

Algunas notas sobre el fuero indígena y la jurisdicción especial indígena

Some notes on indigenous law and special indigenous jurisdiction

PROF. DRA. MARÍA DEL ÁNGEL IGLESIAS
UNIR, Universidad Internacional de La Rioja

Recibido:25.10.2022/Aceptado:24.11.2022

DOI: 10.20318/cdt.2023.7547

Resumen: El reconocimiento de los derechos de los pueblos indígenas conduce, en su necesaria evolución, al del fuero especial indígena y, con él, al de una jurisdicción especial entendida como la facultad de administrar justicia en las diferentes ramas del derecho, de acuerdo con unos usos y costumbres ancestrales, unas normas y procedimientos propios y, en definitiva, un sistema particular. Ello supone que, junto al derecho estatal, existe una suerte de excepcionalidad cuando se dan determinados requisitos que estas líneas abordan, y que en su aplicación ponen de manifiesto problemas relativos a la competencia y a la ley aplicable, y al reconocimiento de las decisiones dictadas en sede especial; excepción que tiene sus primeros límites objetivos en la afectación de la Constitución, de los derechos humanos y del orden público. Todo ello, partiendo del reconocimiento del pluralismo jurídico, de la pluralidad étnica, de la multiculturalidad e identificación cultural y de la libre determinación de los pueblos entendida dentro del respeto a la soberanía e integridad del Estado.

Palabras clave: Jurisdicción Especial Indígena, Pluralismo jurídico, Ley aplicable, Fuero indígena, Interés nacional afectado.

Abstract: The recognition of the rights of indigenous peoples leads, in its necessary evolution, to the recognition of a particular indigenous jurisdiction, understood as the power to administer justice in the different branches of law, following ancestral uses and customs, their own rules and procedures and, in short, a certain legislation. It implies that, together with state law, there is a kind of exceptionality when specific requirements are met, which these lines address. Its application reveals problems relating to jurisdiction and the applicable law, and the recognition of the decisions issued in a particular venue; an exception that has its objective limits in the affectation of the Constitution, human rights and public order. All this is based on the recognition of legal pluralism, ethnic plurality, multiculturalism, and cultural identification and self-determination of peoples understood within the respect for the sovereignty and integrity of the State.

Keywords: special indigenous jurisdiction, legal pluralism, applicable law, indigenous jurisdiction, national interest.

Sumario: I. Introducción. II. El reconocimiento de la identidad cultural como base del reconocimiento del fuero especial indígena. III. Panorama general del reconocimiento legal (y jurisprudencial) de un derecho propio de los pueblos indígenas. IV. El fuero indígena. 1. Concepto y caracteres. 2. Elementos para su aplicación. 3. El elemento subjetivo, el estatus de indígena: problemas de aplicación. 4. El elemento geográfico. V. Límites de la aplicación del derecho indígena. 1. La primacía de la Constitución y la observancia de los derechos humanos. 2. Límite material del fuero especial indígena. VI. La Jurisdicción especial indígena. 1. Aproximación conceptual. 2. Sistema organizativo. 3. El reconocimiento de decisiones y sus límites. VII. Ideas finales.

I. Introducción

Nosotros no dependemos de una Ley normativa, sino una ley de origen, que nos fue legada desde antes; [...] La libre determinación, desde nuestra concepción, no se puede limitar solamente a un documento escrito impuesto desde las comprensiones y el derecho no indígena [...] “nos regimos por leyes y códigos diferentes, nuestros mandatos vienen desde el origen del mundo, los cuales nos orientan nuestro comportamiento en los territorios donde nos dejó el Padre Creador; así como establecen las formas de interrelación con todos los seres existentes en el mundo [...] Nosotros nos regimos por la palabra, por los sueños, por signos, por otras formas de ser y estar en el mundo”¹.

1. La existencia de Estados en los que coexisten diferentes ordenamientos denominados plurilegislativos no es un fenómeno infrecuente en los sistemas jurídicos actuales, lo que puede deberse a particulares estructuras territoriales (como la española) o diferencias *ratione personae*². Ello origina problemas relativos a la determinación de la autoridad llamada a conocer del asunto planteado y de las normas aplicables para resolver el fondo de la cuestión, así como del reconocimiento de las decisiones adoptadas por aquella, fenómeno que es bien conocido en el derecho internacional privado y en el derecho interregional.

Dentro del segundo grupo de ordenamientos mencionados con la diferencia por razón de la persona (Estados con diferente base personal) situamos el fuero especial indígena y su jurisdicción. Como recordó la Corte Constitucional de Colombia en la sentencia T-1105-08³, los derechos de las comunidades indígenas no pueden ser confundidos con los derechos colectivos de otros grupos humanos, a la vez que consideró que estas son un “verdadero sujeto colectivo y no ... una sumatoria de individuos particulares que comparten una serie de derechos o intereses difusos”, poniendo de relieve que existen unos derechos distintos, de las comunidades indígenas, que no son asimilables a los derechos colectivos de otros grupos humanos.

2. Las comunidades indígenas son, en sí mismas, sujetos de derechos fundamentales. “La comunidad indígena ha dejado de ser solamente una realidad fáctica y legal para pasar a ser ‘sujeto’ de derechos fundamentales”. De ello da muestra la doctrina y la jurisprudencia⁴. Y, así, del desarrollo de esta realidad y, con ella, del derecho a la libre determinación de estos pueblos y del reconocimiento de una identidad particular con una cultura propia y su práctica (con todo lo que ello implica), deriva el derecho a que ahora hacemos referencia, el fuero indígena.

Estas afirmaciones no serían posible sin una amplia comprensión de lo que signifique, de un lado, el hecho y la identidad cultural indígena, de su alcance y sus implicaciones, y, de otro, del desarrollo del principio de la libre determinación de los pueblos que “begins ans ends with theat of secession and dismemberment of the state⁵” concretándose fundamentalmente en el derecho a la autonomía o autogobierno, a tener sus propias instituciones, controlar sus territorios, recursos, mantener un determinado orden político, social y cultural sin interferencia externa, estableciendo las relaciones con la sociedad “dominante” y el Estado sobre la base del consentimiento⁶. “Control and consent are the principal concepts underlying this approach⁷”.

¹ COMISIÓN INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS. “Derecho a la libre determinación de los Pueblos Indígenas y Tribales”. OEA/Ser.L/V/II. Doc. 413 de 28 diciembre 2021, p. 31.

² Sobre los ordenamientos jurídicos plurilegislativos y sus clases, vid. A.L CALVO CARAVACA y J. CARRASCOSA GONZÁLEZ, (DIRS.) *Tratado de Derecho Internacional privado*. Tomo 1, pp.634 y ss. Tirant lo Blanch, 2020.

³ CORTE CONSTITUCIONAL DE COLOMBIA. Sentencia de 6 de noviembre de 2008. La Corte Interamericana de Derechos Humanos (Corte IDH) utiliza la letra “T” para identificar las acciones constitucionales de tutela y la letra “H” para las decisiones de hábeas corpus. REPÚBLICA DE COLOMBIA. CORTE SUPREMA DE JUSTICIA. Circular 04 de 2014, pág. 2.

⁴ CORTE CONSTITUCIONAL COLOMBIANA, sentencia T-380 de 1993. En este mismo sentido, apoyándose en los artículos 1, 83, 84 y 191 de la Constitución de Ecuador, se pronuncia R. LLASAG FERNÁNDEZ, en “Jurisdicción y competencia en el derecho indígena o consuetudinario”.

⁵ H. R BERMAN, O. LYONS y R. A. FALK, (1993). *Indigenous Peoples and the Right to Self-Determination*. Proceedings of the Annual Meeting (American Society of International Law), 87, 190–204. p. 190.

⁶ Sobre la cuestión, ver la reciente publicación (Informe) de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos “Derecho a la libre determinación de los Pueblos Indígenas y Tribales”.

⁷ H. R BERMAN, O. LYONS y R. A. FALK, cit, p. 191.

3. Debemos precisar, necesariamente, que en este trabajo nos centramos, principalmente, en el área hispanoamericana donde destaca, diríamos notablemente, el caso de Colombia, al haber pronunciado su Corte Constitucional el mayor número de sentencias, invocadas, después, por otros Estados. Las razones van desde la de ser el ámbito más cercano a nuestra historia, hasta la de ser el espacio donde encontramos un mayor desarrollo legal, jurisprudencial y doctrinal en la materia. Por lo que se refiere a la estructura de esta contribución y aunque el orden competencia-ley aplicable-reconocimiento se nos revele el orden lógico de exposición, al tratar esta cuestión del fuero indígena no podemos sino comenzar por la determinación del fuero y su alcance personal, material, geográfico y de otro orden, ya que la determinación de estos es fundamental para ponderar la cuestión de la jurisdicción de forma más acertada.

4. Así, después de establecer el marco legal en que este pluralismo jurídico “ordinario-indígena” halla su base jurídica, pasaremos a analizar el reconocimiento del fuero indígena en el orden interno de los Estados donde ha alcanzado rango constitucional, sin perjuicio de destacar otros en que parece encontrarse en fase de desarrollo y donde existen problemas de calado, para detenernos después en el fuero, su concepto, sus elementos, las materias que abarca y los límites en cuanto a su aplicación para tratar, a continuación, la cuestión de las autoridades llamadas a impartir la justicia especial indígena y el reconocimiento de sus decisiones; ello, tras una breve, pero necesaria y previa referencia a la identidad cultural, en cuyo reconocimiento encontramos “la base de las bases”: “two key concepts in international human rights law that build the protection of indigenous peoples: cultural identity and self-determination” señala M. MONTEIRO DE MATOS⁸.

II. El reconocimiento de la identidad cultural como base del reconocimiento del fuero especial indígena

5. La identidad cultural no es sino un reflejo directo del principio de dignidad humana. “Human Rights inherently invoke a challenge in the analysis of identity-formation and cultural heterogeneity dynamics, which are significant in the contemporary global democratic politics⁹”. El respeto a aquella pasa por garantizar que toda persona tiene el derecho “a identificarse con uno o varios pueblos y a no ser asimilado, en contra de su voluntad, a una determinada comunidad o cultura”. Es “un derecho síntesis que abarca tanto derechos individuales como colectivos¹⁰”.

En la sentencia T-1105/08, antes mencionada, la Corte Constitucional de Colombia afirmó que (la identidad cultural) “se proyecta en dos dimensiones: una colectiva y otra individual¹¹”; según la Corte, el sujeto del derecho es la comunidad dotada de singularidad propia, lo que no supone “que no se deban garantizar las manifestaciones individuales de dicha identidad, ya que la protección del individuo puede ser necesaria para la materialización del derecho colectivo del pueblo indígena al cual pertenece¹²”. De forma similar la Suprema Corte de Justicia mexicana se pronunció, entre otras en el recurso Amparo Directo 6/2018¹³. Con esta doble visión se logra amparar tanto al grupo, comunidad como sujeto de derecho, como a quienes lo integran

⁸ M. MONTEIRO DE MATOS, “Cultural Identity and Self-Determination as Key Concepts in Concurring Legal Frameworks for the International Protection of the Rights of Indigenous Peoples”, *Cultural Heritage and International Law*. E. Lagrange et al. (eds.), Springer International Publishing AG, part of Springer Nature 2018, p. 273. Ver también Lee, H. (2012). THE IDENTITY ARGUMENT FOR NATIONAL SELF-DETERMINATION. *Public Affairs Quarterly*, 26(2), 123–139.

⁹ D. PANDE Y M. JHA, M. Cultural Identity and Human Rights: Minority Claims, Ethnic Identity and Group Rights. *Open Journal of Political Science*, 6, 351-362. doi: 10.4236/ojps.2016.64032.

¹⁰ Vid., para 106 del Documento conjunto CIDH y IWGIA. La identidad cultural es un derecho fundamental de naturaleza tanto individual como colectiva; Corte IDH. *Caso Pueblo Indígena Kichwa de Sarayaku vs. Ecuador*. Fondo y reparaciones. Sentencia de 27 de junio de 2012, párr. 217.

¹¹ CORTE CONSTITUCIONAL DE COLOMBIA. Sentencia de 6 de noviembre de 2008, cit. párr. 25.

¹² CORTE CONSTITUCIONAL DE COLOMBIA. Sentencia T-778-05 de 27 de julio de 2005, punto 4.2.

¹³ SUPREMA CORTE DE JUSTICIA DE LA NACIÓN, México. Primera Sala. Recurso de Amparo Directo 6/2028, para 64, p. 28.

6. En esta consideración de derecho fundamental de la identidad cultural de la persona, comprendemos que esta no se proyecte sólo en el territorio de la comunidad sino allá donde el individuo despliega sus acciones¹⁴. Parece que, de lo contrario, de constreñir su ejercicio a aquel lugar determinado podría conducir a situaciones de segregación y exclusión. Y, puesto que partimos del reconocimiento de la diversidad cultural de las personas y de los grupos y su tratamiento en igualdad entendemos tal extensión. No obstante, diferenciamos el derecho individual de otros derechos de carácter colectivo, que sí se circunscriben al territorio en que el grupo habita; en este sentido, mencionemos a modo de ejemplo, el consentimiento previo libre e informado, el derecho a ser consultados en las actividades que se llevan a cabo en sus tierras.¹⁵ La Corte Interamericana de Derechos Humanos (Corte IDH) tuvo oportunidad de afirmar esta proyección extraterritorial, *ad ex.*, en el *asunto Saramaka*, de 2007¹⁶.

7. Más allá de la mera declaración de un derecho, el reconocimiento jurídico en los órdenes internos es una cuestión que ha sido objeto de tratamiento por los tribunales y, así, la Corte Constitucional Colombiana, mediante una profunda y amplia comprensión de lo que significa el derecho a la cultura, a la identidad cultural, ha determinado, que la competencia para juzgar o el derecho que les es aplicable, puede ser ese derecho determinado, concreto, que deriva de su autoidentificación como indígena.

8. Hasta que no ha habido un reconocimiento de ese derecho humano a una identidad cultural propia, a ejercer una cultura determinada por parte de un grupo que comparte valores comunes, el derecho de los pueblos indígenas no se ha desarrollado en la forma adecuada a sus naturales exigencias. En el apartado siguiente expondremos el desarrollo de este derecho.

III. Panorama general del reconocimiento legal (y jurisprudencial) de un derecho propio de los pueblos indígenas

9. En el orden internacional, el derecho de los pueblos y comunidades indígenas disfruta de un reconocimiento relativamente nuevo en el tiempo. El artículo 1 (común) del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos (PIDCP) de 1966 y del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales (PIDESC) del mismo año, afirma el derecho de los pueblos indígenas a determinar libremente su condición política y perseguir libremente su desarrollo económico, social y cultural; el Convenio 169 de la OIT¹⁷, texto específico sobre los derechos de estos pueblos, proclama la obligación de los Estados parte de tomar en consideración las costumbres o el derecho consuetudinario de los pueblos y comunidades indígenas o el derecho de conservarlos, así como sus instituciones, con el establecimiento de “procedimientos para solucionar los conflictos que puedan surgir en la aplicación de este principio” en los artículos 7 a 10...”. Además, existen procedimientos específicos para las sanciones y su cumplimiento derivadas del orden penal¹⁸, si bien, en su evolución, esta jurisdicción alcanza otros órdenes, como más adelante comprobaremos.

10. Por lo que se refiere a otros textos internacionales, la Declaración de las Naciones Unidas sobre los derechos de los pueblos indígenas¹⁹, de carácter de *soft law*, inserta este derecho y, así, el artículo

¹⁴ Al respecto de “territorio”, este puede estar situado en más de un Estado. Las delimitaciones estatales no coinciden con las indígenas, lo que no deja de plantear un problema adicional al estar sometidas a más de una legislación estatal. En el ámbito europeo, los Sami habitan en la parte más septentrional, en Noruega, Suecia, Finlandia y la Federación Rusa.

¹⁵ En este sentido, *vid.* la sentencia de la CORTE CONSTITUCIONAL COLOMBIANA T-778-05 de 27 de julio de 2005.

¹⁶ CORTE IDH. *Caso del Pueblo Saramaka vs. Surinam* (Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas). Sentencia de 28 de noviembre de 2007, Serie C, núm. 172, párr. 164.

¹⁷ ORGANIZACIÓN INTERNACIONAL DEL TRABAJO. C169 - Indigenous and Tribal Peoples Convention, 1989 (no. 169). Conectando con la idea anterior cuando hemos mencionado “naturales” recordemos que el primer gran Convenio, C 107 Convenio sobre poblaciones indígenas y tribales, 1957, “de la Organización Internacional del Trabajo, fracasó por tener un carácter asimilador e integrador.

¹⁸ Ver artículos 9.2 y 10 del Convenio OIT 169.

¹⁹ NACIONES UNIDAS. Asamblea General. Declaración de las Naciones Unidas sobre los derechos de los pueblos indígenas. A/RES/61/295. Resolución 61/295, de 13 de septiembre de 2007.

culo 5 reza que “los pueblos indígenas tienen derecho a conservar y reforzar sus propias instituciones ... jurídicas” y el artículo 34 proclama que los pueblos indígenas tienen el 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”.

11. En un ámbito más restringido, la Declaración Americana Sobre los Derechos de los Pueblos Indígenas de 2016²⁰ proclama, en el artículo VI, el derecho a sus sistemas o instituciones jurídicas y titula el artículo XXII “Derecho y jurisdicción indígena”²¹. La Convención Americana de Derechos Humanos no contiene un derecho explícito al fuero indígena y a la jurisdicción especial indígena, pero han sido reconocidos por la Corte IDH al analizar, *ad. ex.*, la personalidad jurídica del artículo 3 o el artículo 21 (propiedad privada) y, en general, merced a una interpretación amplia del *corpus iuris* de los derechos humanos.

12. La Corte ha hecho un reconocimiento del derecho propio de los pueblos y comunidades indígenas a través -fundamentalmente- de asuntos en que se planteaba el derecho a las tierras ancestrales. En el *asunto Yakye* de 2005²² hace referencia a sus tradiciones y expresiones orales, a sus costumbres, al derecho consuetudinario, filosofía y valores, lo que califica de patrimonio cultural inmaterial, resaltando la especial dependencia que se da entre los pueblos originarios y sus territorios que define sus modos de solución de conflictos.

13. En el *asunto Lhaka Honhat* de 2020²³ la Corte IDH señala en el párrafo 155 que la personalidad jurídica debe ser reconocida a las comunidades de modo que posibilite la adopción de decisiones sobre la tierra conforme a sus tradiciones y modos de organización. En el caso del sistema africano de protección de los derechos humanos, la Carta reconoce que los pueblos tienen el incuestionable e inalienable derecho a la autodeterminación en el artículo 20, derecho este que ha sido objeto de desarrollo en el *asunto Ogiek*. Se trata de un texto que integra un catálogo de derechos individuales y colectivos. Finalmente, en el caso europeo, si algo caracteriza al Tribunal Europeo de Derechos Humanos, hasta ahora, es la escasa/nula atención prestada a los problemas, en general, de las comunidades indígenas europeas²⁴.

14. Por lo que se refiere al derecho interno, no todos los Estados donde existen pueblos y comunidades indígenas reconocen este derecho en sus Constituciones (como no todos son parte en el Convenio OIT núm. 169, ni votaron o se han adherido, posteriormente, a la Resolución por la que se aprueba la Declaración de 2007²⁵). Si bien las posturas pueden, después, describir otro escenario interno ante la reacia actitud de compromiso con el Derecho internacional mostrada por algunos Estados, no cabe duda de que su inserción en las cartas magnas suponen un estadio de extraordinaria importancia en aras al reconocimiento de lo que no es sino un derecho derivado de la afirmación del “otro”, de su identidad cultural particular y del derecho a la libre determinación, entendida esta como derecho al autogobierno, respetando siempre la soberanía e integridad territorial, como claramente señalara, entre otros, la Corte

²⁰ NACIONES UNIDAS. Asamblea General. Declaración Americana Sobre los Derechos de los Pueblos Indígenas. AG/RES. 2888 (XLVI-0/16), de 15 de junio de 2016.

²¹ A la Convención Americana de Derechos y Deberes del Hombre de 1978 se hará referencia más adelante especialmente al tratar el sistema regional de la región.

²² CORTE IDH. *Caso Comunidad Indígena Yakye Axa vs. Paraguay* (Fondo, Reparaciones y Costas). Sentencia de 17 de junio de 2005. Serie C No. 125, párr. 154.

²³ CORTE IDH. *Caso Comunidades Indígenas Miembros de la Asociación Lhaka Honhat (Nuestra Tierra) Vs. Argentina*. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 6 de febrero de 2020. Serie C No. 400., Párrafo 155.

²⁴ IGLESIAS VÁZQUEZ M.A. “El hecho religioso en las comunidades indígenas y la jurisprudencia de los tribunales regionales de protección de los derechos humanos. Especial referencia a Europa” *Anuario de derecho eclesiástico del Estado*, Núm. 33, 2017, pp. 461-494, p. 480.

²⁵ Los Estados que votaron a favor y en contra se encuentran listados en <https://digitallibrary.un.org/record/609197?ln=en>.

Africana y de los Pueblos en el mencionado *asunto Ogiek* o la Comisión Interamericana de Derechos Humanos (CIDH)²⁶.

15. El área iberoamericana, como antes se señaló, se muestra como el espacio donde este reconocimiento ha logrado una mayor acogida, insertándose *ad ex.* en las Constituciones de Argentina²⁷, Bolivia²⁸, Brasil²⁹, Colombia³⁰ Ecuador³¹ México³², Perú³³ o Venezuela³⁴. En otras áreas y sin ánimo de ser, en este punto, exhaustivos, señalemos que la Constitución sudafricana reconoce el derecho indígena, de carácter consuetudinario y que debe sujetarse a la Constitución, al orden público, a las normas de justicia natural y a la ley. En Papúa Nueva Guinea, la Constitución de 1975³⁵, tras afirmar “united in one nation” reconoce “the worthy customs and traditional wisdoms of our people—which have come down to us from generation to generation”³⁶. En Canadá se percibe una lenta evolución y si bien “there is an established rationale for the recognition of Indigenous law within the Canadian legal system”, no lo es menos que “(the) courts are still reluctant to acknowledge the authority of Indigenous law on the same basis as federal and provincial legislation”. Los asuntos *Whalen v. Fort McMurray No. 468 First Nation o Alexander v. Roseau River Anishinabe First Nation y Pastion v Dene Tha’ First Nation sirven de base a K. GUNN y C. O’NEIL* para afirmar que son una prueba de que “the Federal Court has begun to seriously engage with Indigenous law *as law*”³⁷. En el marco del proceso de reconciliación canadiense, en 2017 se aprobaron los *Principles Respecting the Government of Canada’s Relationship with Indigenous Peoples*³⁸. El primero de ellos ya reconoce el derecho al autogobierno. En Australia existe también un grado de reconocimiento en el sentido de que existen tribunales especializados en cuestiones indígenas, pero, en fin, no parece estar tan desarrollado como en el área hispana, espacio donde, considerado en general, existe no sólo un mayor número de habitantes indígenas sino, insistimos, un derecho bastante más evolucionado en cuanto a la atención a los derechos de estos pueblos, por más que no sea un “sistema perfecto”.

²⁶ AFRICAN COURT ON HUMAN AND PEOPLES’ RIGHTS. Application 006/2012, African Commission on Human and Peoples’ Rights v. Republic of Kenya, sentencia de 26 de mayo de 2017. En el para. 199 la Corte señala que “provided such groups or communities do not call into question the sovereignty and territorial integrity of the State without the latter’s consent. It would in fact be difficult to understand that the States which are the authors of the Charter intended, for example, to automatically recognize for the ethnic groups and communities that constitute their population, the right to self-determination and independence guaranteed under Article 20 (1) of the Charter, which in this case would amount to a veritable right to secession”. Ver, también, el trabajo de la COMISIÓN INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS, para. 77, citado en este trabajo en pie de página 1, en el que se dice “(a)simismo, respondiendo a esta preocupación, tanto la Declaración de la ONU como la OEA sobre pueblos indígenas contienen disposiciones que advierten que nada contenido en las mismas puede ser interpretada en el sentido de que autoriza o alienta acción alguna encaminada a quebrantar o menoscabar, total o parcialmente, la integridad territorial o la unidad política de Estados soberanos independientes”.

²⁷ Artículo 75.

²⁸ Cfr. arts. 1, 7, 32, 141 y 171. Constitución de 2009 del Estado Plurinacional de Bolivia.

²⁹ Cfr. art. 231.

³⁰ Cfr. art. 7 y 246. Constitución Política de Colombia.

³¹ Cfr. Capítulo IV. Constitución de la República del Ecuador. Disponible en <https://wipolex.wipo.int/es/legislation/results?countryOrgs=EC&typeOfText=204&last=true>.

³² Cfr. art. 2 que se alza como una suerte de pequeño código. Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos (texto refundido publicado en el Diario Oficial de la Federación el 28 de mayo de 2021).

³³ Cfr. arts. 2 y 149. Constitución Política del Perú.

³⁴ Cfr. arts. 1 y 260. Constitución de la República Bolivariana de Venezuela. Disponible en <https://wipolex.wipo.int/es/legislation/details/3981>.

³⁵ Papúa Nueva Guinea, Constitución de 1975.

³⁶ El artículo 172.2. de la Constitución de Papúa Nueva Guinea dice: “Courts established under Subsection (1) may include courts intended to deal with matters primarily by reference to custom or in accordance with customary procedures, or both. “custom” means the customs and usages of indigenous inhabitants of the country existing in relation to the matter in question at the time when and the place in relation to which the matter arises, regardless of whether or not the custom or usage has existed from time immemorial.

³⁷ K. GUNN y C. O’NEIL, “Indigenous Law & Canadian Court”, January 20, 2021.

³⁸ Pueden consultarse en <https://www.justice.gc.ca/eng/csj-sjc/principles-principes.html>.

IV. El fuero indígena

1. Concepto y caracteres

16. Por fuero indígena podemos entender, siguiendo a COLMENARES, el “conjunto de normas de tipo tradicional con valor cultural, no escritas ni codificadas, que están perpetradas en el tiempo y que son transmitidas oralmente por los miembros de una comunidad para luego ser reconocidas y compartidas por el grupo social³⁹”. RAMÍREZ RESTREPO identifica el fuero “con la compilación de normas y procedimientos especiales que regulan todo el escenario de las relaciones entre la sociedad nacional y los diferentes pueblos indígenas⁴⁰”. La Suprema Corte de Justicia mexicana señala que es “el derecho del que gozan los miembros de las comunidades indígenas a ser juzgados y resolver sus conflictos sobre un suceso determinado por parte de las autoridades de su propia comunidad”⁴¹. Ello, añadimos, según sus propias normas y costumbres.

Recordando el carácter que apuntábamos arriba de derecho fundamental, su finalidad es la de proteger la conciencia étnica del individuo y, junto a este carácter individual, la de erigirse en garantía para las comunidades indígenas al proteger su diversidad cultural. Apuntan DÍAZ OCAMPO y ANTÚNEZ SÁNCHEZ que se basan en los principios de solidaridad, reciprocidad y colectividad⁴².

17. Como caracteres, señala SAN MIGUEL MORA que es un derecho preexistente, coexistente, autónomo, independiente y alternativo⁴³, lo que puede predicarse en su conjunto, pues uno de los elementos comunes, a la vez que diferenciador, es el de que no existe un único derecho indígena sino tantos como pueblos e incluso comunidades. Común es el hecho de que se trata de normas no escritas (al menos en principio) basadas, reiteramos, en la tradición y en las costumbres y en esta señalada transmisión oral y generacional. El carácter de consuetudinario implica su aceptación como derecho materializado en la repetición de actos. SZPAK, señala que lo que es común a los pueblos indígenas y tribales es su (particular) sentido de la Justicia “They believe that the aim of justice is to restore peace and harmony within the community by achieving reconciliation of the perpetrator of a crime or a harm with the victim and community at large”⁴⁴.

18. Por lo que se refiere al carácter de preexistente, tanto la ley como la jurisprudencia o la doctrina reconocen que existían una serie de usos y costumbres a modo de normas antes de la aplicación de los diferentes derechos europeos⁴⁵ con los que, en adelante, coexistieron en muy diferentes niveles de intensidad y forma y que lo hacen actualmente con el fuero ordinario de cada uno de los Estados donde las comunidades indígenas se encuentran⁴⁶. El artículo 191 de la Constitución ecuatoriana señala ese carácter tradicional ancestral, lo que se aplica más allá del Estado Ecuatoriano. Las obras de Francisco de Vitoria, Francisco Suarez o Bartolomé de las Casas, nuestra propia historia, nos ofrece este rasgo de modo suficiente.

³⁹ R. COLMENARES OLIVAR “El derecho consuetudinario en Venezuela: balance y perspectivas” *Revista IIDH* [Vol. 41, p. 83 jurisdicción especial indígena Colmenares, p. 99.

⁴⁰ R.A. RAMÍREZ RESTREPO. “El fuero indígena en Colombia”. *Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM. Biblioteca Jurídica Virtual*. Instituto Interamericano de Derechos Humanos, 2013. p. 197.

⁴¹ SUPREMA CORTE DE JUSTICIA DE LA NACIÓN. México. Sala Primera. Amparo Directo 6/2018. Sentencia de 21 de noviembre de 2019, párr. 161.

⁴² E. DÍAZ OCAMPO Y A.I. ANTÚNEZ SÁNCHEZ, “El conflicto de competencia en la Justicia indígena del Ecuador” *Revista Temas Socio Jurídicos*, vol. 35, núm. 70, 2016, p. 101

⁴³ J. SAN MIGUEL MORA, “La consolidación de la jurisdicción indígena en México, en el siglo XXI. Interpretación y experiencia judicial desde la perspectiva de los derechos humanos. Realidad social y filosofía política con un enfoque diferenciado” *Revista IIDH. Vo. 65, 2017.*, pág. 326.

⁴⁴ A. SZPAK, “Indigenous justice systems and harmonisation with the ordinary justice system – information submitted to the Special Rapporteur on the Rights of Indigenous Peoples Some remarks on the Indigenous justice systems and coordination with the ordinary justice system”, 07.04.2019, p. 3.

⁴⁵ Con esta expresión queremos hacer una referencia amplia a las normas que diferentes Estados aplicaron. En algunos Estados, se les aplicó un “régimen de misiones y a los convenios que celebraran el gobierno y la autoridad eclesiástica”. Sobre esta cuestión, la sentencia 496-96 hace un breve, pero muy ilustrativo repaso en epígrafe 2.3.

⁴⁶ Podríamos señalar que es preexistente a todo y coexistente en parte.

19. Coexiste con el derecho común y sirve a los fines, específicos, de regular la convivencia entre los miembros del grupo determinado. En esta nota comprobamos ciertos problemas de “convivencia” que ha dado lugar a una rica casuística y la colocación de la norma suprema del Estado, de la Constitución (derecho ordinario), por encima de aquél. Coexiste y se diferencia, por ejemplo, en el concreto ámbito de la justicia penal en cuanto al fin que persigue el castigo o la pena o sanción que buscan la restauración de la armonía comunitaria y el resarcimiento del daño producido. REGALADO sostiene que “las penas, en la justicia comunitaria, no se detienen principalmente en la culpabilidad dolosa o subjetiva, los hechos son objetivos y las sanciones se aplican sobre la base de la confesión y el arrepentimiento⁴⁷”.

20. Está claro que el régimen de producción no puede compararse con el ordinario, toda vez que aquel es ancestral, basado en las costumbres particulares de estos pueblos, a la vez que vivo y evolutivo (como puede ser igualmente el ordinario). El carácter autónomo es señalado por COLMENARES quien recuerda, refiriéndose a Venezuela, que esta autonomía “había sido reconocida con anterioridad con la creación de la Ley de Misiones en 1915”⁴⁸. Además, el sistema de organización en cuanto a la elección de las autoridades llamadas a resolver conflictos es independiente y, en él, gozan de libertad y de reconocimiento por parte del orden ordinario que no puede intervenir en este sistema interno.

21. Por lo que se refiere, finalmente, a su carácter alternativo, este no significa libertad de acogerse a uno u otro, ni el aplicar el fuero o no, puede estar sometido a la voluntad de la autoridad indígena. La falta, en general, de leyes de coordinación entre fueros es un factor que influye enormemente. “El fuero especial indígena tiene como condición previa, la existencia de una autoridad comunitaria capaz de emitir un juicio conforme a un sistema jurídico tradicional”⁴⁹ y de unas normas aplicables al caso que se presente. Un indígena podría preferir acogerse a la jurisdicción nacional, cuando acredite, por ejemplo, que la indígena no está en condiciones de garantizar el debido proceso. Para la Corte Colombiana, resulta posible también, en ciertas circunstancias, imponer la jurisdicción indígena y, desde luego, procede ésta en conflictos internos en que actor y afectado, incluido el bien, son indígenas. De otra parte, sí existe la posibilidad de acudir a la vía ordinaria que, entonces, habrá de acomodarse a la realidad cultural de estos pueblos, en el caso del indígena residente en grandes urbes en México⁵⁰.

2. Elementos para su aplicación

22. A efectos de establecer cuándo se aplica el fuero indígena, la sentencia de la Corte Constitucional colombiana T-975-14⁵¹ recordó que, de acuerdo con su jurisprudencia, son varios los elementos a ponderar: el subjetivo, el orgánico o institucional, el elemento geográfico y el objetivo. Entiende que para que este sistema despliegue su fuerza, deben concurrir:

- a) un elemento humano, es decir un sujeto o grupo diferenciado por su etnia y su identidad cultural,

⁴⁷ J. A. REGALADO “De las sanciones y las penas en las Justicia Indígena” en *Bases para la Resolución de los Casos. Elementos y técnicas de pluralismo político*. 2012, p. 106.

⁴⁸ R. COLMENARES OLIVAR, “El derecho consuetudinario...” cit. p. 86.

⁴⁹ CONSEJO SUPERIOR DE LA JUDICATURA. Colombia. *Compilación y selección de los fallos y decisiones de la Jurisdicción Especial Indígena*. 1980-2006, p. 569.

⁵⁰ El Decreto por el que se expide la Ley de Derechos de los pueblos y barrios originarios y comunidades indígenas residentes en la Ciudad de México, de 20 de diciembre de 2019, en el apartado 2 del artículo 54. “Sistemas tradicionales de justicia” establece que “Asimismo, para dirimir sus conflictos internos, las personas de pueblos, barrios o comunidades podrán acudir ante las instancias de justicia ordinaria, las cuales deberán aplicar la perspectiva de interculturalidad en los diversos procedimientos. Gaceta Oficial de La Ciudad de México núm. 43.

⁵¹ CORTE CONSTITUCIONAL DE COLOMBIA, sentencia de 18 de diciembre de 2014, epígrafe 4.4.2. Esta Corte se ha ocupado de esta cuestión de los elementos en numerosas sentencias: S. T-496/96, T-344/98, T-667A/98, T-934/99, T-728/02, A.E.V. C-127/03, T-552/03, T-811/04, T-1238/04, T-009/07, T-364/11, T-642/14, T-208/15, T-685/15, T-208/19.

- b) un elemento orgánico, que se concreta en la existencia de autoridades tradicionales llamadas a ejercer y mantener el debido control en la o las comunidades,
- c) un elemento normativo, que se refiere a la existencia de ese fuero, de ese derecho basado en prácticas y costumbres "tanto en materia sustantiva como procedimental",
- d) un ámbito geográfico, ya que el fuero, en principio, opera en el territorio de la comunidad sin perjuicio de extender su campo de acción en determinados supuestos. Las tierras, deben estar tituladas y registradas según las disposiciones legales del Estado y han de delimitarse por el Estado con participación de las comunidades, lo que ha sido objeto de numerosos asuntos en sede judicial nacional y regional (Cortes regionales de protección de Derechos Humanos) y,
- f) un factor de adecuación (congruencia) puesto que el orden jurídico tradicional de las comunidades nunca puede ir en contra de la Constitución, ni de la ley, ni de los derechos humanos.

23. Con las precisiones que seguidamente estableceremos, valga por ahora señalar que, en general, el fuero indígena desplegaría su acción cuando estemos ante una situación en las que 1) se halla presente un sujeto indígena, 2) la acción se produce en las tierras de una comunidad indígena, 3) no se trata de una materia reservada y 4) existen en el grupo autoridades tradicionales y normas a aplicar.

24. Sin embargo, a pesar del establecimiento de estos criterios que, en principio, parecen poco mutables, la práctica pone de manifiesto la dificultad en su aplicación, precisando matización los dos primeros criterios, operando los restantes como límite y como vacío. Nos detenemos pues a valorar el elemento objetivo y territorial para precisar posteriormente el elemento material y el institucional-orgánico, adelantando que, por lo que respecta al elemento subjetivo, la aplicación al indígena ha sido objeto de precisión jurisprudencial y doctrinal, toda vez que la interacción de aquél con el no indígena no es banal y en ella se han de medir factores como la afectación de su cultura. En cuanto al elemento territorial, la casuística muestra que no es elemento determinante en todas las materias y supuestos: *ad ex.*, no es relevante y cede cuando estamos ante una materia reservada por el Estado. Así, los principales problemas de aplicación de las normas comunitarias y de las ordinarias se producen cuando alguno de estos elementos entra en quiebra. Valga, además, apuntar por adelantado que, para que se aplique este derecho especial, se ha de ponderar el bien jurídico afectado, si este lesiona a la comunidad o a la "cultura mayoritaria". Ello, con independencia de que el sujeto sea indígena o no y del lugar en que se produzca la acción. Pasamos, pues, a analizar algo más en profundidad estos elementos.

3. El elemento subjetivo, el estatus de indígena: problemas de aplicación

25. Hablar de "indígena" supone abordar la ya tradicional problemática surgida en torno a su definición, cuestión que excedería el necesario límite de este trabajo. Tomando como referencia aquella que apunta a la autoidentificación propia y del grupo, señalemos los fundamentos que nos proporciona la Organización Internacional del Trabajo en el Convenio 169: la OIT explica que los elementos que definen a un pueblo indígena son tanto objetivos como subjetivos; los primeros incluyen: (i) la continuidad histórica, v.g. se trata de sociedades que descienden de los grupos anteriores a la conquista o colonización; (ii) la conexión territorial, en el sentido de que sus antepasados habitaban el país o la región; y (iii) instituciones sociales, económicas, culturales y políticas distintivas y específicas, que son propias y se retienen en todo o en parte. El elemento subjetivo corresponde a la auto-identificación colectiva en tanto pueblo indígena⁵².

26. El problema que se plantea a la hora de determinar la aplicación del fuero deviene, en la práctica, por la afectación, total o parcial, consciente o inconsciente, voluntaria o involuntariamente, de tal identidad, lo que se produce en el marco de la interacción con el no indígena y especialmente respecto

⁵² ORGANIZACIÓN INTERNACIONAL DEL TRABAJO. "Los Derechos de los Pueblos Indígenas y Tribales en la Práctica - Una Guía sobre el Convenio No. 169 de la OIT". Programa para promover el Convenio Núm. 169 de la OIT (PRO-169), Departamento de Normas Internacionales del Trabajo, 2009, pp. 9 y 10.

de aquellos que han abandonado sus comunidades con el mero ánimo de encontrar una mejor posición económica. Así, esto será un factor para valorar por las autoridades encargadas de aplicar el derecho, que habrán de ponderar hasta qué punto la desaparición o la contaminación de su cultura, es elemento determinante que conduzca a la aplicación del derecho ordinario.

27. En la sentencia T-496/96⁵³ la Corte Constitucional de Colombia pone de manifiesto que se debe analizar “su nivel de conciencia étnica y el grado de influencia de los valores occidentales hegemónicos”⁵⁴ ponderándose “la falta de comprensión del contenido y alcance social de su conducta”⁵⁵, lo que conduce a que el sujeto deba ser, en justicia, juzgado por sus propias autoridades. La Corte no desaprovecha, en este asunto, para señalar que el desconocimiento no deriva “de una inferioridad en las capacidades intelecto-volitivas”⁵⁶ sino de una diferencia valorativa. De forma similar se pronuncia la misma Corte en la sentencia T-081/15⁵⁷ en la que manifiesta que el elemento personal puede quedar desvirtuado “cuando las circunstancias del caso concreto permiten determinar que la persona ha sufrido un proceso de pérdida de identidad cultural o “aculturación”, siempre que esa situación tenga incidencia en el hecho punible (o nocivo) investigado”. De “error de comprensión culturalmente condicionado” nos habla la sentencia de la Corte Nacional de Justicia del Ecuador recaída en el asunto 0044-2017⁵⁸.

28. Y a efectos de dirigir el asunto al fuero ordinario, en la sentencia T-921/13⁵⁹ sobre el “fuero indígena”, la Corte Constitucional de Colombia afirma: “Además, no debe olvidarse que el demandante se alejó de su comunidad, no accidentalmente, sino por deseo propio, debiendo asumir los “riesgos” que se derivan de su acción”. En igual sentido, en México, la jurisprudencia afirmó que “la comunidad rechazó el conocimiento del asunto ya que el individuo había salido de la misma desde muy joven y dejó de participar activamente como miembro de esa colectividad indígena”⁶⁰

29. STEPHENS, aludiendo a la afectación del indígena que se traslada a la ciudad, señala que la marginación y la discriminación conduce a que rechacen su autoidentificación a conciencia. “Some evidence suggests that this stigma can also mean that indigenous peoples begin to regard themselves and their physical difference as a problem”⁶¹. En estos casos la fuerza del fuero indígena es objeto de valoración, de un “peritaje cultural”. En definitiva, la autoridad deberá hacer un juicio de valor sobre si existe pérdida suficiente de cultura, el grado de esta o el correcto entendimiento lo que va a determinar en tantas ocasiones la aplicabilidad del fuero indígena o del ordinario.

4. El elemento geográfico

30. Refiriéndose a la cuestión del fuero indígena y a su extensión (aplicación), decía también la Corte Constitucional de Colombia, partiendo del elemento antes señalado, que “No es cierto que la actividad de las jurisdicciones indígenas esté condicionada a que hayan ocurrido los hechos dentro de su ámbito territorial”. Junto a esta afirmación la Corte va ponderando el factor geográfico con el personal (culturas involucradas y conciencia del acto), “el grado de aislamiento o integración del sujeto frente a la cultura dominante, la afectación del individuo frente a la sanción, etc.” En este caso, el juez ha de “armonizar las diferentes circunstancias de manera que la solución sea razonable”.

⁵³ CORTE CONSTITUCIONAL DE COLOMBIA. Sentencia T-496/96, cit, epígrafe 2.2 b).

⁵⁴ CORTE CONSTITUCIONAL DE COLOMBIA. Sentencia T-496/96 cit., p. 12.

⁵⁵ CORTE CONSTITUCIONAL DE COLOMBIA Sentencia T-496/96 cit., p. 13.

⁵⁶ CORTE CONSTITUCIONAL DE COLOMBIA. Sentencia T-496/96 cit., p. 13.

⁵⁷ CORTE CONSTITUCIONAL DE COLOMBIA. Sentencia T-81/15 de 20 de febrero de 2015.

⁵⁸ CORTE NACIONAL DE JUSTICIA DEL ECUADOR. Sentencia 0044-2017 cit., p. 19.

⁵⁹ CORTE CONSTITUCIONAL DE COLOMBIA Sentencia T-921/13 de 5 de diciembre de 2013, p. 59.

⁶⁰ PRIMER TRIBUNAL UNITARIO del Décimo Tercer Circuito, Oaxaca, Estado de Juárez. México. Toca Penal 678/2012.

⁶¹ C. STEPHENS, The indigenous experience of urbanization. *State of the World's Minorities and Indigenous People*. Minority Rights Watch International. Editors: Peter Grant, 2015, p. 59.

Con ello, no sólo nos ofrece un juego de combinación de factores, sino que también nos res- puesta a una de las cuestiones que se ponen de manifiesto cuando se señalan los elementos del fuero, la de si son precisos todos los elementos o algunos.⁶², pero, en general, observamos que este elemento no es determinante.

31. No faltan autores que han establecido diferentes supuestos ofreciendo una solución al dere- cho que se aplica según este factor geográfico⁶³, pero hemos advertido diferencias de soluciones entre los ofrecidos y los que la jurisprudencia colombiana ha señalado, lo que no sorprende, puesto que como hemos advertido, los pueblos y comunidades indígenas se rigen por diferentes costumbres y tradiciones. En un escenario en que nos puede parecer, a primera vista, que se ha de aplicar el derecho de la comu- nidad como afirma LLASAG (dos indígenas pertenecientes a la misma comunidad y que han cometido un acto punible en su territorio), la sentencia T-349-96 la Corte Constitucional de Colombia, ya citada, decidió consultar a la comunidad sobre su disponibilidad para juzgar y sancionar conforme a sus cos- tumbres o si consideraban que habían de ser los jueces ordinarios quienes llevaran a término el juzga- miento⁶⁴. En el caso de un indígena que comete un acto fuera de su comunidad y contra un no miembro de su comunidad, puede juzgar la comunidad afectada, aunque la Corte colombiana ya indica que, en este caso, “el juez puede enfrentar múltiples situaciones no solucionables razonablemente mediante una regla general de territorialidad⁶⁵

32. COLMENARES, refiriéndose a problemas que puedan surgir fuera del ámbito geográfico indí- gena “cuando las mismas se produzcan entre indígenas, no revistan carácter penal y no afecten derechos de terceros no-indígenas y siempre que la jurisdicción indígena decida asumir dichas controversias” resalta la proyección extraterritorial. En este caso las normas, usos y costumbres indígenas son las lla- madas a resolver la controversia⁶⁶. Además, apunta un interesante escenario resuelto en el ordenamiento venezolano de toda persona no indígena incorporada por nexos familiares o por cualquier otro vinculo a la comunidad indígena, siempre que resida en la misma a la que puede aplicarse el derecho de esta.⁶⁷

33. A los anteriores supuestos añadimos, ahora, una resolución diferente aportada por la Co- misión Interamericana de Derechos Humanos como es el de los actos inter-comunidades, pero que se proyectan en un ámbito externo. Al respecto, interesa traer el Informe de la Comisión en el asunto *Gran Cacique Michael Mitchel contra Canadá*⁶⁸ que tiene su origen en la imposición de un gravamen aduane- ro opuesto, según el actor, a los “derechos aborígenes y contractuales consagrados en la Constitución del Canadá.”⁶⁹. Con ello, el demandante argumentó la violación del derecho aborígen al comercio con otros

⁶² Vid. las sentencias T 496-96 o T-617-10 de la Corte Constitucional de Colombia, citadas.

⁶³ Sobre esta suerte de división, ver R. LLASAG FERNÁNDEZ. “Jurisdicción y competencia...”, en pp. 755-757, referido par- ticularmente a Ecuador.

⁶⁴ Caso de la CORTE CONSTITUCIONAL COLOMBIANA. Sentencia T-349/96, cit. Dice la sentencia en su encabezamiento “En el mes de septiembre de 1994, el actor y otro indígena de la misma comunidad, fueron capturados por los “auxiliares locales” del Cabildo local de Purembará, por su participación en el homicidio de Jesús Edgar Níaza Dobigama, también perteneciente a la comunidad indígena embera-chamí (fl. 116)”. Y más adelante “escaparon del calabozo y se entregaron voluntariamente a la Fiscalía 24 de Belén de Umbria, argumentando que habían sido amenazados de muerte por miembros de su comunidad y que habían sido objeto de torturas”. La jurisdicción ordinaria suspendió su actuación ante el fallo condenatorio de la comunidad que los actores consideraban atentaba contra el principio del derecho al juicio justo (entre otros).

⁶⁵ Caso de la CORTE CONSTITUCIONAL COLOMBIANA. Sentencia T-523/97. LLASAG, apunta varias soluciones: que conozca la autoridad donde los hechos se produce o las autoridades de los dos o, incluso, una de ellas de mutuo acuerdo, “Jurisdicción y competencia...”, cit., p. 756.

⁶⁶ R. COLMENARES OLIVAR, “El derecho consuetudinario en Venezuela: Balance y perspectivas. *Revista IIDH. Instituto In- teramericano de Derechos Humanos* vol. 41, 2005, p. 104.

⁶⁷ Ley Orgánica de Pueblos y Comunidades Indígenas de 2005, artículo 126: “A los efectos de este Capítulo, se entenderá por integrantes toda persona indígena, que forme parte de una comunidad indígena. También se considerará como integrante, toda persona no indígena integrada por vínculos familiares o por cualquier otro vinculo a la comunidad indígena.”

⁶⁸ COMISIÓN INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS. Informe núm. 74/03 de 22 de octubre de 2003. Petición 790/01. Declaración de admisibilidad.

⁶⁹ Sobre Canadá y su relación con la Comisión Interamericana de Derechos Humanos, vid., D. GÓMEZ GAMBOA, “El rol de Canadá frente a la Comisión Interamericana de Derechos Humanos en el contexto de la OEA/The role of Cana before the

pueblos autóctonos (“First Nations”), en definitiva, el “derecho a la cultura” dispuesto en el artículo XIII de la Declaración Americana.

34. En el Informe núm. 61/08, caso 2.435, decisión de 25 de julio de 2008 sobre el Fondo⁷⁰ se pone de manifiesto el problema del derecho indígena y la esfera territorial de aplicación, ya que la frontera posterior señalada divide el territorio Akwesasne e impide el comercio entre las naciones indígenas del Canadá. Se alegó que el comercio es un elemento distintivo de la cultura mohawk, pero el Estado canadiense interpretó al respecto que el derecho a participar en la vida cultural de la comunidad no incluye el comercio como aspecto cultural y que el artículo XIII sin ninguna duda no protege un comercio libre de impuestos⁷¹. La Comisión reafirma que “todos los derechos humanos deben ser leídos en conjunción con otros derechos y están sujetos a limitaciones razonables que tengan en cuenta los derechos de los demás y los intereses de todos”⁷². En fin, la Comisión sostuvo que “el Estado tiene derecho a ejercer el control de sus fronteras mediante los mecanismos de los gravámenes, aranceles y restricciones, siempre que esos mecanismos no violen los derechos de sus ciudadanos”⁷³ y en base a este argumento hace decaer la pretensión del actor.

V. Límites de la aplicación del derecho indígena

1. La primacía de la Constitución y la observancia de los derechos humanos

35. Un primer límite a la aplicación del fuero indígena vendría dado por la contravención de este con los derechos humanos o con las disposiciones de las cartas magnas de los Estados. Por mencionar algunas, la Constitución boliviana expresa que las costumbres y procedimientos de las autoridades de las comunidades indígenas no deberán ser contrarias a la Constitución y las leyes; la Constitución colombiana precisa que las normas y procedimientos a aplicar por las autoridades de los pueblos indígenas no deberán ser contrarios a la Constitución ni a las leyes de la República.; la Constitución ecuatoriana señala que las normas y procedimientos de las autoridades indígenas no deberán contrariar a la Constitución ni a los derechos humanos reconocidos en instrumentos internacionales; en la de México se apunta a las constituciones y leyes de las entidades federativas; en el caso del Perú, la Constitución recalca que las comunidades campesinas y nativas podrán ejercer sus funciones jurisdiccionales siempre que éstas no violen los derechos fundamentales de la persona Y, por último, la de Venezuela, apunta a la Constitución, la ley y el orden público.

36. Por lo tanto, aquí, el problema que se plantea aquí es doble: por un lado, la determinación de las concretas normas que se superponen y que jerárquicamente desplazan al fuero especial y, de otra, no menos compleja, la determinación de los actos que podemos decir, en general, son contrarios al orden público y los que constituyen vulneración de los derechos de la persona, ámbito donde hallamos ciertas diferencias no sólo entre los distintos fueros indígenas sino con relación a lo que se considere vulneración a un derecho fundamental, como es el caso de la integridad personal.

37. En este sentido REGALADO, después de afirmar que algunas sanciones en los sistemas jurídicos vulneran derechos fundamentales (y de ahí la referencia constitucional a los derechos humanos) sostiene que deben ser abordadas “desde una mirada intercultural y con clave pluralista, que no se puede juzgar sólo desde el punto de vista de las normas del sistema ordinario sino que también hay que res-

Inter-American Commission on Human Rights in the framework of the OAS”. *Cuestiones Jurídicas. Revista de Ciencias Jurídicas de la Universidad Rafael Urdaneta*. Venezuela. Vol. 6, núm., 1 (2012).

⁷⁰ COMISIÓN INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS. Informe núm. 61/08 de 25 de julio de 2008, caso 2.435.

⁷¹ Declaración Americana de Derechos y Deberes del Hombre. Aprobada en la Novena Conferencia Internacional Americana, Bogotá, Colombia, 1948 Artículo XIII. Toda persona tiene el derecho de participar en la vida cultural de la comunidad, gozar de las artes y disfrutar de los beneficios que resulten de los progresos intelectuales y especialmente de los descubrimientos científicos.

⁷² COMISIÓN INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS. Informe núm. 61/08 cit., para. 82.

⁷³ Dice la Comisión: “cuando se aplican a todas las personas, independientemente de su origen étnico o cultural”.

petar las formas establecidas en los sistemas indígenas y buscar una solución intermedia”.⁷⁴, afirmación que nos parece peligrosa por cuanto puede dar cabida a la admisión de determinados métodos de castigo corporales como nos hace ver CABEDO MALLOL⁷⁵. Para este autor, el reconocimiento y respeto de la diversidad étnica y cultural nunca puede llevarnos a aceptar violaciones de los derechos humanos insistiendo en la necesidad de una Ley de coordinación, en Colombia, que regule las relaciones entre la jurisdicción ordinaria y la indígena y ayudar a traer más claridad al discurso confrontado entre el entendimiento de los derechos humanos desde la perspectiva indígena y la no indígena; así, el del senador del pueblo Paez, Jesús Enrique Pinacué cuando afirma que “no todos los derechos humanos desarrollados por occidente se encuentran por encima de nuestro derecho a la autonomía”. Pero, efectivamente “principios y derechos como la colectividad, la armonía o la diversidad cultural, no son incompatibles con los derechos individuales tan esenciales como la vida o la prohibición de la tortura, tratos inhumanos o degradantes” afirma acertadamente CABEDO MALLOL. Mencionemos que en el ordenamiento de Bolivia el linchamiento (artículo 5) sí está prohibido⁷⁶.

38. Las Sentencias T- 349 de 1996 y T- 523 de 1997, de la Corte Colombiana, consideran que las sanciones penales indígenas del cepo y del fueite, respectivamente, no constituyen una práctica de tortura ni trato inhumano o degradante...y aquí la crítica, con la que acordamos, del autor mencionado de que el Alto Tribunal se equivoca cuando considera que las sanciones penales indígenas del cepo y del fueite, respectivamente, no constituyen una práctica de tortura ni trato inhumano o degradante. Sin poder entrar ahora en más valoraciones, recordemos que la Declaración Universal de los Derechos Humanos de 1948 fue un texto de consenso entre diferentes sociedades occidentales y no occidentales.

2. Límite material del fuero especial indígena

39. Junto con los límites antes apuntados, habría que señalar, con carácter previo, que no todos los ordenamientos de los Estados cuentan con una norma que clarifique esta cuestión⁷⁷ ante los frecuentes enunciados generales de tan amplio alcance^{78,79}. No sin razón se ha señalado que los tribunales se erigen en una suerte de legisladores ante la ausencia de aquélla. Aun así, tratemos de realizar una suerte de concreción. Junto a ello, hay que tener en cuenta si se trata de una situación puramente interna o externa.

40. En el caso de Bolivia, el artículo 10 de la Ley de Deslinde Jurisdiccional⁸⁰ señala las materias a las que no alcanza el fuero tanto en el orden penal, como civil, laboral u “otras reservadas” a jurisdicciones distintas. Respecto de la materia penal, exceptúa delitos al modo que efectúan, en general,

⁷⁴ J.A. REGALADO, “De las sanciones y las penas...”, cit., p. 108.

⁷⁵ V.J. CABEDO MALLOL, “Forum II: Propuestas de desarrollo constitucional y jurisprudencia: derecho indígena y derechos humanos/Forum II: Indigenous law and human rights Colombian Indigenous Jurisdiction and Human Rights”.

⁷⁶ Ley núm. 073 de Deslinde Jurisdiccional, de 29 de diciembre de 2010. Gaceta Oficial del Estado Plurinacional de Bolivia de 29 de diciembre de 2010.

⁷⁷ “la problemática de la coordinación entre el derecho del Estado y el derecho indígena constituye uno de los grandes retos que enfrentan los estados para reconocer la justicia indígena” señala M.T. SIERRA, “Derecho Indígena y acceso a la justicia en México: perspectivas desde la interlegalidad. *Revista Interamericana de Derechos Humanos*, vol. 41, 2005, p. 295.

⁷⁸ Vid., *ad ex.*, CORTE CONSTITUCIONAL DE COLOMBIA, Auto A206-21 de 5 de mayo de 2021..

⁷⁹ R.LLASAG FERNÁNDEZ. sostiene que la “justicia indígena está facultada para regular y resolver situaciones y conflictos en todo tipo de materias, sin importar (su) gravedad y cuantía”. Sostiene su afirmación en el Convenio OIT 169 y las disposiciones de la Constitución Política de Ecuador. El Código Orgánico de la Función Judicial (de Ecuador) no limita en el artículo 343 las materias dentro del ámbito territorial indígena. “Jurisdicción y competencia...”, cit., p. 755. En el caso de Venezuela, afirman V. AGUILAR CASTRO ET AL., que La jurisdicción especial indígena tiene competencia para conocer todas las materias que juzgue conveniente, dentro del ámbito territorial propio (del pueblo indígena/comunidad) e incluso extraterritorialmente, respecto de sus miembros, bajo ciertas circunstancias. Ni los textos constitucionales de los países andinos, ni el Convenio 169 establecen un límite en cuanto a las materias o la gravedad de hechos que puede conocer el derecho indígena V. AGUILAR CASTRO, G. MARCIALES RODRÍGUEZ, V. MEJÍAS (Waayama), Coordinadores. *La Jurisdicción Especial Indígena en Venezuela como Derecho Propio*, Universidad de los Andes. 2021.

⁸⁰ Ley de Deslinde Jurisdiccional, cit. núm. 73.

otros Estados. Se trata de delitos graves como la “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”⁸¹ o de aquellos en que está en juego el interés del Estado o los crímenes internacionales.

41. Por lo que se refiere al orden civil, quedan fuera del alcance material el derecho que denomina “propietario”, al igual que en el Derecho Agrario (rama independiente de la civil), y aquellos en que hay, igualmente, interés del Estado. Tampoco se aplica al 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.

42. En el caso colombiano, según jurisprudencia, las comunidades indígenas pueden conocer de casi cualquier tipo de controversia (de carácter civil, penal, laboral etc.); se exceptúan en el ámbito penal los casos de delitos que ‘desbordan la órbita cultural indígena’⁸², que por su nocividad social deben ser tratados por la jurisdicción ordinaria, como es el caso del terrorismo, el delito de rebelión, el narcotráfico, el contrabando, el lavado de activos, el porte ilegal de armas, la corrupción al sufragante y los delitos de lesa humanidad⁸³.

43. Por lo que se refiere a Ecuador, LLASAG FERNÁNDEZ, apoyándose en que la Constitución, el Convenio 169 de la OIT limitan las materias del fuero, entiende, apoyándose en Irigoyen Fajardo, que “el derecho y la justicia indígenas están facultados para regular y resolver situaciones y conflictos en todo tipo de materias, sin importar ‘[su] gravedad o cuantía’⁸⁴.”

44. Desde el derecho comparado podemos hacer una distinción entre el derecho público y el derecho privado a efectos de revelar las materias sobre las que existe una aceptación en cuanto a formar parte del fuero indígena y, en consecuencia, de las que puede conocer la jurisdicción especial. Previamente hay que recordar que el desarrollo de este aspecto materia puede variar de escenario, de Estado a Estado según haya un mayor reconocimiento o desarrollo de los derechos de estas comunidades.

45. Así, en cuanto al derecho público, se aplica en el ámbito del derecho penal, campo en el que la jurisprudencia es abundante, pero en el que se deben valorar los elementos geográfico, personal y la inserción o no de la conducta en el fuero indígena de que se trate, exceptuándose, en cualquier caso, materias que han quedado señaladas, a menos que se compruebe un grado de degradación cultural como puso de manifiesto la sentencia T-617-10 en un caso relacionado con abusos sexuales⁸⁵. No sólo la jurisprudencia colombiana sino la de Bolivia nos ponen de manifiesto esta limitación. Otras materias de derecho público y en tanto se desarrollan en interacción con los demás grupos no alcanzan su aplicación (impuestos).

46. En el ámbito del derecho privado, en el campo concreto de las relaciones familiares sí se aplica y cada vez es mayor el reconocimiento de las uniones tradicionales y las relacionadas con la gestión de las tierras. Respecto de estas, es fundamental tener en consideración el principio internacional

⁸¹ Ley de Deslinde Jurisdiccional, cit. artículo 10, II. a).

⁸² CORTE CONSTITUCIONAL DE COLOMBIA. Sentencia A206-21, cit., párr. 34.

⁸³ CORTE CONSTITUCIONAL DE COLOMBIA. Sentencia A206-21, cit. párr. 34. Cuenta con el voto contrario de la Magistrada Diana Fajardo Rivera, basado en el desconocimiento de que la rebelión sí es conocida en el derecho indígena: en realidad basa su decisión en la supuesta existencia de limitaciones definitivas a la competencia material de la jurisdicción especial indígena para conocer de ciertos asuntos, posición que, en mi criterio, se aleja de la mejor práctica constitucional, vertida, entre otras, en las sentencias citadas.

⁸⁴ R. LLASAG FERNÁNDEZ, “Jurisdicción y competencia...”, cit., p. 755.

⁸⁵ Podemos leer en esta sentencia “Mario” sufrió un proceso de pérdida de la identidad indígena porque, de acuerdo con declaraciones de la víctima, la invitó a hacer lo que hacen en la televisión, es posible desvirtuar el elemento personal cuando las circunstancias del caso concreto permiten determinar que la persona ha sufrido un proceso de pérdida de identidad cultural o “aculturación”, siempre que esa situación tenga incidencia en el hecho punible (o nocivo) investigado”.

del consentimiento previo, libre e informado⁸⁶ sobre las actividades que se llevan a cabo en sus tierras que son inalienables, principio que hallamos en textos⁸⁷ y jurisprudencia⁸⁸ y sobre cuyos beneficios también se ha proclamado el derecho a la participación en los beneficios⁸⁹. El Estado debe titularizar y llevar un adecuado registro de las tierras⁹⁰.

VI. La Jurisdicción especial indígena

1. Aproximación conceptual

47. Por jurisdicción especial indígena entendemos la facultad, reconocida, generalmente, por la constitución, de “administrar justicia en todas las ramas del derecho, en forma autónoma, integral e independiente de acuerdo con los usos y costumbres ancestrales, las normas y procedimientos propios y la legislación indígena especial vigente dentro de su ámbito territorial”⁹¹, si bien, la jurisprudencia nos ha mostrado que la sombra de esta legislación no desaparece cuando el individuo indígena se halla fuera de sus tierras. Ya dejamos señalado arriba que algunas Constituciones reconocen esta jurisdicción especial.⁹²

48. Según la sentencia de la Corte Constitucional de Colombia, T-975-14⁹³, es parte de la rama judicial e implica el reconocimiento de un poder legislativo para dichas comunidades, por lo que de acuerdo a sus usos y prácticas tradicionales desplazan a las normas y disposiciones nacionales respecto a aspectos como la definición de la competencia orgánica o los procedimientos de juzgamiento.

49. Más recientemente, el Auto 206/21 dice que es un derecho autonómico de carácter fundamental y que “para su ejercicio deben atenderse los criterios que, de conformidad con la jurisprudencia de la Corte Constitucional y el Consejo Superior de la Judicatura, delimitan la competencia de las autoridades tradicionales”. Además, esta decisión señala que, aunque el fuero indígena ocupa un papel central, no es el único factor determinante de esa competencia pues, “se define en función de la existencia de autoridades, sistemas de derecho propio basados en usos y costumbres tradicionales, y procedimientos conocidos y aceptados en la comunidad. Es decir, en torno a una institucionalidad”⁹⁴.

50. El concepto proporcionado no varía sustancialmente en otros escenarios. COLMENARES⁹⁵ resalta esta facultad consagrada en el artículo 260 de la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela, mediante la cual las autoridades legítimas de dichos pueblos y comunidades tienen (y siempre han tenido) la potestad de resolver los conflictos entre sus integrantes dentro de sus espacios territoriales (hábitat), de acuerdo a sus tradiciones ancestrales. En cuanto a quiénes sean estas autoridades, “Se

⁸⁶ Sobre la cuestión y aunque referido al área Latinoamericana, vid., *Derecho a la consulta y al consentimiento previo, libre e informado en América Latina*, 2015 Fundación para el Debido Proceso.

⁸⁷ El Convenio 169 de la OIT ya proclamó el derecho a la consulta y la Declaración de Naciones Unidas de 2007 suma la obtención de su consentimiento previo, libre e informado.

⁸⁸ La Corte Interamericana de Derechos Humanos ofrece amplia jurisprudencia al respecto: *Caso del Pueblo Saramaka Vs. Surinam*. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 28 de noviembre de 2007, *Caso Pueblo Indígena Kichwa de Sarayaku Vs. Ecuador*. Fondo y reparaciones. párrafo 177. Sentencia de 27 de junio de 2012.

⁸⁹ *Caso Pueblos Kaliña y Lokono Vs. Surinam*. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 25 de noviembre de 2015.

⁹⁰ Este deber fue proclamado por la jurisprudencia del sistema interamericano desde el *Caso de la Comunidad Mayagna (Sumo) Awas Tingni Vs. Nicaragua*. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 31 de agosto de 2001.

⁹¹ CONSEJO SUPERIOR DE LA JUDICATURA. COLOMBIA. Proyecto de Ley de Coordinación del Sistema Judicial Nacional y la Jurisdicción Especial Indígena, art. 2.

⁹² Artículo 246. Las autoridades de los pueblos indígenas podrán ejercer funciones jurisdiccionales dentro de su ámbito territorial, de conformidad con sus propias normas y procedimientos, siempre que no sean contrarios a la Constitución y leyes de la República. La ley establecerá las formas de coordinación de esta jurisdicción especial con el sistema judicial nacional.

⁹³ CORTE CONSTITUCIONAL DE COLOMBIA. Sentencia 975-14, de 18 de diciembre de 2014. Cit. epígrafe 4.1.4.

⁹⁴ CORTE CONSTITUCIONAL DE COLOMBIA. Auto 206-21, cit. párr. 19.

⁹⁵ R. COLMENARES OLIVAR, “El derecho consuetudinario en...”, cit., p. 83.

considera autoridades indígenas legítimas a las personas, instancias colectivas o instituciones que cada pueblo o comunidad indígena establece y designa según sus propias reglas y para las funciones que dichos pueblos definen⁹⁶.

51. Señala RAMÍREZ RESTREPO que “la determinación de la competencia es fundamental en la asistencia judicial de los integrantes de las comunidades indígenas pues de ella dependen los soportes legales y constitucionales”⁹⁷. Claro que estamos ante una realidad en evolución de la que es ejemplo la observada hoy en cuanto a materias que la jurisdicción indígena conoce o puede conocer y al elemento geográfico lo que constituye un verdadero “laberinto” en palabras de BURGOS GUZMÁN⁹⁸. Por su parte, REGALADO⁹⁹ alude a que “no sólo comprende la capacidad de *notio* (conocer), *juditio* (juzgar) sino también de *coertio* (capacidad de ejercicio de la violencia legítima)” y en esta *coertio* advertimos diferencias en cuanto a la ordinaria al buscar aquella la restauración del orden, fundamentalmente, así como en ciertas penas que en algunas comunidades existen, de dudosa compatibilidad con los derechos humanos.

52. Con el reconocimiento de la jurisdicción especial indígena, se produce una dualidad de sistemas que coexisten y en la que se producen ciertos problemas de competencia conflictos de competencia positivos o negativos. En efecto, estos surtirán cuando “*dos o más autoridades que administran justicia y pertenecen a distintas jurisdicciones se disputan el conocimiento de un proceso, bien sea porque estiman que a ninguna le corresponde (negativo), o porque consideran que es de su exclusiva incumbencia (positivo)*”¹⁰⁰. En general, son las Constituciones, sus órganos de interpretación y aplicación, los llamados a resolver este tipo de conflictos.

53. En el caso colombiano, la Corte Constitucional es la instancia competente para resolver los conflictos de competencia entre jurisdicciones, de conformidad con el numeral 11 del artículo 241 de la Constitución Política. En el caso de Venezuela, el principio de *supremacía constitucional* se encuentra en el artículo 7 del Texto Constitucional y deviene en igual consecuencia: “toda controversia o conflicto generado entre la jurisdicción especial y la jurisdicción ordinaria será conocida por el máximo tribunal de la República”.

54. Señala GONZÁLEZ ALCÁNTARA¹⁰¹ que cuando exista duda sobre el tipo de jurisdicción -ordinaria o indígena- que debe conocer de un asunto en donde una o ambas partes pertenezcan a una comunidad o pueblo indígena y la resolución adoptada fue tomada por las autoridades de una comunidad, los juzgadores deben verificar los siguientes factores: personal, territorial, objetivo e institucional”, siguiendo la sentencia de amparo directo 6/2018 de la Primera Sala de la Suprema Corte de Justicia de la Nación el 21 de noviembre de 2019 en la que se reconoce el derecho de las comunidades y pueblos indígenas a ejercer su jurisdicción y resolver conforme a sus sistemas normativos¹⁰². Esto en el mismo sentido que la jurisprudencia de la Corte Constitucional de Colombia (por ejemplo, la sentencia T-921/13)¹⁰³.

55. Con la dificultad que entraña establecer un (verdadero) primer precedente en el que se considere que las autoridades indígenas debían resolver un determinado asunto y no la ordinaria, señala San Miguel Mora que fue, en México, el Toca Penal 99/2013 de 23 de septiembre de 2013 en el que el magistrado Rubén Paulo Ruiz Pérez consideró que el asunto debía declinar competencia en favor de

⁹⁶ R. COLMENARES, “El derecho consuetudinario en...”, cit. p. 97.

⁹⁷ R.A. RAMÍREZ RESTREPO, “El fuero indígena en Colombia”, cit. p. 193.

⁹⁸ F.E. BURGOS GUZMÁN, “Entre la justicia indígena y la ordinaria” *Revista Derecho del Estado*, p. 101.

⁹⁹ J. A. REGALADO, “De las sanciones y las penas...”, cit., p. 99.

¹⁰⁰ CORTE CONSTITUCIONAL DE COLOMBIA, Auto 206-21, cit. párr. 15.

¹⁰¹ J.L. GONZÁLEZ ALCÁNTARA, “La Jurisdicción indígena como una manifestación del diálogo jurisprudencial”. Universidad Autónoma de México. *Instituto de Investigaciones Jurídicas. Instituto de Estudios Constitucionales del Estado de Querétaro*. p. 69.

¹⁰² J.L. GONZÁLEZ ALCÁNTARA, “La Jurisdicción indígena...”, cit., pág. 72.

¹⁰³ CORTE CONSTITUCIONAL DE COLOMBIA, Sentencia T-921/13 de fecha 5 de diciembre de 2013.

las indígenas pese a que dicha conducta aconteció fuera del territorio indígena. Valga traer aquí la idea criticada por BURGOS GUZMÁN, y sostenida en la práctica por alguna comunidad, de que, en virtud de su facultad, la jurisdicción especial indígena puede declinar en favor de la ordinaria sin que ello suponga “denegación de justicia”. En efecto, parece que el Consejo Superior de la Judicatura de Colombia, sí considera que no se puede rechazar, máxime cuando concurren los demás elementos que señalaremos para la aplicación del fuero indígena¹⁰⁴.

2. Sistema organizativo

56. En cuanto a las persona o personas llamadas a materializar esta facultad, las autoridades, el sistema varía no sólo de un Estado a otro, sino de una comunidad a otra, pudiendo haber, claro está, similitudes, pero en aplicación de esa capacidad de autogobierno que poseen, libres son de establecer un sistema determinado que siempre se reconocerá como válido por las de las demás comunidades. En algunos Estados existen hay creados “Tribunales de Derecho Consuetudinario”, por citar el creado en Costa Rica con carácter comunitariamente limitado¹⁰⁵. La Ley Indígena (Nº 6172 de 1977) en su artículo 4, determina el derecho de los indígenas a organizarse en “sus estructuras comunitarias tradicionales. Lo fundamental es que exista una institución habilitada para impartir justicia.

3. El reconocimiento de decisiones y sus límites

57. Por lo que se refiere al reconocimiento de sus decisiones, la jurisdicción indígena no requiere el de los órganos del Estado para su existencia, señala JOSUÉ SAN MIGUEL MORA. El pleno respeto al derecho al autogobierno derivado del principio de libre determinación lleva implícito que las decisiones tomadas por la jurisdicción especial sean reconocidas por la ordinaria¹⁰⁶. El artículo 171 de la Constitución Política del Ecuador proclama que “El Estado garantizará que las decisiones de la jurisdicción indígena sean respetadas por las instituciones y autoridades públicas. Dichas decisiones estarán sujetas al control de constitucionalidad. La Ley establecerá los mecanismos de coordinación y cooperación entre la jurisdicción indígena y la jurisdicción ordinaria” y, antes, el artículo 75 i) señala que “Nadie podrá ser juzgado más de una vez por la misma causa y materia. Los casos resueltos por la jurisdicción indígena deberán ser considerados para este efecto¹⁰⁷ .

¹⁰⁴ F.E. BURGOS GUZMÁN, “Entre la Justicia indígena...”, cit., pp. 105-106.

¹⁰⁵ Sobre la cuestión y el grado de reconocimiento ver R. CHACÓN CASTRO, El sistema jurídico indígena en Costa Rica: Una aproximación inicial, *Revista IIDH*, Vo. 41, pp. 119-149. El autor recuerda que “El derecho de los pueblos indígenas a darse su propia justicia, desde el punto de vista del reconocimiento del sistema dominante, encuentra su fundamento más remoto –como también sucede en el caso de los fundamentos del derecho territorial indígena– en la propia legislación colonial. Un Decreto Real de 1815 refiere el mandato de reestablecer los cacicazgos “... y justicias de indios que se extinguieron de echo (sic)...” (Archivo Nacional).”, p. 137. Vid., también, sobre este Tribunal, el estudio realizado por Y. NUKADA ¿El Tribunal de Derecho Consuetudinario de Cabagra como reactivación de la tradición?: un análisis etnográfico de “justicia indígena” en Costa Rica. *Cuadernos de Antropología*. Julio-Diciembre 2020, 30(2). DOI: 10.15517/cat.v30i2.42867.

¹⁰⁶ J. SAN MIGUEL MORA, “La consolidación de la jurisdicción indígena en México, en el siglo XXI. Interpretación y experiencia judicial, desde la perspectiva de los derechos humanos. Realidad social y política con un enfoque diferenciado”. *Instituto Interamericano de Derechos Humanos. Biblioteca Jurídica Virtual*, p. 326. En este sentido, vid., Corte Constitucional de Colombia. Sentencia T-188/15, recaída en el expediente T-4.615.074, de 17 de abril de 2015.

¹⁰⁷ Capítulo cuarto “Función Judicial y justicia indígena” art. 171.- Las autoridades de las comunidades, pueblos y nacionalidades indígenas ejercerán funciones jurisdiccionales, con base en sus tradiciones ancestrales y su derecho propio, dentro de su ámbito territorial, con garantía de participación y decisión de las mujeres. Las autoridades aplicarán normas y procedimientos propios para la solución de sus conflictos internos, y que no sean contrarios a la Constitución y a los derechos humanos reconocidos en instrumentos internacionales.

El Estado garantizará que las decisiones de la jurisdicción indígena sean respetadas por las instituciones y autoridades públicas. Dichas decisiones estarán sujetas al control de constitucionalidad. La ley establecerá los mecanismos de coordinación y cooperación entre la jurisdicción indígena y la jurisdicción ordinaria

58. Con un añadido respecto a la fuerza de cosa juzgada en el ámbito del Estado, la Constitución de Venezuela proclama la obligación de respetar y acatar estas decisiones por parte del Estados y de terceros (las partes, obviamente). Eso sí, con el límite de 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”¹⁰⁸.

59. En Bolivia, la Ley N° 073 de Deslinde Jurisdiccional (C.S. – P.L. N° 102/2010-2011) coloca a la jurisdicción indígena (ordinaria campesina) en igualdad jerárquica con la ordinaria, teniendo como límites el respeto a los derechos humanos y garantías constitucionales. Son de obligado reconocimiento a tenor del artículo 12¹⁰⁹. En igual sentido, el artículo 15 del Anteproyecto de Ley de Justicia de los Pueblos Indígenas de Bolivia establece: “El Tribunal Constitucional, a través de la autoridad Judicial más cercana a la comunidad realizará el control de las violaciones a los derechos fundamentales y las garantías individuales en la aplicación del derecho consuetudinario”. De similar redacción es el artículo 5 del Proyecto de la Ley sobre Administración de Justicia para Pueblos Indígenas del Perú.

60. En el artículo 3 del Proyecto de Ley Indígena de Ecuador se establece que las decisiones tomadas por las autoridades indígenas tienen carácter obligatorio para las partes que intervengan en los procesos (indígenas y no indígenas, personas naturales o colectivas), es decir, tienen la misma fuerza obligatoria que las adoptadas por los demás órganos judiciales, causando incluso *cosa juzgada*, sin poder ser revisadas por otro órgano público, salvo los casos de violación de derechos humanos que serán conocidos por el Tribunal Constitucional.

61. En algunos estados mexicanos, como Oaxaca, existe una Sala de Justicia Indígena que puede convalidar la determinación emitida por la autoridad indígena u ordenar se emita una nueva resolución. Ahora bien, tal y como señaló la Corte Suprema, en el recurso de amparo en revisión 202/2021”, la protección y validación de la jurisdicción indígena no implica necesariamente que se suspendan por completo los procedimientos jurisdiccionales de la justicia ordinaria en los que se vean involucrados indígenas”¹¹⁰.

62. Entendemos, que no basta con la proclamación con que los textos proclamen el reconocimiento de la justicia indígena, sino que la práctica demuestra que existen problemas relacionados con la coordinación entre justicias, incluso en aquellos sistemas en que tanto la Carta Magna como normas de desarrollo¹¹¹ atienden a esta necesaria relación en la letra. Y, así, no faltan autores que señalen que “A pesar de que la LOPCI establece la solución al problema que se pueda presentar ante un conflicto entre jurisdicciones, la real solución estaría enmarcada en la creación e implementación de un reglamento que regule la forma de coordinación”¹¹².

63. No es en el reconocimiento -general- de este derecho derivado de la libre determinación, del derecho a la auto organización que podemos encontrar en los textos internacionales o regionales, sino que es en la concreción de una norma de desarrollo donde, efectivamente, hallamos los problemas de

¹⁰⁸ Cfr. art. 132 de la Constitución de Venezuela.

¹⁰⁹ 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”

¹¹⁰ Cfr. paras. 51 y 52, p. 36 y 37 de la Sentencia de la Primera Sala de la Suprema Corte de Justicia de la Nación de México, de fecha 29 de septiembre de 2021.

¹¹¹ Por ejemplo, en Venezuela, el artículo 260 Constitucional habla de la coordinación entre la jurisdicción especial indígena y la jurisdicción ordinaria; coordinación que está regulada en el artículo 134 de la Ley Orgánica de los Pueblos y Comunidades Indígenas (LOPCI), que establece que las decisiones emanadas de dicha jurisdicción, que atenten contra los derechos fundamentales establecidos en nuestra Carta Magna, serán incompatibles y, en consecuencia, de imposible cumplimiento y deberán ser remitidas a la jurisdicción ordinaria. Esta letra se nos muestra de todo punto incompleta.

¹¹² V. AGUILAR CASTRO ET AL., “La Jurisdicción especial...”, cit. p. 44.

aplicación relacionados con el ejercicio de este poder, primero, al definirlo, y después al determinar si se dan los elementos necesarios para materializar su potestad y establecer claramente el modo en que la comunicación tendrá lugar, máxime cuando se está estableciendo como límite el respeto a los derechos humanos (y a la Constitución). La Relatora de Naciones Unidas, Tauli-Corpuz puso de manifiesto esta necesidad en más de una ocasión.¹¹³

64. Adelantamos, igualmente, que una de las cuestiones que observamos es que cuanto más se concreta este poder menos alcance tiene al estar limitado por la norma suprema, los derechos humanos o, incluso por normas infra constitucionales que, al limitar el alcance material, alcanzan el del poder jurisdiccional.

VII. Ideas finales

65. El pluralismo legislativo no es un fenómeno infrecuente en los Estados. En aquéllos de base personal, en los que habitan pueblos y comunidades indígenas se ha reconocido el derecho a gozar de un derecho particular, propio, el fuero indígena. El fuero indígena y con su reconocimiento, el de la jurisdicción especial indígena, es un derecho internacionalmente reconocido desde que el Convenio 169 de la Organización Internacional del Trabajo reconociera los derechos de estos pueblos sin el carácter integrador o asimilacionista de su precedente, el Convenio 107. Textos posteriores de carácter de *soft law* como la Declaración de 2007, han ido reforzando aquél, también a nivel regional, pero sin duda la labor de los tribunales, en especial en sede nacional, se muestra fundamental en su desarrollo.

66. Es, además, y así ha sido reconocido, un derecho humano, toda vez que el derecho a una cultura propia y a la libre determinación de las minorías y de los pueblos indígenas se halla proclamado internacionalmente, a nivel regional y en sede doméstica. Su aplicación se proyecta tanto en la vertiente individual (el derecho que como individuo ha de ser respetado) como colectiva (el derecho a decidir los asuntos propios conforme a sus tradiciones y costumbres). Así, la base es la identidad cultural y la libre determinación que el derecho les reconoce con el límite del respeto a la integridad del Estado.

67. Tan importante es que existan textos internacionales ratificados por los Estados como que estos, finalmente, incorporen las consecuencias de sus disposiciones, lo que parece más complejo. El área latinoamericana se muestra como la más avanzada en este sentido. No podemos obviar, tampoco, que existen diferencias notables entre los desarrollos internos estatales del fuero indígena, en especial por lo que se refiere a la delimitación jurisdiccional y material.

68. Al existir más de un ordenamiento jurídico se producen problemas de aplicación que nos muestra una evolución que no está definida por el momento. Por más que se reconozca y se predique la no jerarquía, creemos que esta es debatible, pues la Constitución de los Estados se erige como norma que debe ser aplicada y reconocida por todos independientemente de su pertenencia a un grupo o no. Está por encima porque el respeto a la integridad territorial del Estado un puede verse, nunca, afectado.

69. Siendo el fuero indígena el conjunto de normas por las que estos pueblos y comunidades rigen su convivencia según sus tradiciones, usos y costumbres, su aplicación requiere de la concurrencia de un factor personal o subjetivo que presenta importantes problemas de aplicación en la práctica por cuanto los pueblos y comunidades indígenas viven en su mayoría interactuando con el resto de la sociedad a que pertenecen lo que puede influir, de un lado, en su cultura, en su pérdida total o parcial, involuntaria o voluntaria, por lo que se hace necesario un ejercicio de ponderación por parte de la autoridad judicial que conoce del caso en orden a establecer si se aplica el fuero ordinario o el especial,

¹¹³ Véase el documento de NACIONES UNIDAS, A/HRC/39/17/Add.2. Informe de la Relatora Especial sobre los derechos de los pueblos indígenas sobre su visita a México, de fecha 28 junio 2018.

valiéndose de esa “pericia cultural” y del conocimiento del acto realizado. Junto a ese factor, el geográfico, al desplegar su fuerza, el fuero, en el ámbito territorial de la comunidad, sin perjuicio de las excepciones que hemos señalado y, además, requiere la existencia de unas normas y procedimientos y de unas instituciones llamadas a aplicar ese derecho e impartir justicia. Al respecto, no cabe duda del reconocimiento y aceptación de que cada comunidad elija, según su entender, a las autoridades llamadas a impartir justicia en un caso determinado, cuestión que debe ser aceptada, igualmente, por el Estado y resto de comunidades.

70. El fuero indígena encuentra límites de aplicación en el respeto a la Constitución o el de los derechos humanos, lo que hemos comprobado, es objeto de debate y es que no faltan quienes entiendan que la interpretación de lo que supone una violación a aquellos, debe hacerse desde una perspectiva multicultural y, por ello, especialmente en el orden penal, se ponen de manifiesto diferencias de calado respecto a ciertas penas que, a nuestro entender, pueden constituir vulneraciones a la integridad de la persona: castigos corporales como los mencionados arriba, constituirían una vulneración a aquélla y, más allá de nuestra consideración, comprobamos cómo alguna Constitución, como la de Bolivia, prohíbe expresamente alguno de estos castigos.

71. Respecto a las materias que abarca, y, por lo que al derecho privado se refiere, tiene extraordinaria importancia el derecho reconocido a gestionar las tierras conforme a sus tradiciones y usos. El principio del consentimiento previo libre e informado de las actividades a desarrollar en sus tierras es un buen exponente de la extensión que el derecho a la propiedad tiene, cuando no del derecho a la participación en los beneficios. También en este ámbito de lo privado, el derecho a reconocer determinadas formas de unión comparables las matrimoniales. Sin embargo, esto es fuente de controversia y disparidades entre ordenamientos jurídicos, en el ámbito del derecho ordinario. En el ámbito del derecho público y en el concreto de lo penal parece tener un alcance más amplio.

72. No puede desconocerse el avance en favor del reconocimiento de estos pueblos que el derecho internacional ha efectuado, ni tampoco el esfuerzo en su integración en las cartas magnas de los Estados. Pero el desarrollo de las normas constitucionales nos muestra vacíos o inconcreciones que dificultan enormemente conocer el verdadero alcance que se reconoce a los derechos de los pueblos y comunidades indígenas. Son precisas normas de coordinación entre fueros. Entre tanto, serán los tribunales los llamados a efectuar estos ejercicios de ponderación de las circunstancias y elementos concurrentes en una situación determinada a efectos de establecer la aplicación del fuero indígena o del especial.