadores de justicia, abogados y funcionarios encargados de aplicar la ley en zonas con predominancia indígena.

Capítulo II: De los derechos de los pueblos y comunidades indígenas y sus integrantes ante la jurisdicción ordinaria

De los derechos en la jurisdicción ordinaria

Artículo 137. Los pueblos y comunidades indígenas, y cualquier persona indígena que sea parte en procesos judiciales, tendrán derecho a conocer su contenido, efectos y recursos, contar con defensa profesional idónea, el uso de su propio idioma y el respeto de su cultura durante todas las fases del proceso.

El Estado establecerá los mecanismos que permitan superar las dificultades inherentes a las diferencias culturales y lingüísticas para facilitar a los indígenas la plena comprensión de estos procesos.

Lo dispuesto en este artículo se aplicará a los indígenas que estén sometidos o participen en procedimientos administrativos o especiales, en tanto sean aplicables.

Del derecho a la defensa

Artículo 138. A los fines de garantizar el derecho a la defensa de los indígenas, se crea la Defensa

Pública Indígena, dentro del sistema de Defensa Pública del Tribunal Supremo de Justicia. Para el nombramiento de defensores públicos de indígenas se exigirá que los mismos sean abogados y conozcan la cultura y derechos de los pueblos y comunidades indígenas. Los defensores públicos de indígenas son competentes para ejercer la representación y defensa de los indígenas en toda materia y ante toda instancia administrativa y judicial, nacional e internacional.

Del derecho a intérprete público

Artículo 139. El Estado garantiza a los indígenas el uso de sus idiomas originarios en todo proceso administrativo o judicial. Se requerirá del nombramiento de un intérprete, a los fines de prestar testimonios, declaraciones o cualquier otro acto del proceso. Los actos que hayan sido efectuados sin la presencia del intérprete serán nulos.

De los informes periciales

Artículo 140. En los procesos judiciales en que sean parte los pueblos y comunidades indígenas o sus miembros, el órgano judicial respectivo deberá contar con un informe socio-antropológico y un informe de la autoridad indígena o la organización indígena representativa, que ilustre sobre la cultura y el derecho indígena. El informe socio-antropológico estará a cargo del ente ejecutor de la política indígena del país o profesional idóneo.

Del juzgamiento penal

Artículo 141. En los procesos penales que involucren indígenas se respetarán las siguientes reglas:

1. No se perseguirá penalmente a indígenas por hechos tipificados como delitos, cuando en su cultura y derecho estos actos sean permitidos, siempre que no sean incompatibles con los derechos fundamentales establecidos en la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela, los tratados, pactos y convenciones internacionales suscritos y ratificados por la República.
2. Los jueces, al momento de dictar sentencia definitiva o cualquier medida preventiva, deberán considerar las condiciones socioeconómicas y culturales de los indígenas, y decidir conforme a los principios de justicia y equidad. En todo caso, éstos procurarán establecer penas distintas al encarcelamiento que permitan la reinserción del indígena a su medio sociocultural.
3. El Estado dispondrá en los establecimientos penales en los estados con población indígena, de espacios especiales de reclusión para los indígenas, así como del personal con conocimientos en materia indígena para su atención.

ANEXO IV

Ley de Deslinde Jurisdiccional de Bolivia

Promulgada en fecha 29/12/2010

**LA ASAMBLEA LEGISLATIVA PLURINACIONAL,
D E C R E T A:**

LEY DE DESLINDE JURISDICCIONAL

CAPÍTULO I

DISPOSICIONES GENERALES

Artículo 1. (OBJETO). La presente Ley tiene por objeto regular los ámbitos de vigencia, dispuestos en la Constitución Política del Estado, entre la jurisdicción indígena originaria campesina y las otras jurisdicciones reconocidas constitucionalmente; y determinar los mecanismos de coordinación y cooperación entre estas jurisdicciones, en el marco del pluralismo jurídico.

Artículo 2. (MARCO CONSTITUCIONAL).

I. Dada la existencia pre colonial de las naciones y pueblos indígena originario campesinos y su dominio ancestral sobre sus territorios, se garantiza su libre determinación en el marco de la unidad del Estado, que consiste en su derecho a la autonomía, al autogobierno, a su cultura, al reconocimiento de sus instituciones y a la consolidación de sus entidades territoriales.

II. La presente Ley se fundamenta en la Constitución Política del Estado, la Ley N° 1257 que ratifica el Convenio 169 de la Organización Internacional del Trabajo, la Ley N° 3897 de 26 de junio de 2008, que eleva a rango de Ley la Declaración de las Naciones Unidas sobre los Derechos de los Pueblos Indígenas y demás instrumentos internacionales de Derechos Humanos aplicables.

Artículo 3. (IGUALDAD JERÁRQUICA). La función judicial es única. La jurisdicción indígena originaria campesina goza de igual jerarquía que la jurisdicción ordinaria, la jurisdicción agroambiental y otras jurisdicciones legalmente reconocidas.

Artículo 4. (PRINCIPIOS). Los principios que rigen la presente Ley son:

a) **Respeto a la unidad e integridad del Estado Plurinacional.** El ejercicio de las jurisdicciones constitucionalmente reconocidas, en el marco del pluralismo jurídico, tiene la finalidad de preservar la unidad y la integridad territorial del Estado Plurinacional;

b) **Relación espiritual entre las naciones y pueblos indígena originario campesinos y la Madre Tierra.** Las naciones y pueblos indígena originario campesinos tienen derecho a mantener y fortalecer su propia relación espiritual con sus tierras y territorios que tradicionalmente han poseído, ocupado, o utilizado y asumen las responsabilidades para con las generaciones venideras.

En el marco de sus cosmovisiones, las naciones y pueblos indígena originario campesinos mantienen una relación armoniosa, de complementariedad y respeto con la Madre Tierra;

c) **Diversidad cultural.** La diversidad cultural constituye la base esencial del Estado Plurinacional Comunitario. Todas las jurisdicciones constitucionalmente reconocidas deben respetar las diferentes identidades culturales;

d) **Interpretación intercultural.** Al momento de administrar e impartir justicia, las autoridades de las distintas jurisdicciones reconocidas constitucionalmente deben tomar en cuenta las diferentes identidades culturales del Estado Plurinacional;

e) **Pluralismo jurídico con igualdad jerárquica.** Se respeta y garantiza la coexistencia, convivencia e independencia de los diferentes sistemas jurídicos, dentro del Estado Plurinacional, en igualdad de jerarquía;

f) **Complementariedad.** Implica la concurrencia de esfuerzos e iniciativas de todas las jurisdicciones reconocidas constitucionalmente;

g) **Independencia.** Ninguna autoridad de una jurisdicción podrá tener injerencia sobre otra;

h) **Equidad e igualdad de género.** Todas las jurisdicciones reconocidas constitucionalmente, respetan, promueven, protegen y garantizan la igualdad entre hombres y mujeres, en el acceso a la justicia, el acceso a cargos o funciones, en la toma de decisiones, en el desarrollo del procedimiento de juzgamiento y la aplicación de sanciones;

i) **Igualdad de oportunidades.** Todas las jurisdicciones garantizan que las niñas, niños y adolescentes, jóvenes, adultos mayores y personas en situación de discapacidad,

CAPÍTULO II

DERECHOS FUNDAMENTALES Y GARANTÍAS CONSTITUCIONALES

Artículo 5. (RESPETO A LOS DERECHOS FUNDAMENTALES Y GARANTÍAS CONSTITUCIONALES).

I. Todas las jurisdicciones reconocidas constitucionalmente, respetan promueven y garantizan el derecho a la vida, y los demás derechos y garantías reconocidos por la Constitución Política del Estado.

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

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

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

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

Artículo 6. (PROHIBICIÓN DE LA PENA DE MUERTE). En estricta aplicación de la Constitución Política del Estado, está terminantemente

prohibida la pena de muerte bajo proceso penal en la justicia ordinaria por el delito de asesinato a quien la imponga, la consienta o la ejecute.

CAPÍTULO III

ÁMBITOS DE VIGENCIA DE LA JURISDICCIÓN INDÍGENA ORIGINARIA CAMPESINA

Artículo 7. (JURISDICCIÓN INDÍGENA ORIGINARIA CAMPESINA). Es la potestad que tienen las naciones y pueblos indígena originario campesinos de administrar justicia de acuerdo a su sistema de justicia propio y se ejerce por medio de sus autoridades, en el marco de lo establecido en la Constitución Política del Estado y la presente Ley.

Artículo 8. (ÁMBITOS DE VIGENCIA). La jurisdicción indígena originaria campesina se ejerce en los ámbitos de vigencia personal, material y territorial, cuando concurren simultáneamente.

Artículo 9. (ÁMBITO DE VIGENCIA PERSONAL). Están sujetos a la jurisdicción indígena originaria campesina los miembros de la respectiva nación o pueblo indígena originario campesino.

Artículo 10. (ÁMBITO DE VIGENCIA MATERIAL).

I. La jurisdicción indígena originaria campesina conoce los asuntos o conflictos que histórica y tradicionalmente conocieron bajo sus normas, procedimientos propios vigentes y saberes, de acuerdo a su libre determinación.

II. El ámbito de vigencia material de la jurisdicción indígena originaria campesina no alcanza a las siguientes materias:

a) En materia penal, los delitos contra el Derecho Internacional, los delitos por crímenes de lesa humanidad, los delitos contra la seguridad interna y externa del Estado, los delitos de terrorismo, los delitos tributarios y aduaneros, los delitos por corrupción o cualquier otro delito cuya víctima sea el Estado, trata y tráfico de personas, tráfico de armas y delitos de narcotráfico. Los delitos cometidos en contra de la integridad corporal de niños, niñas y adolescentes, los delitos de violación, asesinato u homicidio;

b) En materia civil, cualquier proceso en el cual sea parte o tercero interesado el Estado, a través de su administración central, descentralizada, desconcentrada, autonómica y lo relacionado al derecho propietario;

c) Derecho Laboral, Derecho de la Seguridad Social, Derecho Tributario, Derecho Administrativo, Derecho Minero, Derecho de Hidrocarburos, Derecho Forestal, Derecho Informático, Derecho Internacional público y privado, y Derecho Agrario, excepto la distribución interna de tierras en las comunidades que tengan posesión legal o derecho propietario colectivo sobre las mismas;

d) Otras que estén reservadas por la Constitución Política del Estado y la Ley a las jurisdicciones ordinaria, agroambiental y otras reconocidas legalmente.

III. Los asuntos de conocimiento de la jurisdicción indígena originaria campesina, no podrán ser de conocimiento de la jurisdicción ordinaria, la agroambiental y las demás jurisdicciones legalmente reconocidas.

Artículo 11. (ÁMBITO DE VIGENCIA TERRITORIAL). El ámbito de vigencia territorial se aplica a las relaciones y hechos jurídicos que se realizan o cuyos efectos se producen dentro de la jurisdicción de un pueblo indígena originario campesino, siempre y cuando concurren los otros ámbitos de vigencia establecidos en la Constitución Política del Estado y en la presente Ley.

Artículo 12. (OBLIGATORIEDAD).

I. Las decisiones de las autoridades de la jurisdicción indígena originaria campesina son de cumplimiento obligatorio y serán acatadas por todas las personas y autoridades.

II. Las decisiones de las autoridades de la jurisdicción indígena originaria campesina son irrevisables por la jurisdicción ordinaria, la agroambiental y las otras legalmente reconocidas.

CAPÍTULO IV COORDINACIÓN Y COOPERACIÓN

Artículo 13. (COORDINACIÓN).

I. La jurisdicción indígena originaria campesina, la ordinaria, la agroambiental y las demás jurisdicciones legalmente reconocidas, en el marco del pluralismo jurídico, concertarán medios y esfuerzos para lograr la convivencia social armónica, el respeto a los derechos individuales y colectivos y la garantía efectiva del acceso a la justicia de manera individual, colectiva o comunitaria.

II. La coordinación entre todas las jurisdicciones podrá realizarse de forma oral o escrita, respetando sus particularidades.

Artículo 14. (MECANISMOS COORDINACIÓN). La coordinación entre las autoridades de las diferentes jurisdicciones podrá ser mediante el:

- a) Establecimiento de sistemas de acceso transparente a información sobre hechos y antecedentes de personas;
- b) Establecimiento de espacios de diálogo u otras formas, sobre la aplicación de los derechos humanos en sus resoluciones;
- c) Establecimiento de espacios de diálogo u otras formas para el intercambio de experiencias sobre los métodos de resolución de conflictos;
- d) Otros mecanismos de coordinación, que puedan emerger en función de la aplicación de la presente Ley.

Artículo 15. (COOPERACIÓN). La jurisdicción indígena originaria campesina, la ordinaria, la agroambiental y las demás jurisdicciones legalmente reconocidas, tienen el deber de cooperarse mutuamente, para el cumplimiento y realización de sus fines y objetivos.

Artículo 16. (MECANISMOS DE COOPERACIÓN).

I. Los mecanismos de cooperación se desarrollarán en condiciones de equidad, transparencia, solidaridad, participación y control social, celeridad, oportunidad y gratuidad.

II. Son mecanismos de cooperación:

- a) Las autoridades jurisdiccionales y las autoridades del Ministerio Público, Policía

Boliviana, Régimen Penitenciario u otras instituciones, deben prestar inmediata cooperación y proporcionarán los antecedentes del caso a las autoridades de la jurisdicción indígena originaria campesina cuando éstas la soliciten;

b) Las autoridades de la jurisdicción indígena originaria campesina prestarán cooperación a las autoridades de la jurisdicción ordinaria, de la agroambiental y de las otras jurisdicciones legalmente reconocidas;

c) La remisión de la información y antecedentes de los asuntos o conflictos entre la jurisdicción indígena originaria campesina y las demás jurisdicciones;

d) Otros mecanismos de cooperación, que puedan emerger en función de la aplicación de la presente Ley.

Artículo 17. (OBLIGACIÓN DE COORDINACIÓN Y COOPERACIÓN).

Las autoridades de todas las jurisdicciones no podrán omitir el deber de coordinación y cooperación. Esta omisión será sancionada como falta grave disciplinaria en la jurisdicción ordinaria, la agroambiental y las especiales; y en el caso de la jurisdicción indígena originaria campesina, de acuerdo a sus normas y procedimientos propios.

DISPOSICIÓN FINAL

ÚNICA. La presente Ley se traducirá, publicará y difundirá en todos los idiomas de las naciones y pueblos indígena originario campesinos del Estado Plurinacional de Bolivia.

DISPOSICIÓN DEROGATORIA Y ABROGATORIA

ÚNICA. Quedan derogadas y abrogadas todas las disposiciones jurídicas contrarias a la presente Ley.

ANEXO V

Estimación de la Población Indígena en América Latina

(en millones de habitantes)

	POBLACION	POBLACION NACIONAL	POBLACION INDIGENA	%
Más del 40%	1. Bolivia	6.9	4.9	71.00
	2. Guatemala	8.0	5.3	66.00
	3. Perú	20.0	9.3	47.00
	4. Ecuador	9.5	4.1	43.00
Totales de estos países		44.4	23.6	53.00
Del 5% al 20%	5. Belice	0.15	0.029	19.00
	6. Honduras	4.8	0.70	15.00
	7. México	85.0	12.00	14.00
	8. Chile	12.0	1.0	8.00
	9. El Salvador	5.5	0.4	7.00
	10. Guayana	0.8	0.045	6.00
	11. Panamá	2.2	0.014	6.00
	12. Surinam	0.5	0.03	6.00
	13. Nicaragua	3.5	0.16	5.00
Totales de estos países		114.45	14.504	13.00
	14. Guay. Franc.	0.10	0.004	4.00
	15. Paraguay	3.50	0.100	3.00
	16. Colombia	30.00	0.60	2.00

Del 1% al 4%	17. Venezuela	18.00	0.40	2.00
	18. Jamaica	2.40	0.048	2.00
	19. Puerto Rico	3.60	0.072	2.00
	20. Trind. Tobg.	0.010.08	0.0002	2.00
	21. Dominica	2.70	0.002	2.00
	22. Costa Rica	0.36	0.035	1.00
	23. Guadalupe	0.28	0.004	1.00
	24. Barbados	0.25	0.003	1.00
	25. Bahamas	0.10	0.003	1.00
	26. Martinica	0.0730.00	0.001	1.00
	27. Ant. y Barb		0.001	1.00
	28. Argentina		0.350	1.00
Totales de estos países		91.46	1.6232	2.00
Del .01% al 0.9%	29. Brasil	140.0	0.3	0.20
	30. Uruguay	2.5	0.004	0.016
Totales de estos países		142.5	0.3004	0.21
	31. Canadá	25.0	0.350	1.40
	32. E.U.A.	245.0	1.6	0.65
Totales de estos países		270.0	1.950	0.70
TOTAL GENERAL		662.807.000	41.977.600	6.33

Fuente: Organización Internacional del Trabajo

<http://www.oit.or.cr/mdtsanjo/indig/cuadro.htm>

ANEXO VI

DIVORCIO

Tema: Arreglo por divorcio según Ley Wayuu
Fuente: Oficina de Asuntos Indígenas de Uribia Guajira
Fecha: 29 de Agosto de 1.989
Categoría: Decisión Indígena Divorcio Ley Wayuu

DIVORCIO

El día 29 de Agosto de 1.989, nos reunimos en el despacho de la Protección de Uribia los señores Enrique Ipuana en representación de su familia y Ana Pushiana también en representación de su hija y en el cual se llegó al DIVORCIO entre las parejas MANUEL JUSAYU y ENILDA PUSHAINA y en el cual se llegó al siguiente acuerdo:

El día MARTES 17 DE OCTUBRE DE 1.989 los familiares de Enilda Pushaina entregarán a los familiares de Manuel Jusayu lo siguiente:

\$50.000,00 pesos en efectivo

1 Collar

Quedando la pareja divorciada y comprometiéndose ambas familias a respetarse mutuamente y a vivir en sana paz.

ENRIQUEU IPUANA

ANA PUSHAINA

MANUEL JUSAYU

ENILDA PUSHAINA

TESTIGOS

SANCHEZ IPUANA

VICTOR ALMAZO

NOTA: Se entregó \$40.000,00 pesos en efectivo, Dos (2) chivos por los \$10.000,00 pesos restantes y un (1) Collar.

Fuente: http://www.ramajudicial.gov.co/csj_portal/jei/buscador_decision/

ANEXO VII

XXX ACTA DE ACUERDO (Marzo 16 de 2003)

Tema: Separación conyugal según Ley Wayyú

Fuente: Comunidad Wayuú Resguardo Alta y Media Guajira Municipio de Manaure

Fecha: Marzo 16 de 2003

Categoría: Acta de acuerdo

REPÚBLICA DE COLOMBIA
DEPARTAMENTO DE LA GUAJIRA
RESGUARDO ALTA Y MEDIA GUAJIRA
MUNICIPIO DE MANAURE

ACTA DE ACUERDO
(Marzo 16 2003)

Acta de separación conyugal:

1. Wayú su cónyuge NURIS MARTINEZ la suma de Dos Millones de Pesos M/L (\$2'000.000,00).
2. Que la suma ofrecida será cancelada en dos (2) partes iguales en la siguiente forma:
 - ❖ Hoy 16 de marzo de 2003 se entrega Un Millón de Pesos en efectivo (\$1'000.000,00).
 - ❖ El restante Un Millón de Pesos (\$1'000.000,00), en efectivo será entregada el día 16 de junio del presente año.
3. La familia ARPUSHANA representada por la Autoridad Indígena MARIO ARPUSHA, aceptan las condiciones y cantidades propuestas.

4. Que a partir de la fecha queda subsanados todos los impaces suscitados y ambas familias se comprometen en paz y convivir en armonía.

Para constancia se firma por quienes intervinieron.

ENTREGA:

RECIBE:

BETSY MONTENEGRO RAMÍREZ
C.C. No. 40.922.877 Riohacha
Riohacha

MARIO ARPUSHANA
C.C. No. 5.143.306

GARANTE:

GERMAN AGUILAR
Jefe Unidad Asuntos Indígenas

Fuente: http://www.ramajudicial.gov.co/csj_portal/jei/buscador_decision/

ANEXO VIII

ACTA DE ACUERDO (Abril 01-2003)

Tema: Pago a mujer por separación conyugal por Ley Wayúu

Fuente: Unidad Asuntos Indígenas, Municipio de Riohacha

Fecha: Abril 01 de 2003

Categoría: Acta de acuerdo

**REPÚBLICA DE COLOMBIA
DEPARTAMENTO DE LA GUAJIRA
ALCALDÍA MAYOR DE RIOHACHA
UNIDAD DE ASUNTOS INDÍGENAS**

ACTA DE ACUERDO

(Abril 01-2003)

En la Casa de Justicia, Municipio de Riohacha Departamento de la Guajira siendo aproximadamente 1:00 P.M. del día 1° de Abril de 2003, se reunieron los señores GUILLERMO BOURLIYU, identificado con la Cédula No. 17.800.700, expedida en Riohacha y MANUEL GAMEZ GUARDIA, identificado con la C.C. No. 77.005.412 de Valledupar, en presencia del señor GERMAN AGUILAR EPIEYU, Jefe de la Unidad de Asuntos Indígenas del Municipio de Riohacha, con el fin de concertar y acordar los puntos a conciliar relacionado a una situación conyugal de una Wayúu indígena de 16 años y el hijo del señor MANUEL GAMEZ, JHEISON GAMEZ URUBUETA.

Una vez ampliada y analizada los argumentos de cada una de las partes, se tomaron las siguientes bases:

El señor GUILLERMO BOURIYÚ exige una indemnización de conformidad a los usos y costumbres de los Wayúu en su propio sistema aplicable en este caso hasta por la suma de (\$5'000.000) Cinco Millones de Pesos.

Por otra parte el señor MANUEL GAMEZ en representación de su hijo JHEISON GAMEZ propone como una alternativa de solución de reconocerle una cantidad hasta por la suma de \$2'000.000, que es su máxima capacidad económica de él y de su familia.

En virtud de lo anterior,

ACUERDAN:

1. Que el señor MANUEL GAMEZ se compromete a cancelar la suma de Dos Millones de Pesos (\$2'000.000) de lo cual se canceló \$500.000 (Quinientos Mil Pesos el día 28 de Marzo de 2003 quedando un saldo de \$1'500.000 (Un Millón quinientos Mil Pesos) para pagar en la medida que se vaya consiguiendo con su trabajo.
2. Que el señor GUILLERMO BOURIYU aceptó la propuesta y en las condiciones que propuso el señor MANUEL GAMEZ y su familia.
3. Que el joven JHEISON GAMEZ asumirá su responsabilidad legal como paterno en asistencia alimentaria al bebé que se espera y no se exime de su responsabilidad general.

Para constancia se firma por quienes intervienen.

MANUEL GAMEZ
C.C. No. 17.905.412 de Valledupar
Riohacha

GUILLERMO GOWRIYU
C.C. No. 17.800.700 de

TESTIGOS:

CLAUDIA EPIEYU
EPIEYU
C.C. No. 17.855.116 de Manaure
Indígenas

GERMAN AGUILAR
Jefe Unidad de Asuntos

Fuente: http://www.ramajudicial.gov.co/csj_portal/jei/buscador_decision/