

---

# La justicia indígena y la justicia ordinaria frente a los conflictos civiles.

## CAMINO PARA SU ARTICULACIÓN

---



CEJA • JSCA



Global Affairs  
Canada

Affaires mondiales  
Canada

---

# La justicia indígena y la justicia ordinaria frente a los conflictos civiles.

## CAMINO PARA SU ARTICULACIÓN

---

© 2021 *Centro de Estudios de Justicia de las Américas (CEJA)*

Rodó 1950

Providencia Santiago, Chile

Tel. + (562) 274-2933

[www.cejamericas.org](http://www.cejamericas.org)

**Dirección Ejecutiva:**

Jaime Arellano

**Dirección de Estudios y Proyectos:**

Marco Fandiño

**Autora:**

Silvina Ramírez

**Edición:**

María José del Solar

**Registro de Propiedad Intelectual:**

2021-A-11800

**ISBN:**

978-956-8491-89-5

**Diseño de portada:**

Camila Cárcamo

**Diagramación:**

Camila Cárcamo

**Distribución gratuita.**

# PRESENTACIÓN

El **Centro de Estudios de Justicia de las Américas (CEJA)** es un organismo internacional del **Sistema Interamericano**, con autonomía técnica y operativa, que tiene como misión apoyar los procesos de reforma y modernización de los sistemas de justicia en las Américas.

Parte fundamental de su trabajo se vincula al desarrollo de investigación y la identificación de aspectos relevantes para el mejoramiento de los sistemas de justicia. La identificación e investigación vinculada a los nuevos desafíos de la justicia permite entablar diálogos regionales sobre cómo enfrentarlos con miras a la consolidación del acceso igualitario a la justicia y el Estado de Derecho.

Uno de los grandes desafíos de los Estados americanos en las últimas décadas se vincula al reconocimiento de los derechos de los pueblos indígenas. El desarrollo de un robusto marco normativo internacional en la materia, así como una serie de reformas constitucionales en la región, permitió avanzar en el reconocimiento del derecho de los pueblos en diversos ámbitos, tales como el reconocimiento de sus leyes y sistemas de solución de conflictos. Esto plantea el desafío de la coordinación de los sistemas de justicia indígenas y los sistemas de justicia no indígenas al interior del Estado.

De esta forma, se plantea la coexistencia de diversos sistemas de justicia como un desafío que debe ser afrontado con sujeción al marco normativo de derechos de los pueblos indígenas. La experiencia de países latinoamericanos que han avanzado en este reconocimiento permite ir identificando una serie de obstáculos y barreras para dicha coexistencia, las cuales han sido sistematizadas y analizadas por la consultora de CEJA Silvina Ramírez en la presente investigación.

Así las cosas, este trabajo presenta un recorrido por la evolución del reconocimiento de los sistemas de justicia indígena en la región, así como de las experiencias para la coexistencia de éstos con los sistemas no indígenas, sea por medio de leyes reglamentarias o la delegación en órganos superiores de justicia. Esta investigación identifica, a su vez, una serie de obstáculos en la conceptualización del término justicia indígena, toda vez que esto no puede ser entendido desde concepciones jurídicas tradicionales de competencia; para luego, profundizar en la identificación de ámbitos de la justicia civil.

Esta publicación no hubiese sido posible sin el apoyo financiero de Global Affairs Canada (GAC) en el marco del proyecto *"Mejorando el Acceso a la Justicia Civil en América Latina"* que CEJA ejecuta desde el 2015 y que permitió promover y fortalecer discusiones sobre la justicia civil en toda América Latina.

# CONTENIDO

<b>1.</b>	Introducción. Presentación de la relación Estado y pueblos indígenas – Justicia indígena y justicia ordinaria	<b>5</b>
1.1.	Antecedentes históricos	<b>5</b>
1.2.	Importancia del reconocimiento de la justicia indígena	<b>6</b>
1.3.	Obstáculos al reconocimiento: fantasmas de secesión	<b>7</b>
1.4.	Fortalecimiento de la institucionalidad indígena	<b>8</b>
1.5.	La justicia indígena como un todo (sin distinciones por materia)	<b>9</b>
<b>2.</b>	Recepción en el ordenamiento jurídico internacional, en la dimensión constitucional y en la dimensión local	<b>10</b>
2.1.	Ordenamiento jurídico internacional (Convenio 169 OIT, DNUDPI, DADPI)	<b>10</b>
2.2.	Dimensión constitucional (constitucionalismo andino)	<b>11</b>
2.3.	Dimensión normativa local	<b>12</b>
2.4.	Obstáculos a la formulación normativa	<b>13</b>
2.5.	Debates de las últimas tres décadas	<b>14</b>
<b>3.</b>	Mapeo de los conflictos civiles	<b>15</b>
3.1.	¿A qué llamamos conflictos civiles dentro de una comunidad indígena?	<b>15</b>
3.2.	Derecho de familia: cuestiones relativas a la niñez	<b>17</b>
3.3.	Derecho a la propiedad comunitaria indígena	<b>19</b>
3.4.	Derecho al acceso a la justicia	<b>21</b>
3.5.	¿Gestión de la conflictividad interna vs obligación estatal?	<b>22</b>
<b>4.</b>	Coordinación o articulación entre justicia ordinaria y justicia indígena	<b>23</b>
4.1.	¿Es posible esta coordinación?	<b>23</b>
4.2.	Principales aspectos de la coordinación	<b>24</b>
4.3.	La coordinación y los conflictos civiles: ¿superposición de una jurisdicción sobre otra?	<b>26</b>
4.4.	Mínimos que deben garantizarse en la coordinación	<b>24</b>
4.5.	Coexistencia armónica de ambas jurisdicciones	<b>26</b>
<b>5.</b>	Casos paradigmáticos: conflictos territoriales	<b>28</b>
5.1.	Aspectos a tener en cuenta por la justicia ordinaria	<b>28</b>
5.2.	Incorporación en el ámbito sustantivo y procesal	<b>29</b>
5.3.	Armonización de instituciones indígenas y ordinarias	<b>31</b>
5.4.	Caso de Argentina	<b>31</b>
<b>6.</b>	La justicia civil como espacio de interculturalidad	<b>33</b>
6.1.	Epistemologías en disputa	<b>33</b>
6.2.	Cómo argumentar interculturalmente	<b>33</b>
<b>7.</b>	Conclusiones: camino de articulación entre diferentes sistemas de justicia	<b>34</b>
<b>8.</b>	Bibliografía	<b>36</b>

# La justicia indígena y la justicia ordinaria frente a los conflictos civiles. Camino para su articulación

## 1. Introducción. Presentación de la relación Estado y pueblos indígenas – Justicia indígena y justicia ordinaria

### 1.1. Antecedentes históricos

Históricamente, la relación que se estableció entre el Estado y los pueblos indígenas fue cuanto menos traumática. Desconocimiento, racismo, discriminación y persecución fueron los rasgos que marcaron a fuego el encuentro inicial y que sigue influyendo hasta el presente. Si nos remontamos a la construcción del Estado moderno, tal como hoy lo conocemos, los pueblos indígenas ni siquiera fueron considerados en el pacto inicial del nacimiento de los Estados latinoamericanos (Siglo XIX). Es recién a finales del siglo XX que son incluidos en gran parte de las Constituciones de América Latina, en donde se reconoce –entre otros derechos- su preexistencia. Actualmente, en Chile su Constitución mantiene la notable ausencia de los pueblos indígenas y sus derechos.

Existen taxonomías en la literatura abocada al tema de cómo ha sido el ciclo del reconocimiento – no reconocimiento (Yrigoyen Fajardo, 2010)<sup>1</sup>. Desde un segregacionismo en la época posterior a la conquista, pasando por un período asimilacionista hasta llegar a la etapa integracionista (que coincide con el precedente del Convenio 169 de la OIT, el Convenio 107 de la OIT del año 1957). Tuvo que transcurrir mucho tiempo -y se sustanciaron muchos debates- hasta que empezara a instalarse, al menos discursivamente, un paradigma pluralista. Sin embargo, este pluralismo discursivo está muy lejos de plasmarse en la práctica.

Junto con el desconocimiento de los pueblos indígenas como actores relevantes dentro del Estado de derecho, y principalmente el rechazo de las instancias del Estado para considerarlos como sujetos políticos, se ignoraron aspectos básicos para su institucionalidad. Así, no sólo no existía ni siquiera en el horizonte el respeto a su autonomía y libre determinación, sino que cuestiones tan básicas para un pueblo como el de resolver su propia conflictividad les estaba vedado. Debería pasar más de un siglo desde las primeras constituciones históricas para que empezara a incorporarse y discutirse la administración de justicia indígena dentro de las comunidades.

Por lo tanto, el Estado siempre fue visualizado –con algunos matices- como “el enemigo” por parte de los pueblos indígenas. No los consideró en la época de la conquista como seres humanos dignos de consideración y respeto, no entendió –ni lo entiende en el presente- la dimensión colectiva de los pueblos indígenas y su conformación en comunidades, no respetó su cosmovisión y su espiritualidad. En definitiva, los pueblos indígenas para los conquistadores eran también el enemigo a quien doblegar y, en el mejor de los casos, evangelizar.

Aunque con el paso del tiempo se avanzó mucho en término de derechos, subsistieron las rémoras del pasado. Los pueblos indígenas aún hoy luchan por ser considerados como iguales, con el respeto a la diferencia que ello implica. El colonialismo forma una parte insoslayable de esta historia, ha sobrevivido y sigue presente en pleno siglo XXI. Hasta tanto no se inicie

---

<sup>1</sup> Ver Yrigoyen Fajardo, Raquel (2010). “A los veinte años del Convenio 169 de la OIT: Balance y retos de implementación de los derechos de los pueblos indígenas en Latinoamérica” en Yrigoyen Fajardo, Raquel (editora), Pueblos indígenas. Constituciones y Reformas Políticas en América Latina, Lima: Instituto Internacional de Derecho y Sociedad.

una genuina etapa post colonial, hasta tanto los pueblos indígenas no sean concebidos como interlocutores del Estado, es casi imposible imaginar una relación diferente entre Estado y pueblos indígenas. Antes bien, se profundizan las diferencias y se sedimentan los resquemores mutuos.

## **1.2. Importancia del reconocimiento de la justicia indígena**

Es posible identificar hoy cuáles son el núcleo de derechos reivindicados por los pueblos indígenas: derechos territoriales, derecho al manejo de sus recursos naturales y derecho a la consulta y al consentimiento libre, previo e informado. Si bien existe un conjunto de derechos indígenas que van desde dichos derechos territoriales hasta el derecho a la lengua, a la espiritualidad, etc., los mencionados hoy forman parte del centro de sus demandas.

Sin embargo, el reconocimiento del derecho a la administración de justicia propia significa el fortalecimiento de su propia institucionalidad y el reconocimiento, asimismo, de sus propias autoridades. De allí que no es secundario –más allá que no se encuentra en el centro de la agenda de los pueblos indígenas- que el Estado establezca, dado las diferencias existentes, que los pueblos indígenas deben contar con la posibilidad de decidir sobre los conflictos que se le presentan, decidiendo a su vez los tipos de procedimientos, sus sanciones, etc.

También hay que decir que la coexistencia de una multiplicidad de sistemas de justicia dentro de un mismo Estado –lo que en la literatura se conoce como pluralismo jurídico (Sieder & Flores, 2012)- lleva insito numerosos desafíos. No sólo que coexisten autoridades de diferentes procedencias que definen conflictos relevantes para la sociedad (por ejemplo, un juez y un lonko –autoridad del pueblo mapuche- tendrían la misma jerarquía dentro del Estado), sino que existen diferentes fuentes productoras del derecho –lo permitido y lo prohibido- en esta nueva configuración: el parlamento y las comunidades indígenas. Autoridades indígenas legitimadas, fuentes de producción normativa desestatizadas, definición de lo permitido y prohibido con otra fuente de legitimación desafía la idea clásica de Estado e interpela la noción misma de soberanía.

Más allá de un ramillete de problemas conceptuales que van de la mano, lo cierto es que la justicia indígena existe con reconocimiento o sin él. Son formas de gestionar la conflictividad que se remonta a su existencia misma. Es inimaginable que las autoridades indígenas "pidan permiso" a las autoridades del Estado para ejercer derecho propio. Sin embargo, una vez que se ha avanzado teóricamente en el debate, y normativamente en su incorporación, es preciso despejar el campo para su práctica y pensar en la mejor forma de articulación, entendiendo que el respeto a su justicia es también el respeto a su propia cultura, es fortalecimiento de sus autoridades y, en definitiva, es garantizar el acceso a la justicia a todos los ciudadanos y ciudadanas, indígenas y no indígenas.

El derecho indígena, o la justicia propia, traduce una cosmovisión asentada en fuentes epistemológicas que difieren profundamente del saber occidental (Ramírez, 2017). Su reconocimiento implica valorar otras formas de vida. De allí su relevancia y su centralidad. Avanzar en el camino de la profundización práctica del pluralismo jurídico es ni más ni menos que avanzar en la consolidación del Estado de Derecho dentro de un paradigma profundamente igualitario y poscolonial. Desde estos presupuestos se recuperan prácticas diferentes –pero legítimas- de administrar justicia, gestando caminos en donde la interculturalidad sea posible.

Precisamente, de lo que se trata es de construir interculturalidad, respetando por una parte el derecho propio; y, por otra parte, incorporando los derechos indígenas y las especificidades culturales a la administración de la justicia ordinaria, para lograr finalmente Estados plurinacionales.

### **1.3. Obstáculos al reconocimiento: fantasmas de secesión**

Avanzada la década de los 80 y en plena discusión alrededor del Convenio 169 de la OIT (que se aprobó en 1989, empezando una lenta pero fuerte cadena de ratificaciones, principalmente en América Latina), paulatinamente se van incorporando en las constituciones de la región normas que reconocen la preexistencia de los pueblos indígenas y un conjunto de derechos, entre ellos el de administrar justicia propia, sobre todo en el así llamado constitucionalismo andino (Ávila Santamaría, 2016).

Cuando por casi quince años se discute la Declaración de Naciones Unidas sobre derechos de los pueblos indígenas, que finalmente se suscribe por los Estados en 2007. Uno de los principales obstáculos para su aprobación fue el temor de que algunos pueblos indígenas y tribales (sobre todo los africanos) pudieran pretender separarse de sus respectivos Estados fundando nuevas formas de organización política.

En aquel momento –que se extiende hasta el presente– la ecuación era muy sencilla: si los pueblos indígenas demandan por sus territorios, reivindican sus formas de vida, pretenden hablar su propia lengua (y así podríamos seguir con el resto de sus derechos), y por añadidura quieren impartir justicia, todo esto conduce inequívocamente a la construcción de un nuevo Estado. El "fantasma de la secesión" dominó buena parte de la discusión, y en la actualidad sigue acechando cuando se impone la formulación de políticas públicas que apunten a la protección de los derechos contemplados en la constitución (por ejemplo, una política de reordenamiento territorial).

Por otra parte, más allá de la supuesta "balcanización" de la región fruto del reconocimiento de derechos específicos a los pueblos indígenas, existe un problema de fondo asentado en una concepción equivocada de cuáles son los límites de la construcción de un Estado, cómo se configura "la nación", en qué medida es posible la coexistencia de culturas diversas sin la imposición de la más fuerte o la predominante. Este "traspíe" teórico, fruto de tradiciones del pensamiento muy arraigadas en los inicios de la independencia latinoamericana –fundamentalmente liberales y conservadores– (Gargarella, 2005), cimentaron organizaciones políticas de espaldas a las mayorías ciudadanas, y fundamentalmente, ignoraron los pueblos indígenas desde los orígenes.

Este "pecado de origen" aún hoy no ha podido superarse. Nuestros Estados siguen siendo refractarios a implementar los derechos que han reconocido a través de la ratificación y suscripción de normativa jurídica internacional, que han incluido en sus constituciones y que regulan en la legislación secundaria. Los obstáculos siguen siendo tan notables como aquellos del siglo XIX, escondidos en discursos de lo "políticamente correcto", incorporados en aquellos sectores que invocan la interculturalidad, o disfrazados en políticas supuestamente pluralistas que no son otra cosa que asistencialismo que no avanza en el reconocimiento de la diferencia.

Remover esos obstáculos sigue siendo uno de los principales desafíos, y una fuente permanente de interpelación a los Estados. La administración de justicia propia no es sólo un derecho, sino que es una de las formas de ganar respeto, de convertirse en interlocutores del Estado, de reivindicar el estatus de las autoridades indígenas y con ellas de fortalecer la propia institucionalidad indígena. En la medida en que ese derecho les sea negado, su situación en el propio Estado y su proyección a futuro será afectada y socavada. Su estatus de pueblo obliga al Estado a admitir el pluralismo jurídico –y crear las condiciones de su puesta en marcha– y asimismo asumir sus consecuencias, esto es ni más ni menos que la coexistencia dentro del mismo marco estatal de miradas del mundo muchas veces radicalmente diferentes.

#### **1.4. Fortalecimiento de la institucionalidad indígena**

El fortalecimiento de la institucionalidad indígena significa muchas cosas. Significa consolidación de las autoridades indígenas a través del respeto de sus decisiones, relacionarse igualitariamente con sus modos de gestionar no sólo los conflictos, sino su propia vida interna, a través de múltiples formas, tales como modos asamblearios, invocando a sus dioses o valiéndose de sus mitos, como lo hace cualquier tipo de sociedad en la que también se demanda respeto a su espiritualidad, etc. (García Serrano, 2002).

En América Latina vale la pena remarcar que los pueblos indígenas son muy diversos entre sí. Algunos conservan intactas sus instituciones<sup>2</sup>, otros por el contrario las tienen muy debilitadas<sup>3</sup>, como resultado de la conquista, el sometimiento y el despojo que sufrieron por parte de los que se denominarán "los occidentales". ¿Por qué es tan importante la recuperación y el fortalecimiento de lo que llamamos institucionalidad (autoridades, procedimientos establecidos, sistema de sanciones, órganos de gobierno)? Porque ni más ni menos que su fortalecimiento y/o recuperación posibilitará ejercer algunos de sus principales derechos políticos: el derecho a la autonomía y la libre determinación.

Así, el ejercicio concreto de la autonomía es impracticable si no se lo vincula con formas específicas de ejercerla. Para cualquier sociedad la solución de sus propios conflictos la convierte en aquella que puede "pararse sobre sus propios pies", definiendo los comportamientos pasibles de sanción de acuerdo a su propia organización comunitaria, y encauzando ciertas acciones hacia lo que se considera internamente la "paz comunitaria". De ese modo, se van perfilando comunidades potentes, que pueden alcanzar niveles de calidad de vida deseables. Si se restringe ese derecho, se la hace dependiente y, por lo tanto, se ve afectada en otros órdenes sociales.

Así las cosas, y conociendo que en la práctica este derecho se ejercita con o sin conocimiento y/o autorización del Estado, permitir y respetar la administración de una justicia diferente no afecta el principio de igualdad<sup>4</sup> (la tan reiterada frase "todos somos iguales ante la ley" que tiene un profundo sentido desigualitario), sino por el contrario, permite construir sociedades igualitarias con base en el respeto y la dignidad de cada ser humano, y también respetando la institucionalidad de cada pueblo.

Cuando se piensa cómo articular sistemas de justicia diversos, se debe pensar también cómo abordar el tema de una institucionalidad, la que difiere de la institucionalidad del propio Estado. Aceitar los engranajes de un Estado intercultural con un horizonte plurinacional requiere gestar paradigmas estatales que admitan cuotas de autonomía importantes, con definiciones internas de lo prohibido y permitido, que incluso ponen en juego puntos de vista que atraviesan teorías morales en pugna. El marco valorativo también se encuentra presente, y complejiza aún más esta convivencia. Pero sólo con claridad sobre los diferentes elementos en juego es que podrá "tomarse en serio" la administración de justicia indígena.

---

<sup>2</sup> Por ejemplo, el pueblo maya en Guatemala, los pueblos de la sierra en Santa Marta (Arhuacos, Kankuamos) de Colombia.

<sup>3</sup> Ejemplo de ello son el pueblo wichí en Argentina.

<sup>4</sup> Ver el concepto de igualdad como emancipación en Ramírez, Silvina (2012). "Igualdad como Emancipación: los Derechos Fundamentales de los Pueblos indígenas" en Alegre Marcelo y Gargarella Roberto (coords.), *El Derecho a la Igualdad, aportes para un Constitucionalismo Igualitario*, Buenos Aires: Edit. Abeledo Perrot.

### **1.5. La justicia indígena como un todo (sin distinciones por materia)**

Una cosa es hablar de diferentes sistemas de justicia coexistiendo, otra muy distinta es profundizar sobre esas diferencias, dado que no es posible entender lo que significa el pluralismo jurídico y el derecho propio si no entendemos que parten de presupuestos diferentes y que no es posible establecer analogías y comparaciones, sino tomarlos por lo que son: sistemas de administración de justicia diversos.

Nuestra justicia, a la que podríamos llamar justicia occidental, de raigambre romanista, parasitaria de una tradición continental, se organizó por materias y estableció para cada una de ellas un procedimiento diferente. Cada conflicto es categorizado, cada categoría es incluida en un conjunto normativo -códigos- que estipula el procedimiento y solución para cada uno de ellos. La relevancia de la codificación junto con la instalación de un conjunto de instancias que clasifican, diseccionan, analizan y resuelven cada uno de los problemas llevados a su consideración representan, con pocos matices, la forma en que la sociedad mayoritaria lidia con las disputas, y organiza una convivencia armónica.

En el caso de los pueblos indígenas, una primera diferencia fundamental que tiñe todo el derecho indígena es su rasgo definitorio: la oralidad. Este derecho, al carecer de un receptáculo escrito se encuentra depositado comunitariamente en la memoria y la tradición, una herencia que pasa de generación a generación, y que constituye un resguardo de los orígenes de este derecho. Pero la relevancia de la historicidad no anula su dinamicidad. El derecho indígena va transformándose, adaptándose a los nuevos tiempos, modificando su sistema de sanciones, y articulándose con el derecho occidental.

Por otra parte, también es importante entender que el derecho indígena no permanece encerrado en sí mismo. En otras palabras, no podemos analizarlo como un sistema aislado, sino que -por el contrario- se encuentra en permanente interacción con la sociedad no indígena y su sistema de justicia. En ese sentido, coordina y se articula, atraviesa y se entremezcla con la justicia occidental, llegando a configurar "fenómenos de interlegalidad" o "híbridos legales" (Santos, 2012), que van reconfigurándose en la medida en que las sociedades solidifican su interculturalidad.

A contrapelo del derecho occidental, el derecho indígena no se encuentra dividido por materias. No encontramos rigiendo las comunidades indígenas derecho civil y derecho penal, derecho comercial y derecho de familia. Por el contrario, la justicia indígena es una sola, la que establece cuáles son los comportamientos permitidos y cuáles son los prohibidos, y reacciona en consecuencia. Asimismo, por lo general<sup>5</sup>, la justicia indígena opera en un contexto asambleario, en donde las autoridades van escuchando a los involucrados y resolviendo. Muchas veces las creencias espirituales y religiosas cumplen un rol central en la definición de las conductas, y también forma parte de su particular modo de administrar justicia.

Por último, también es preciso acotar como telón de fondo, y como ocurre en la justicia occidental, que existen marcos valorativos subyacentes que condicionan lo que se considera valioso y lo que no lo es en un tiempo y espacio determinado. Partiendo del presupuesto de que las sociedades van identificando las acciones pasibles de sanción en función de su

---

<sup>5</sup> No es posible por la extensión de este trabajo, y tampoco por la enorme diversidad existente en América Latina, describir cada uno de los sistemas de justicia de los numerosos pueblos que habitan la región. Pero uno puede destacar aspectos que son comunes a los sistemas de justicia indígena, y que forman parte de aquellos rasgos diferenciadores.

propio marco valorativo, es imposible –y también absurdo si se hace el esfuerzo de reconocer sistemas de justicia que son diferentes- tener la pretensión de que el plexo axiológico será el mismo. Es posible que acciones que en un sistema constituyen delito (como por ejemplo el abigeato), en otro sistema de justicia forme parte de su particular sistema económico. Esto también ejemplifica las enormes complejidades que conlleva el pluralismo jurídico.

## **2. Recepción en el ordenamiento jurídico internacional, en la dimensión constitucional y en la dimensión local**

### **2.1. Ordenamiento jurídico internacional (Convenio 169 OIT, DNUDPI, DADPI)**

Como ya ha sido señalado, a partir de 1989 que se perfecciona el Convenio 169 de la OIT se va consolidando el respeto a las instituciones indígenas y, por ende, se reconoce que los pueblos indígenas tienen el derecho de administrar su propia justicia<sup>6</sup>. Con este nuevo escenario se transparenta algo que ocurría desde tiempos inmemoriales: las autoridades indígenas ejercen la función resolutoria, decidiendo sus conflictos internos, sin injerencia estatal.

La formulación de los artículos de esta nueva norma jurídica internacional que instala globalmente el paradigma pluralista es sometida a un conjunto de interpretaciones que van mutando (más allá de la tarea hermenéutica que llevan adelante los órganos de la OIT), y que se van actualizando con el cambio de normativa al interior de cada Estado. Sin embargo, y tal vez con un lenguaje que se va resignificando<sup>7</sup>, el Convenio 169 sigue siendo una herramienta muy potente a la hora de defender el conjunto de derechos indígenas, y especialmente el derecho a la administración de justicia indígena.

Siguiendo con la línea adelantada en el Convenio, es la Declaración de Naciones Unidas sobre los derechos de los pueblos indígenas que 18 años después vuelve a introducir en todo su ordenamiento un especial respeto por la institucionalidad indígena<sup>8</sup>. En ese interregno, muchas de las constituciones latinoamericanas incorporaron asimismo en su articulado el derecho indígena, reforzando lo contemplado en el ordenamiento internacional.

En 2016, finalmente se aprobó la Declaración Americana sobre derechos de los pueblos indígenas. Fueron muchos años de debate, y una cierta pretensión de superar la Declaración de Naciones Unidas, los que llevaron a perfeccionar este instrumento. Si bien no avanza sobre la Declaración de Naciones Unidas, ratifica el rumbo que ya habían tomado tanto el Convenio como esta última, volviendo a considerar como un derecho las decisiones de los conflictos propios según sus también propias pautas.

El ordenamiento jurídico internacional ha permitido, sin lugar a dudas, avanzar en el campo del reconocimiento. También ha significado un aval importante para el pluralismo jurídico y la posibilidad –tanto teórica como práctica- de que un mismo Estado cobije múltiples sistemas de administración de justicia. Por otra parte, en aquellos países en que su ordenamiento interno no incluyó estos derechos, el Convenio y las Declaraciones son muy útiles ya que son operativas por sí mismas, sin requerir de legislación secundaria para que estén vigentes los derechos contemplados.

---

<sup>6</sup> Artículos 8 y 9 del Convenio 169 de la OIT.

<sup>7</sup> Por ejemplo, el Convenio 169 utiliza el término “derecho consuetudinario” cuando actualmente se intenta dejarlo de lado, ya que por lo general se lo asocia a las fuentes secundarias del derecho (la costumbre), por lo que en algún sentido puede entenderse que se subordina el derecho indígena al derecho occidental.

<sup>8</sup> Ver, por ejemplo, los artículos 5, 20, 34 de la Declaración de Naciones Unidas sobre los Derechos de los pueblos indígenas.

## **2.2. Dimensión constitucional (constitucionalismo andino)**

La inclusión del derecho a administrar justicia propia irrumpe en América Latina a partir de las constituciones andinas. Es precisamente en los países de Bolivia, Ecuador, Perú, Colombia, que en la década de los 90 contemplan el ejercicio de derecho propio. Si bien algunos autores distinguen tres ciclos de reformas constitucionales que incorporan los derechos indígenas (Yrigoyen, 2010), destacándose el segundo ciclo en donde la mayoría de constituciones latinoamericanas reforman su articulado considerando valiosos a los pueblos indígenas, es en el bloque andino en donde se visualiza el mayor avance.

La constitución más avanzada en la década de los 90 es la colombiana, de 1991. Establece especialmente una jurisdicción indígena que forma parte de la rama judicial. Por otra parte, también han sido las instituciones colombianas, puntualmente la Corte Constitucional Colombiana<sup>9</sup>, la que ha signado el debate latinoamericano sentando una jurisprudencia de vanguardia en toda la región. El respeto de las decisiones indígenas tomadas al amparo de su justicia atraviesa muchas de las sentencias de la Corte colombiana, construyendo "argumentos de autoridad" que han impactado, y son invocados, en toda la región.

Las viejas constituciones de Bolivia y Ecuador dejan lugar a las nuevas constituciones del siglo XXI. Estas constituciones (Ecuador, 2008; Bolivia, 2009) son muy potentes en cuanto a la recepción de derechos indígenas, y principalmente ponen en un pie de igualdad a la justicia indígena con la justicia ordinaria. En particular, la constitución boliviana crea una institución nueva, el Tribunal Constitucional indígena, que está conformado por indígenas y no indígenas, siendo la primera institución de ese tipo en América Latina.

Si bien todo el constitucionalismo andino es leído en clave de protección y reivindicación de los derechos indígenas (Ávila Santamaría, 2016), en la práctica ha encontrado muchos obstáculos para su concreción, fundamentalmente en las y los operadores de justicia que no pueden concebir la simetría constitucional existente entre ambas jurisdicciones. Sin embargo, el texto constitucional es un excelente punto de partida para demandar por el respeto y por una necesaria articulación para evitar solapamientos y potenciar la colaboración entre ambos sistemas de justicia, algo que todavía está pendiente de diseño y ejecución.

Si analizamos otros países más retrasados en la región no podemos dejar de mencionar los casos de Chile y Argentina. En el primer caso, a pesar de su ratificación tardía del Convenio 169 de la OIT en el año 2008 aún no ha podido incluirse ninguna cláusula constitucional que contemple derechos indígenas.

En el caso de Argentina, en la última reforma constitucional de 1994 se incorporó un inciso al artículo 75 (inc. 17) que reconoció la preexistencia de los pueblos indígenas, a la par que otros derechos, entre ellos la propiedad y posesión de las tierras que tradicionalmente ocupan. Sin embargo, a diferencia de las constituciones del bloque andino, nada dijo sobre el derecho a administrar justicia propia, aunque el Convenio 169 está vigente desde el año 2001 y Argentina también suscribió la Declaración de Naciones Unidas y la Declaración Americana.

Para sintetizar, los avances constitucionales en la región en lo que respecta a los derechos indígenas -y focalizados en el derecho a administrar justicia indígena- son notables y merecen la pena ser destacados. No obstante, existe lo que la literatura especializada ha llamado "la brecha de implementación"<sup>10</sup> entre los derechos normativizados y la praxis, dado que no ha sido

---

<sup>9</sup> La primera Corte Constitucional creada por imperio de la normativa de la constitución de 1991, fue una instancia de justicia destacada en toda América Latina por la erudición de sus fallos.

<sup>10</sup> Una frase que acuñó el Ex. Relator de los Derechos indígenas de la ONU, Rodolfo Stavenhagen.

posible hasta el presente –con algunas diferencias país por país en la región latinoamericana- garantizar dichos derechos. En el caso de la administración de justicia indígena, el grado de avance analizando país por país difiere enormemente. Desde los países andinos en donde la regulación es muy potente, pero en donde también es preciso advertir que se presentan algunos obstáculos en la aplicación de la norma; hasta en los países del sur, en donde el reconocimiento de la justicia indígena –en ambas dimensiones- es prácticamente inexistente.

### **2.3. Dimensión normativa local**

Si nos focalizamos en la legislación secundaria existente, y sin profundizar en alguna normativa aislada que pueda encontrarse en la región, es preciso señalar que sólo existe una ley de coordinación entre justicia indígena y justicia ordinaria en toda América Latina: la ley de deslinde jurisdiccional de Bolivia, aprobada en diciembre del año 2010 (Ramírez, 2011). Si bien en Ecuador circuló un proyecto que luego fue dejado de lado, perdiendo estado parlamentario, sólo Bolivia cumplió con el mandato constitucional que prescribe la formulación de una ley especial para articular diferentes jurisdicciones<sup>11</sup>.

Ahora bien, esta ley de deslinde cuyo único mérito es ser la primera y única en la región, adolece de innumerables fallas que van desde la técnica legislativa hasta su regresión sustantiva con respecto al Convenio 169, lo que ha llevado persistentemente a numerosos sectores a demandar por su derogación. Vale la pena agregar que es incomprensible que un país como Bolivia, bajo un gobierno presidido por un presidente indígena (el también primer presidente indio en América Latina) haya promulgado una ley con estas características.

En Bolivia, como en tantos otros países, la justicia indígena existe con independencia de conquistadores y creación de nuevos Estados. Se ha conservado a lo largo de los siglos, y funciona más allá del reconocimiento estatal. Una ley de coordinación tiene como objetivo no sólo legitimar las autoridades indígenas y sus procedimientos, sino evitar ciertos solapamientos señalando cuándo un problema debe ser tratado en la jurisdicción ordinaria y cuándo éste debe caer en la jurisdicción indígena.

La ley de deslinde jurisdiccional prácticamente vacía la jurisdicción indígena, quitándole competencias en un conjunto de temas (Ramírez, 2013)<sup>12</sup>, a contrapelo de lo dispuesto en el Convenio 169 que no contempla límites a la competencia de la justicia indígena. Incluye artículos contraproducentes, como el que estipula expresamente que se prohíben los linchamientos, cuando está claro que éstos no son fenómenos que pertenezcan a los contenidos de la justicia indígena.

---

<sup>11</sup> Ley n° 073 del 29 de diciembre de 2010.

<sup>12</sup> El art. 10 de la ley, que regula el ámbito de vigencia material, expresa:

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.

Realizar un análisis de esta ley excede los marcos expositivos de este trabajo. Sin embargo, y dada su relevancia, es importante insistir en las inconveniencias de esta ley que, por otra parte, se ha transformado en un pésimo precedente, ya que finalmente recorta y subordina la justicia indígena a la justicia ordinaria, reiterando un paradigma colonial que expresamente se intenta superar con, entre otras herramientas, la nueva Constitución de 2009.

No escapa a cualquier análisis las dificultades que entraña elaborar una ley como la descrita. Sin embargo, es posible estructurar una ley marco, con pocos artículos, que establezca – con lenguaje de la justicia ordinaria- algunos aspectos centrales tales como: 1) Competencia material, personal y formal, 2) Casos en donde las autoridades indígenas declinan competencia, 3) Casos en donde la justicia ordinaria se inhibe de conocer, porque corresponda que resuelvan las autoridades indígenas, 4) Límites establecidos a la aplicación de la justicia indígena.

Un articulado austero que permita establecer claramente los casos en los que debe intervenir una u otra justicia contribuiría enormemente a la coexistencia de los diferentes sistemas de justicia. Por otra parte, si se legisla de modo restrictivo, tal como lo hizo Bolivia, es conveniente quedarse con el ordenamiento jurídico internacional que no requiere de una legislación local que lo implemente, y que es protector y garante del derecho de los pueblos indígenas de administrar su propia justicia.

La legislación local nunca debe limitar, sino más bien ampliar los derechos concedidos en la dimensión internacional. La ley de deslinde jurisdiccional elaborada en un contexto inmejorable es una llamada de atención, y también es una muestra de los enormes obstáculos que deben sortear pueblos y comunidades indígenas que sólo pretenden solucionar sus conflictos de la manera en que lo vienen haciendo, sin injerencia y sin ningún tipo de intervención de la justicia ordinaria o estatal. Falta mucho camino por recorrer para alcanzar un escenario ideal.

#### ***2.4. Obstáculos a la formulación normativa***

Ya fueron sugeridos algunos obstáculos con los que debe lidiar la formulación normativa que reconozca el derecho a administrar derecho propio. Superando los obstáculos a nivel internacional que, finalmente y después de mucho batallar, alcanzaron una formulación normativa que instaló a nivel global un paradigma pluralista, es necesario ahora librar una batalla local, que esclarezca los términos del debate y que avance en la concreción de derechos que estratégicamente necesitan plasmarse en el ámbito doméstico.

El primer obstáculo que se debe superar es la mirada conservadora de quienes trabajan, desde diferentes lugares, en el campo jurídico. Por lo general, el derecho es conceptualizado a partir de ciertos presupuestos básicos asentados en una comprensión "individualista", que descarta de plano la dimensión colectiva. Esta falta de amplitud a la hora de concebir el fenómeno normativo tiene como contrapartida un rechazo a todo lo diferente, innovador, creativo. Los derechos indígenas, derechos colectivos y humanos, ingresan en la discusión jurídica de la mano de los debates desde la teoría política y la filosofía jurídica, y no dejan de ser "una ajenidad" para la concepción mayoritaria. Instalar en el pensamiento jurídico la importancia de nuevas categorías forma parte también de los retos que enfrentan los pueblos indígenas.

El segundo obstáculo tiene que ver con el rechazo de los operadores y operadoras de justicia. Este rechazo responde a múltiples razones: teóricas, ideológicas, políticas. Todas ellas desconocen los derechos indígenas, invocan un principio de igualdad mal entendido –si es que los conocen- para no protegerlos, demuestran una incomprensión conceptual evidente a la hora de aplicar estos derechos.

El tercer obstáculo que debe enfrentar cualquier formulación normativa que pretenda incluir los derechos indígenas es algo que –paradójicamente– es uno de los principales derechos de los pueblos indígenas: el derecho a la consulta y el consentimiento previo, libre e informado. Este derecho –central para los pueblos indígenas, cuya inclusión en el Convenio 169 de la OIT significó un gran paso adelante, dado que los considera sujetos políticos dentro del Estado– es utilizado para postergar la elaboración de legislación relevante con la excusa que debe ser consultada, y que quienes deben consultar –el Estado– no se encuentra en condiciones de llevar adelante este proceso<sup>13</sup>.

Sin pretender elaborar una lista exhaustiva de las dificultades que debe superar la formulación de la legislación, debe tomarse nota de que en el ámbito doméstico es muy esforzado recorrer el camino para llegar a una ley que responda a los contenidos del actual ordenamiento jurídico internacional. Si bien es cierto que tratados o declaraciones están elaboradas con un nivel de generalidad que precisaría de alguna normativa que lo "baje a tierra", también es cierto que no se requiere de esta legislación secundaria para que estos instrumentos internacionales sean operativos. Muchas veces es preferible no contar con una ley que contar con una mala ley, como es el caso de la ley de deslinde jurisdiccional de Bolivia.

## **2.5. Debates de las últimas tres décadas**

Es a partir del Convenio 169 de la OIT y de la inclusión de algún artículo en las constituciones latinoamericanas que se inician los debates alrededor de la administración de justicia indígena, y su relación con la justicia ordinaria. Algunos de ellos, centrales para la construcción de articulación, siguen abiertos y han atravesado cualquier intento de regulación por parte de los Estados.

En primer lugar, clarificar cuál es el rol del Estado frente a los pueblos indígenas. A fines de los 80, principios de los 90, cuando se discutía el respeto a la jurisdicción indígena se discutía también una agenda liberal fruto del consenso de Washington. En otras palabras, se discutía alrededor de empequeñecer el Estado. Por un lado, se demandaba respeto a la justicia indígena; por otro lado, también se demandaba al Estado que estuviera presente a través de sus servicios esenciales, entre ellos administrar justicia, si las autoridades indígenas así lo decidían.

Sin embargo, más allá de esta claridad conceptual sobre la función del Estado, lo cierto es que reconocer la administración de justicia indígena también significaba –en aquel entonces– la posibilidad de que las instancias estatales y los servicios de justicia dieran la espalda a las comunidades. De allí que era imprescindible alcanzar un equilibrio sutil entre autonomía y presencia del Estado, cuando así se requiriese.

En segundo lugar, cómo llevar adelante una coordinación entre jurisdicciones. Si bien todo apuntaba –y sigue haciéndolo– a la elaboración de una ley que solucionara los solapamientos o que clarificara los casos en donde debía entender una u otra jurisdicción, lo cierto es que todo esto se presentaba mucho más complejo en la redacción concreta del articulado. Si bien estratégicamente pueden incorporarse normas específicas tanto en códigos o legislación general, así como formular una ley especial de coordinación, su contenido es muy discutible.

---

<sup>13</sup> El derecho a la consulta merece más que un párrafo, no sólo por la centralidad que ha adquirido para los pueblos indígenas dado que a partir de él pueden dialogar con las instancias del Estado, sino también por su recurrente vulneración e incumplimiento también por parte de dichas instancias. Actualmente en la región, junto con los derechos territoriales, es uno de los más ignorados y forma parte de las enormes tensiones existentes entre pueblos indígenas y Estado.

Cómo determinar las competencias, cómo definir los límites, qué sucede cuando en un caso determinado están involucrados indígenas y no indígenas, a quién le toca decidir.

En tercer lugar, y sin pretender agotar la lista de debates que tuvieron lugar, el respeto a los derechos humanos fundamentales tal vez es la discusión medular que sigue produciendo gran cantidad de literatura (Sánchez Botero, 2006) y numerosos contrapuntos. Está claro que los derechos humanos deben respetarse, no importando ninguna particularidad específica, ni tampoco ningún contexto espacial o temporal determinado. Pero como ya se señaló, las culturas diferentes poseen también marcos valorativos que muchas veces se encuentran en pugna. Entonces, cómo avanzar en el camino de la armonización cuando lo que es valioso para uno puede no serlo para el otro. Cuál es el límite que debe marcarse, y cómo evitar volver otra vez a una suerte de imposición cultural, cuando siempre el que tiene la última palabra es el que pertenece a una cultura dominante, que en este caso es la cultura occidental.

Los derechos humanos fundamentales tienen una larga historia. Y fueron positivizados luego de la tragedia de la segunda guerra mundial y del genocidio que se perpetró, precisamente para evitar que volviera a ocurrir. Pero estos derechos humanos también están sujetos a interpretaciones variadas. Interpretaciones que no tuvieron en cuenta la mirada indígena y su siempre presente dimensión colectiva. Con estos elementos, debemos hacer una lectura particular de los derechos humanos. Si bien es incuestionable su respeto, existen discusiones acerca de su pretensión de universalidad, y su raigambre netamente individualista.

Debates entre liberales y comunitarios han marcado toda una época, y fueron acompañados también de importantes trabajos teóricos que intentaron superar esta polémica dicotómica, asentada en presupuestos ius filosóficos encontrados (Kymlicka, 2009). Sin embargo, las discusiones subsisten y el telón de fondo de temas tales como niñez, violencia de género, disputas en el seno de la familia, herencias, cuota alimentaria (sólo por mencionar aquellos que se dan en la órbita de la justicia civil) constituye un marco axiológico que dista de ser armónico en las diferentes culturas<sup>44</sup>. El respeto a los derechos humanos fundamentales constituye una de las aristas más afiladas en el ámbito del respeto a la jurisdicción indígena.

### **3. Mapeo de los conflictos civiles**

En este apartado, se focalizará el desarrollo en los conflictos civiles. Se presta especial atención a éstos, dado que están vinculados con el impacto en el día a día de la comunidad, ya que son los problemas que sufren con mayor frecuencia. De ese modo, la justicia indígena también emerge en este tipo de disputas –y no sólo en las clasificadas como penales según nuestro derecho-. Se vuelve relevante llevar adelante un análisis que permita también detectar los puntos de encuentro, sus similitudes y diferencias, para construir puentes que permitan una mejor articulación.

#### **3.1. ¿A qué llamamos conflictos civiles dentro de una comunidad indígena?**

La distinción entre materias –la forma clásica en que ha sido clasificado, diseccionado y dividido el derecho occidental de tradición romanista– está muy alejada de las concepciones indígenas. Es impensable desglosar en una comunidad indígena sus reglas internas en diferentes “ramas del derecho”, tal como estamos acostumbrados a hacerlo en nuestra propia cultura. Por lo cual,

---

<sup>44</sup> Tal vez uno de los temas más difíciles de abordar sea el de “género”. Basta decir que el enfoque debe ser llevado adelante con profundo respeto por lo intercultural. Precisamente, este tema ha dividido aguas en el pensamiento feminista de los últimos tiempos, fragmentándolo. Así, se habla de feminismo occidental vs feminismo no hegemónico o indígena. Es imposible profundizar en estas vertientes, pero vale la pena advertir que no es una discusión pacífica, y que sigue generando profundas controversias.

pretender encontrar en una comunidad conflictos civiles, o conflictos penales, o conflictos comerciales de por sí ya constituye un camino equivocado. Sin embargo, es posible hacer el ejercicio de entender con nuestra mirada, utilizando nuestras propias categorías para intentar que "otro mundo" quepa en ellas.

De ese modo, y a través de un ejercicio forzado pero posible, podemos distinguir algunos de aquellos conflictos que según las categorías del derecho occidental se incluirían en lo que se considera el ámbito de lo "civil". Así, cuestiones familiares, disputas territoriales, violencia de género, temas vinculados a la niñez, aspectos relativos a la herencia, son aquellos problemas que pueden englobarse en la justicia civil. Pero vale la pena insistir en que para una comunidad indígena existen conflictos sin más, sin adjetivaciones, y se resuelven en orden a su gravedad e importancia para la comunidad. Su interacción con la justicia ordinaria es un tema diferente<sup>45</sup>.

Existen dos dimensiones que deben ser abordadas: 1) cómo se resuelven los conflictos de esta índole dentro de la comunidad<sup>46</sup>, cuando tanto los sujetos como los bienes afectados (en lenguaje del derecho occidental) son indígenas y pertenecen a la comunidad indígena; 2) qué jurisdicción debe intervenir y cómo debe darse una articulación, cuando las disputas se dan con "el afuera"<sup>47</sup>. Por lo general, en los conflictos territoriales que se extienden desde México hasta la Patagonia y que son centrales para los pueblos indígenas, las disputas son con privados -personas físicas o empresas- y con el propio Estado. El "afuera" hace alusión a esta externalidad.

Hacer un mapa de los conflictos civiles puede ser un horizonte, pero siempre será un esbozo impreciso, porque las conductas son cambiantes, porque no puede generalizarse en toda la región, y porque la situación de los pueblos indígenas varía de contexto en contexto. En este trabajo se analizarán aquellos casos, problemas, conflictos -que entrarían en la categoría de lo "civil"- más importantes, identificando los puntos de fricción con la justicia ordinaria y aportando algunas herramientas que pueden ser útiles para sentar las bases de una construcción política y jurídica más igualitaria entre los pueblos.

Sí puede esbozarse una descripción de las "formas procedimentales" y "horizontes" de la justicia indígena. El derecho indígena es oral, con sanciones predominantemente reparatorias (que no comparten nuestra idea de castigo), que utilizan la mediación, que deciden mayoritariamente en asamblea, etc. Cada pueblo -y dentro de cada pueblo, cada comunidad- puede tener su propia manera de gestionar su conflictividad. Para brindar notas características más precisas, es necesario llevar adelante un trabajo en terreno, que pueda aportar detalles de cada uno de los conflictos, sus soluciones, y el procedimiento para llegar a ellas<sup>48</sup>.

---

<sup>45</sup> No debemos olvidar que en muchos lugares -y en aquellos cercanos a las comunidades indígenas- existen jueces multifueros, que entienden todo tipo de materia. Por eso a veces estas distinciones también se difuminan en la justicia ordinaria.

<sup>46</sup> No es posible hacer una descripción de la forma de resolución de conflictos, salvo recurriendo a algunas fuentes etnográficas que no representan la diversidad de modos existentes entre los diferentes pueblos indígenas de la región, asimismo como dentro de cada uno de los pueblos. Si pueden presentarse rasgos generales, destacar la oralidad del derecho indígena, su proceso predominantemente asambleario, su sistema de sanciones que en ningún caso incluye pena privativa de libertad, etc. Pero es importante tener presente que describir cómo funcionan sus reglas internamente es una tarea que excede los objetivos de este ensayo.

<sup>47</sup> Este modo de expresarlo no debe entenderse como divisiones estancas, a modo de "cajas de zapatos", en donde la comunidad indígena no interactúa con la "sociedad mayor u occidental". Por el contrario, la relación es permanente, pero la distinción está dada sin lugar a dudas por lo que es indígena y lo que no lo es.

<sup>48</sup> Cfr. Ministerio de Justicia y Derechos Humanos, Banco Mundial, "Justicia Comunitaria", La Paz, 1997, diez fascículos. En este trabajo se describen los conflictos más frecuentes entre los aymara, quechua, guaraní, y los indígenas urbanos. Su contenido fue un insumo para un proyecto de ley de coordinación entre la justicia indígena y la justicia ordinaria.

### 3.2. Derecho de familia: cuestiones relativas a la niñez <sup>19</sup>

Como en todas las cuestiones que surgen en la comunidad indígena, debemos analizar por un lado cómo se dirime un problema que surge en relación a un derecho que involucra a la niñez internamente, dentro de la comunidad. Por otro lado, cuáles son las obligaciones estatales, muchas de ellas que surgen de los instrumentos jurídicos internacionales, en relación a la condición de especial vulnerabilidad de los niños, niñas y adolescentes. En tercer lugar, analizar cuál debe ser la interpretación de la normativa vigente, y cómo deben responderse a algunos casos dilemáticos.

En el caso de la niñez existe un nutrido arsenal normativo que conforma el derecho internacional de los derechos humanos, compuesto por tratados internacionales. En general está regulado por el Pacto de Derechos Civiles y Políticos y el Pacto de Derechos Económicos, Sociales y Culturales. En especial, por la Convención de los Derechos del Niño. Por otra parte, tanto el Convenio 169 de la OIT como las Declaraciones surgidas en sendos sistemas de protección (ONU y OEA) especifican aún más la temática, focalizándose en la niñez indígena.

El principio de no discriminación y el derecho a la igualdad atraviesa todo el bloque normativo, y también tiene una influencia determinante en la protección de los derechos del niño y de la niña.

El principio de no discriminación prohíbe todas las formas de discriminación en el disfrute de los derechos consagrados en la Convención. Como se ha señalado en el caso de la "Masacre de Mapiripán" vs. Colombia, "existe un vínculo indisoluble entre las obligaciones erga omnes de respetar y garantizar los derechos humanos y el principio de igualdad y no discriminación, el cual posee carácter de jus cogens fundamental para la salvaguardia de los derechos humanos". Por ello, los Estados tienen un "deber especial de protección que [...] debe ejercer con respecto a actuaciones y prácticas de terceros que, bajo su tolerancia o aquiescencia, creen, mantengan o favorezcan las situaciones discriminatorias". Por otra parte, les exige actuar con la debida diligencia y cuidado, evitando que sus agentes atenten contra los derechos humanos, absteniéndose de realizar acciones que de cualquier manera vayan dirigidas, directa o indirectamente, a crear situaciones de discriminación de jure o de facto (obligaciones negativas). Así, debe adoptar medidas específicas apropiadas para proteger y preservar los derechos conforme al deber de garantizar el pleno y libre ejercicio, sin discriminación, de los derechos de todas las personas bajo su jurisdicción (obligaciones positivas). Un ejemplo de estas medidas, son aquellas destinadas a asegurar el acceso a la justicia a personas indígenas, a tener intérpretes o facilitadores interculturales durante los procesos judiciales, según lo dispuesto en el artículo 12 del Convenio 169 de la OIT. (Valenzuela, 2016)

Con estos puntos de partida, y tomando como ejemplo algunos casos específicos, podemos tomar como referencia los estándares surgidos de las sentencias de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, que siempre arrojan luz sobre cómo debe interpretarse el material normativo y ser aplicado a un caso concreto<sup>20</sup>. Para llevar adelante una presentación analítica, se distinguen aquellos casos en donde la justicia ordinaria debe intervenir, existiendo parámetros legales para ello; y aquellos casos en donde se resuelve al interior de las comunidades, debiendo respetarse esta decisión en función de los principios de no discriminación, diversidad e identidad cultural.

---

<sup>19</sup> Ver Valenzuela Reyes, Mylene (2016). "Niños y niñas indígenas en la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos". Revista de Derecho Universidad Católica del Norte. Año 23 nro 2, Chile, pp. 211 - 240.

<sup>20</sup> En este punto, debo agradecer especialmente a Mylene Valenzuela Reyes, quien realiza un concienzudo y detallado trabajo sobre las sentencias de la Corte IDH en relación a los derechos del niño, niña y adolescente. Los estándares que ella trabaja son utilizados para el análisis presentado en este apartado.

Esto se puede ilustrar con algunos casos concretos. En Argentina, un caso que conocido en la provincia de Salta<sup>21</sup> involucraba una niña wichi víctima de un supuesto abuso sexual por parte de su padrastro. Más allá de todos los aspectos complejos de este caso concreto (que no vienen a consideración para este trabajo), la falta de documentación de la niña no permitía acreditar fehacientemente su edad. Este dato fáctico fue muy relevante para el caso, y su ausencia significaba también incumplimiento de las obligaciones estatales.

Ya la Corte Interamericana de Derechos humanos en el caso de Sawhoyamaya vs. Paraguay (2006) hacía mención de los obstáculos de algunos miembros de pueblos indígenas para obtener su documentación, debido a su situación de precariedad y a las dificultades geográficas y económicas que enfrentan; señalando que el Estado tiene la obligación de crear las condiciones para que puedan ejercer sus derechos civiles y también sus derechos colectivos.

Mucho se discute alrededor del interés superior del niño y niña<sup>22</sup>, que está contemplado en la Convención por los derechos de los niños, niñas y adolescentes. Más allá de cómo se lo defina, lo cierto es que influye a la hora de tomar decisiones sobre ellos. En el caso de las comunidades indígenas, cuando muchas veces son sus propias autoridades las que definen si el comportamiento es dañoso o no para el niño o niña, es posible interpretar que este interés va de la mano del respeto a su propia identidad cultural. Nadie mejor que las propias autoridades indígenas para saber qué es lo mejor para él, y que es lo que representa su mejor interés<sup>23</sup>.

Los Estados deben respetar los derechos de los niños y niñas a su cosmovisión, formas de vida y en general a su cultura, que corresponde "a una forma de vida particular de ser, ver y actuar en el mundo". En diversos casos la Corte ha sido enfática en señalar que los niños indígenas poseen una identidad distintiva que los vincula con su cultura, idioma y religión. El reconocimiento de tradiciones y valores colectivos de las culturas indígenas es cimiento de un Estado culturalmente diverso (Valenzuela, 2016).

Un caso muy paradigmático fue el de los mellizos U'wa en Colombia, en donde se discutió precisamente cómo resolver una cuestión interna de la comunidad (Sánchez Botero, 2006). La imposibilidad –"anclada en una particular creencia"- de criar mellizos llevó a una pareja a dejar en resguardo a sus hijos en un lugar estatal, hasta tanto intentaban transformar la creencia atávica de su pueblo de que parir mellizos podía aparejar desgracias para la comunidad. Un caso que se extendió en el tiempo y que finalmente pudo modificar ciertas prácticas, para permitir que sea su padre y su madre los que puedan criar a sus niños.

Otro ejemplo interesante que demuestra hasta qué punto existen tensiones que deben ser resueltas, es un caso en Guatemala, en donde la autoridad (alcalde indígena) de una comunidad indígena en Santa Cruz del Quiché "castiga" con algunos azotes a un niño de 12 años, acusado

---

<sup>21</sup> Por ejemplo, en el caso "Ruiz, José Fabián. Abuso sexual con acceso carnal calificado". Expte 3399/5.

<sup>22</sup> La Convención por los Derechos del Niño en su artículo 3.1 señala que en "todas las medidas concernientes a los niños que tomen las instituciones públicas o privadas de bienestar social, los tribunales, las autoridades administrativas o los órganos legislativos, una consideración primordial a que se atenderá será el interés superior del niño". El Comité de los Derechos del Niño, en su Observación N° 14 (2013) considera que se trata de un derecho sustantivo, un principio y una norma de procedimiento basado en una evaluación de todos los elementos del interés, de uno o varios niños, en una situación concreta. Es un principio jurídico interpretativo fundamental cuyo objetivo primordial es "garantizar el disfrute pleno y efectivo de todos los derechos reconocidos por la Convención y el desarrollo holístico del niño".

<sup>23</sup> En 2005 un niño de 3 años con una cardiopatía congénita de una comunidad mbyá guaraní de la provincia de Misiones, Argentina, es trasladado por "la fuerza pública" a un hospital de la capital provincial generando un importante conflicto intercultural.

de robo<sup>24</sup>. La Procuraduría de Derechos Humanos (PDH) lo acusa de "maltrato de menores", a solicitud de la Procuraduría General de la Nación (PGN). El alcalde está dispuesto a ser juzgado por las propias autoridades indígenas, pero argumenta que es el correctivo que, por lo general, aplican para el caso de robo. La madre del niño apoya al alcalde, y afirma que su niño trabaja, va a la iglesia, y mejoró su conducta a partir del castigo. La decisión del alcalde indígena cuenta con legitimidad, ya que toda su comunidad lo respalda. Finalmente, este caso pone sobre la mesa los diferentes marcos valorativos que coexisten, y deja abierta la enorme tarea de construir una convivencia donde todos respeten algunas reglas mínimas, las que también deben definirse colectivamente.

Casos que también se dan en el ámbito doméstico, como el de la violencia de género, es juzgado al interior de las comunidades con parámetros muy diferentes al de la sociedad occidental. Sin caer en las acciones tipificadas como delitos<sup>25</sup>, existe un rango de conductas que son reprochadas en ambas jurisdicciones, pero que tienen una gravedad diferenciada según cual sea la sociedad de que se trate. En una primera lectura, se puede llegar a conclusiones superficiales sobre lo que está en juego, o tildar directamente a una comunidad indígena de "machista"<sup>26</sup>. Sin embargo, y más allá que las discusiones de género también son transversales a este análisis<sup>27</sup>, debe estudiarse en profundidad cómo se da la dinámica social y, en su caso, trabajar para transformar algunas prácticas.

### **3.3. Derecho a la propiedad comunitaria indígena**

Los derechos territoriales son centrales para los indígenas, están vinculados íntimamente a su identidad y a su sobrevivencia como pueblos. Más allá de esta breve caracterización, es preciso reiterar la distinción: problemas internos que se resuelven a través de su propio derecho, y que en estos casos tienen que ver con cuestiones de linderos, animales (en qué tierras los alimentan), etc., y problemas relacionados con disputas con particulares o el Estado, que se arrojan derechos sobre territorios reclamados por pueblos indígenas.

En el segundo caso, lo que también se conoce como derechos territoriales, ya estamos refiriéndonos a todo tipo de cuestiones involucradas: derechos políticos, ejercicio de autonomía y libre determinación, soberanía, etc. Si bien estos derechos pueden ser eventualmente judicializados, y cuando lo son debe contemplarse que una de las partes es una comunidad o pueblo indígena, los que interesan especialmente en este trabajo con los conflictos clasificados como problemas internos.

Así, la justicia indígena puede presentarse en el primer caso, no así cuando están involucrados otros actores, en donde entra a jugar la justicia ordinaria, la que muchas veces no toma nota de que las cuestiones que involucran pueblos indígenas deben ser tratadas teniendo especial consideración sobre los derechos específicos de las comunidades indígenas.

---

<sup>24</sup> Ver Diario "Prensa Libre" del 13 de octubre de 2017.

<sup>25</sup> La relación entre la justicia indígena y la justicia penal es la que ha sido más trabajada, precisamente por los castigos que involucra y por los casos límites que presenta. Pero esta articulación no es objeto de este trabajo.

<sup>26</sup> Por ejemplo, los hombres participaban predominantemente en los espacios públicos, no así las mujeres. Esto, que desde la mirada occidental puede ser tildada de machista, es una "división de tareas" que también se ha ido modificando, adquiriendo actualmente otras dinámicas. Las mujeres, por lo general, dominan el espacio privado. Esto no es una regla en todas las comunidades y pueblos, sólo pretende ilustrar las calificaciones de ciertas prácticas.

<sup>27</sup> Desde la perspectiva feminista también existen muchas disputas internas. Desde aquel llamado feminismo occidental, al feminismo indígena o no hegemónico, existen muchas formas de abordar, incidir o impactar en algunas realidades.

Los que en este trabajo se llaman "problemas internos" son aquellos conflictos de tierra que puede darse dentro de una comunidad principalmente por el uso que se le da. No debe olvidarse que, en el caso de los pueblos indígenas, la propiedad comunitaria está titulada colectivamente, por lo cual no se presentan cuestiones de disputas territoriales propiamente dichas sino otro tipo de conflictos<sup>28</sup>. Por lo general, se resuelven a través de sus autoridades, consejo de ancianos<sup>29</sup>, etc., sin acudir a la justicia ordinaria. Sus decisiones son respetadas por "las partes", garantizando su acceso a la justicia, y dando respuestas mucho más útiles en términos de celeridad, sin gastos, con legitimidad, etc.

Es muy diferente el caso de conflictos territoriales cuando están involucrados terceros, ya sea el propio Estado o particulares. Muchos de estos conflictos se judicializan, y las respuestas han sido –y siguen siendo– muy variables, por lo que tampoco puede citarse una jurisprudencia consolidada alrededor del tema en América Latina. Sólo vale la pena mencionar como una jurisprudencia rectora en la región la emanada de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, que ha elaborado estándares que son extremadamente útiles a la hora de decidir sobre disputas territoriales<sup>30</sup>. Lamentablemente, si bien dicha jurisprudencia es citada como argumento de autoridad, y en algunas jurisdicciones sus decisiones son vinculantes, la jurisprudencia doméstica ha sido mucho menos generosa y en ocasiones desconoce lisa y llanamente los derechos de los pueblos indígenas.

Pero los casos de conflictos por tierras que se ventilan ante los tribunales civiles también tienen otro tipo de impedimentos. Algunos serán analizados con mayor profundidad en el siguiente apartado. Basta señalar los obstáculos procesales existentes, que dificultan enormemente una resolución adecuada de los conflictos, para advertir las dificultades de la justicia civil de ser sensible a la diversidad y la interculturalidad.

En los casos, por ejemplo, de desalojo, las decisiones judiciales no tienen presente las particularidades de las comunidades indígenas, sus requerimientos, sus derechos específicos, y así muchas veces dichas decisiones judiciales convalidan despojos y vulneración de derechos<sup>31</sup>. La justicia ordinaria no supera, en muchas ocasiones, los procesos de colonización, discriminación y racismo. Y dado que los derechos a la propiedad comunitaria son tan relevantes para los pueblos indígenas y centrales en sus reclamos, vale la pena mirar con un mayor escrutinio cómo es la relación entre esos derechos contemplados en la normativa y las decisiones judiciales que se van dando en toda la región, algunas protegiendo y otras desconociendo los derechos indígenas a sus territorios.

---

<sup>28</sup> Vale la pena acotar que en el caso de la Comunidad Vecinos de la Aldea de Chuarrancho, Guatemala, la recuperación de tierras y posterior titulación colectiva ha provocado un fenómeno de "fraccionamiento interno de las tierras", prolijado por las propias autoridades indígenas, que no parece ser deseable y que actualmente se presenta como un riesgo a tener presente, cuando la titularidad colectiva impide disponer de dichas tierras, lo que prácticamente podría disolver el territorio indígena.

<sup>29</sup> Por ejemplo, en la comunidad Diaguita Amaicha del Valle, en la provincia de Tucumán, Argentina.

<sup>30</sup> Por ejemplo, algunos de estos estándares que surgen de la jurisprudencia de la Corte IDH son: El Art. 21 CADH protege propiedad privada particulares y propiedad comunitaria de los pueblos indígenas, Los Estados tienen la obligación de demarcar y titular oficialmente, el Art. 21 CADH protege los derechos de los pueblos indígenas a los recursos naturales usados tradicionalmente, los Estados tienen el deber de consulta cuando limitan los derechos de propiedad, el Estado debe asegurar participación efectiva plan de desarrollo, el Estado garantiza que se beneficien razonablemente del plan, se debe llevar adelante un estudio previo de impacto socio-ambiental.

<sup>31</sup> Es el caso de los numerosos conflictos territoriales que se presentan en la Argentina, y en donde el reconocimiento judicial se ha mostrado al menos reticente. Ver fallos de primera instancia de la Asociación Civil Lhaka Honhat en Salta, las reivindicaciones de Santa Rosa Leleque en la provincia de Chubut, etc.

De estos litigios se desprenden innumerables consecuencias jurídicas, más allá de las políticas, brevemente mencionadas. En los países federales (Argentina, México, Brasil) de la relación entre jurisdicción nacional y las jurisdicciones federales surgen complejidades como las cuestiones de titulación colectiva, los temas de reordenamiento territorial, aspectos vinculados a las instancias de registración de títulos como los catastros, etc. Sin caer en el tipo de la usurpación que ya entraría dentro de los llamados conflictos penales, dentro del campo de la justicia civil el tema de litigio de tierras contempla un conjunto de "figuras procesales" que deberían necesariamente complementarse con instituciones que sean respetuosos de los derechos indígenas.

Salvo excepciones, en la generalidad de los casos esto no sucede, por lo cual cuando "entra en acción" la justicia ordinaria, es el tipo de conflictos en donde se viola más frecuentemente los derechos de las comunidades y pueblos indígenas. En la actualidad, esto se agrava aún más frente a las actividades extractivas (llevadas adelante por empresas trasnacionales) que explotan los recursos naturales en territorio reivindicado por pueblos indígenas. Los intereses económicos que atraviesan los conflictos son una razón de peso para que la justicia civil no sea más respetuosa de la diversidad existente.

### **3.4. Derecho al acceso a la justicia**

Quizás donde se advierte con mayor claridad la relación existente entre la justicia indígena y la justicia ordinaria, y la relevancia de ambas jurisdicciones en conjunto para los pueblos indígenas, es alrededor del derecho al acceso a la justicia. Para comprender adecuadamente los extremos de este derecho, se debe tener presente, por un lado, la importancia del fortalecimiento de la institucionalidad indígena, y como consecuencia el respeto de la jurisdicción indígena, con el fin de garantizar el acceso a la justicia de acuerdo a su cosmovisión.

Por otro lado, dentro de la jurisdicción ordinaria, se deben incorporar instituciones sensibles a la diversidad indígena que puedan, asimismo, garantizar el acceso a la justicia de los indígenas como ciudadanos del Estado. La inclusión de peritos especializados o de instituciones como el "amicus curiae" que puedan ilustrar al tribunal, la existencia de un cuerpo de traductores, traductoras o intérpretes, la existencia de procesos, prácticas e instituciones adaptadas a los requerimientos indígenas, son todas medidas que ejemplificativamente podrían ser incorporadas a la justicia ordinaria para garantizar que el acceso a la justicia sea genuinamente posible.

Por ello, el acceso a la justicia de las y los miembros de comunidades y pueblos indígenas tienen que ver centralmente con:

**Aparato, estructura y lógicas de la justicia convencional:** cómo está organizado institucional y burocráticamente el sistema judicial, sus tribunales y otros organismos del estado vinculados a este poder. Las pautas y plazos procesales que guían el día a día del proceso, así como los códigos, símbolos y prácticas que albergan los pasillos de las instituciones que, la mayor de las veces, contradicen o llenan lagunas de los cuerpos normativos (negación a sacar fotocopia o acceder al expediente por parte de un familiar, por ejemplo). El desconocimiento o indiferencia por parte de los/as jueces de responsabilidades a las que se obligó el estado argentino al ratificar el estándar internacional predilecto en la materia (Convenio 169 de la OIT). El escaso número de abogados/as que conozcan y litiguen la temática indígena.

**Diálogo de las diferencias entre los sistemas de justicia occidental e indígena:** visibilización de la justicia tradicional de los pueblos y de sus modos y métodos para resolver sus conflictos, mediante el respeto a la identidad, cosmovisión, tradiciones, creencias y

lenguas. Mediante un cambio de paradigma que permee al sistema judicial occidental, incentivar el reconocimiento de la jurisdicción indígena y el diálogo entre ambas maneras de administrar justicia en miras a generar instancias y procesos interculturales, diversos y plurales (Campos, 2017).

A lo largo de este artículo se demostrará cómo estos dos vectores son centrales para todo el camino de articulación de diferentes jurisdicciones, y cómo son recurrentemente ignorados por buena parte de la doctrina, jurisprudencia, mayoría de operadoras y operadores de justicia refractarios tanto del reconocimiento de una justicia indígena como de la incorporación de instituciones específicas, que puedan superar siglos de discriminación y dominación. El acceso a la justicia como derecho requiere insoslayablemente de una comprensión de lo indígena y su particular cosmovisión, a la par que entender sus reclamos políticos y el estatus de lo diferente.

### ***3.5. ¿Gestión de la conflictividad interna vs obligación estatal?***

El debate instalado alrededor del rol del Estado y de la existencia y vigencia de la justicia indígena es central para entender cómo debe construirse su relación con la justicia occidental. El dilema se plantea del siguiente modo: reivindicar el ejercicio del derecho propio o demandar por la obligación estatal de administrar justicia.

La idea de que el Estado pueda sustraerse de sus obligaciones con la justificación de la reclamada autonomía de los pueblos originarios siempre asoma en cualquier reflexión sobre este tema. No es casual que el auge del reconocimiento de la administración de justicia indígena se haya dado en un momento histórico de "achicamiento del Estado". Si se piensa, entonces, en que se deje de prestar un servicio de justicia, se sienta el precedente de que la obligación estatal es relativa, y que es posible apartarse de ella invocando el derecho a administrar justicia indígena.

Por otra parte, la posibilidad de administrar su propia justicia tiene derivaciones de enorme importancia: reconocer no sólo su propio sistema de justicia, sino sus autoridades legitimadas para llegar a decisiones obligatorias, instituciones indígenas en pie de igualdad con las instituciones propias del Estado, el reconocimiento de la calidad de sujetos políticos que detentan los pueblos indígenas y su relación simétrica con las autoridades del Estado.

Este aparente dilema es de muy fácil resolución. Empezando porque la jurisdicción indígena debe ser obligatoria para generar el conjunto de consecuencias a las que se hizo mención, pero teniendo también la posibilidad de declinar la jurisdicción (en los casos en que las autoridades indígenas decidan no intervenir por las razones que sean), cuando la decisión se toma en ejercicio de sus atribuciones. En otras palabras, no es posible que un solo miembro de la comunidad decida requerir el servicio de la justicia ordinaria a contrapelo de la decisión comunitaria. Cuando las autoridades resuelven que no desean intervenir en un caso sometido a su jurisdicción pueden solicitar que intervenga la justicia ordinaria, y sus autoridades tienen la obligación de intervenir y de prestarles ese servicio.

Como se advierte, no existe incompatibilidad ni dilema, sino sólo un diseño estatal y jurisdiccional más complejo, pero perfectamente posible de construir. Cuando se piensa en los conflictos "civiles" que decide efectivamente la justicia indígena, y se piensa simultáneamente en cómo interviene la justicia ordinaria, es perfectamente posible elaborar reglas de articulación, fortaleciendo la institucionalidad indígena a la vez que se sostiene la presencia estatal si ésta es requerida. Muchas veces la ausencia del Estado provoca un resurgimiento que puede ser visualizado, en una primera etapa, como una oportunidad para la autonomía de las comunidades, pero que puede revertirse en un abandono que no debe promoverse.

Asimismo, y explorando el camino de la articulación, es posible pensar –y así lo acreditan ejemplos concretos<sup>32</sup>- formas de colaboración entre jurisdicciones diferentes. Esto que se da perfectamente dentro del derecho occidental puede ser facilitado entre jurisdicción indígena y jurisdicción ordinaria. Existe siempre como telón de fondo de todo este “fenómeno social” la genuina reivindicación de derechos políticos de los pueblos indígenas. No obstante, también existe el derecho de la comunidad indígena de recibir respuestas por parte de sus autoridades respetando su propia cosmovisión, y desde el Estado también administrando justicia cuando así se lo requiera. Sólo se trata de, en algunos casos, formalizar lo ya existente desde hace siglos.

## **4. Coordinación o articulación entre justicia ordinaria y justicia indígena**

### **4.1. ¿Es posible esta coordinación?**

Responder esta pregunta nos lleva a plantear con antelación algunos temas. En primer lugar, si está claro –lo que ya ha sido señalado en este ensayo- que la justicia indígena existe antes de la conformación de los Estados, por qué tener que coordinar cuando es un dato fáctico que llevan coexistiendo hace más de dos siglos y medio. Pregunta que nos lleva a afirmar que en Estados del siglo XXI que asumen el pluralismo jurídico existente, se deben encontrar mecanismos que eviten cualquier tipo de conflicto jurisdiccional, a la vez que generar herramientas para la coordinación significa también respeto a la institucionalidad indígena.

En segundo lugar, cómo evitar que esta coordinación no signifique algo que viene planteado desde los inicios de los debates alrededor de la justicia indígena, esto es que coordinar no signifique una forma de subordinación del derecho propio al derecho occidental. Por lo general, la articulación se resuelve a través de “cierta concesión generosa” del Estado, que “permite” la resolución de conflictos al interior de las comunidades, pero dentro de un marco muy estrecho, con numerosos límites que le dejan sólo cuestiones menores, reservando lo relevante siempre a la justicia ordinaria.

En tercer lugar, la heterogeneidad del mundo indígena provoca situaciones muy disímiles. Existen comunidades y pueblos indígenas en donde sus sistemas de justicia están intactos, se preservan y sostienen la práctica de gestionar su conflictividad. Otros han ido debilitándose por los propios procesos de conquista y colonización, por lo cual enfrentan su recuperación identitaria y no se encuentran en condiciones de administrar justicia. En esos casos es el Estado no sólo quien debe prestarles el servicio, sino que debe contribuir a la recuperación y fortalecimiento de sus instituciones.

En cuarto lugar, la coordinación visibiliza aspectos de la diversidad cultural que son relevantes para la construcción del Estado intercultural. Una cosmovisión del mundo asentada en un marco valorativo divergente, y en ocasiones contradictorio con los valores de la sociedad occidental, genera un sinnúmero de desafíos para encontrar puntos de equilibrios que permitan una convivencia armónica.

Volviendo a la pregunta inicial, y ya acercando una respuesta contundente, sí es posible la coordinación. Una coordinación que muchas veces se lleva adelante de facto, pero que requiere de un marco normativo para enfrentar casos que conducen a dobles juzgamientos, solapamientos y redundancias. Sobre todo, que llevan a ignorar que los pueblos indígenas desde antaño poseen una organización compleja, con sistemas de gobierno y sistemas de

---

<sup>32</sup> Lo que se conoce como fenómenos de interlegalidad. Ver Sieder, R. (2012). Dos justicias: coordinación interlegal e intercultural en Guatemala, Guatemala: F/G Editores.

justicia. Alcanzar diálogos simétricos entre ambas jurisdicciones sigue siendo una deuda pendiente, aún en países que han avanzado tanto normativa como pragmáticamente, pero que no encuentran dentro del paraguas estatal el reconocimiento tantas veces postergado.

Por último, la coordinación puede plasmarse en una ley formulada a tal efecto, pero que sólo marque con trazos gruesos los principales aspectos de la coordinación. De ningún modo una ley de coordinación debe avanzar sobre lo que el derecho indígena es o sobre su contenido, sólo debe identificar los puntos de tensión y clarificar sus alcances y las reglas que debe regir su relación.

#### **4.2. Principales aspectos de la coordinación**

La coordinación entre diferentes jurisdicciones requiere tener presente un conjunto de elementos. Al menos, estos aspectos son los siguientes:

- Delimitación de la competencia de ambas jurisdicciones (competencia material, competencia territorial, competencia personal).
- Identificación de las formas de colaboración entre ambas jurisdicciones y/o modos de asumir o declinar la competencia.
- Establecer límites para la administración de justicia indígena. Respeto a los Derechos Humanos Fundamentales.
- Fortalecimiento de la institucionalidad indígena.

*Casos de conflictos de competencia (material, personal, territorial).* La competencia material está claramente definida en el Convenio 169 de la OIT. La jurisdicción indígena puede entender en cualquier tipo de caso, por lo cual no existen límites a su competencia material. Este es un punto abierto a permanente debate, dado que algunos sectores sostienen que existen casos que deben ser sustraídos de la competencia de la jurisdicción indígena<sup>33</sup>. En la justicia civil temas vinculados a la niñez o a las cuestiones de género son profundamente discutidos en relación a quién debe dirimirlo.

En cuanto a su competencia personal, la regla general es que quienes deben someterse a la jurisdicción indígena son miembros de la comunidad indígena; no obstante, intuitivamente parece ser insuficiente sólo sujetar a indígenas a la jurisdicción indígena. Pueden pensarse casos en donde un ciudadano no indígena esté involucrado en un conflicto dentro de la propia comunidad indígena, provocando consecuencias a bienes o personas de la misma comunidad. En ese caso, no parece indicado someter a la persona a la jurisdicción ordinaria.

Pueden darse algunos otros supuestos que interpelan la regla básica que rige la competencia personal, por ejemplo, cuando una persona está vinculada a algún miembro de la comunidad indígena por un vínculo familiar o parental y vive dentro de la comunidad indígena. En esta hipótesis el no indígena debería ser juzgado por la jurisdicción especializada indígena. Estos posibles casos hacen necesario formular en una potencial ley un artículo que claramente establezca los contenidos y límites de las diferentes competencias.

En el caso de la competencia territorial también debe dejarse claramente establecido en la ley cuáles serán los alcances. Parece no ser suficiente señalar que serán competentes las autoridades indígenas para entender de los hechos y efectos que tengan lugar en la jurisdicción indígena. En una ley de coordinación debe quedar también expuesto cómo se

---

<sup>33</sup> Ya fue señalado en un apartado anterior cómo la ley de deslinde jurisdiccional de Bolivia vacía la jurisdicción indígena.

soluciona el problema que provocan los migrantes, y si éstos, fuera de su comunidad (por ejemplo, un caso muy común en Bolivia), deben ser juzgados por la jurisdicción ordinaria o debe entrar a conocer la jurisdicción indígena.

*Formas colaborativas.* Muchas veces, las autoridades indígenas no quieren decidir en un caso determinado, o si bien quieren hacerlo no cuentan con los medios para llegar a una decisión informada (por ejemplo, se piensan en un caso en donde se precise establecer un vínculo parental, o si se requiere algún tipo de informe de algún especialista sobre la forma de uso de la tierra), puede solicitar ayuda a la jurisdicción ordinaria, y ésta debe tener la obligación de prestar el servicio. Por otra parte, si la justicia ordinaria entiende en un caso que les corresponde a las autoridades indígenas, puede declinar su competencia en favor de esta última.

En definitiva, son modos simples de interacción que sólo buscan llevar adelante un mejor servicio, respetando la institucionalidad indígena, sus derechos políticos (entre ellos la autonomía y libre determinación), en el marco de la construcción de un Estado intercultural y plurinacional. Una ley de coordinación debe contemplar claramente estas formas de articulación, que son también uno de los caminos más claros para tender al fortalecimiento de la justicia indígena.

*Límites a la jurisdicción indígena.* Respeto a los Derechos humanos fundamentales. Tal vez uno de los temas que más discusiones ha suscitado alrededor de la administración de justicia indígena es el respeto de los derechos humanos fundamentales. Este tema de discusión se da especialmente alrededor de los conflictos categorizados como penales, y cuestiona los castigos que las comunidades indígenas tienen previsto, los que "supuestamente" atentarían contra los derechos humanos. Sin embargo, en los conflictos civiles también puede presentarse la misma discusión, sobre todo porque como ya fue explicado, en las comunidades no existe una división entre tipo de conflictos o ramas del derecho, y su sistema de castigo es aplicable a los conflictos sin más, en donde alguna disputa civil puede quedar atrapada en ese esquema. Si bien el respeto a los derechos humanos fundamentales ha sido receptado por los principales instrumentos normativos internacionales, los pueblos indígenas demandan recurrentemente que éstos sean interpretados interculturalmente (Sánchez Botero, 2006).

En este sentido, el art. 202 del nuevo proyecto de Constitución expresa en su inc. 8 que una de las atribuciones del Tribunal Constitucional Plurinacional es conocer sobre "las consultas de las autoridades indígenas originario campesinas sobre la aplicación de sus normas jurídicas aplicadas a un caso concreto. La decisión del Tribunal Constitucional es obligatoria".

De esta forma, la composición mixta del Tribunal Constitucional asegura que las decisiones van a ser tomadas con diferentes miradas y, por lo tanto, con diferentes marcos valorativos, lo que en principio garantiza que lo resuelto por las autoridades indígenas será evaluado interculturalmente. Esto es relevante ya que, por una parte, existe una segunda instancia en los casos de violación a los derechos fundamentales (no sólo en estos casos) y, por otra parte, también representa una forma de sobreponernos a las tensiones valorativas –y concretamente a los dilemas que siempre plantean los derechos humanos y su respeto, a través de una instancia plurinacional.

*Fortalecimiento de la institucionalidad indígena.* No puede ser ajeno que en muchas de las comunidades indígenas su institucionalidad puede estar debilitada por los mismos procesos de exclusión y discriminación –que se agrava con el no reconocimiento por parte de los Estados hasta hace no tanto tiempo atrás- y por contextos totalmente adversos para los Pueblos indígenas.

Es en este marco que los Estados deben asumir la obligación de contribuir a fortalecer sus instituciones, no sólo por una suerte de responsabilidad histórica sino también porque frente a la construcción de nuevos modelos estatales que privilegian la plurinacionalidad, apuntalar un diálogo genuino entre las diferentes nacionalidades también está ligado a la subsistencia de sus propias formas de gobierno, de administración de justicia, de gestión de sus recursos, etc.

Es así que una ley de coordinación debe contar con un apartado (un capítulo, algunos artículos, de acuerdo a la sistematización de su texto) que exprese esta contribución del Estado, ya sea a través del desarrollo de programas específicos, o a través de una cooperación que pase por rescatar y consolidar las formas propias de dirimir conflictos.

### **4.3. La coordinación y los conflictos civiles: ¿superposición de una jurisdicción sobre otra?**

Si nos detenemos en algunos ejemplos descriptos, es evidente que la superposición de jurisdicciones no sólo es posible, sino que tampoco es excepcional. Muchas veces conflictos que ya fueron abordados internamente en una comunidad indígena son judicializados por la justicia ordinaria civil<sup>34</sup>. Esto puede suceder por diferentes vías: porque el afectado recurre ahora a la justicia ordinaria, insatisfecho con la respuesta de la justicia propia; porque la justicia ordinaria interviene de oficio al tomar conocimiento de un conflicto dentro de una comunidad (en el caso, por ejemplo, del derecho de familia); porque la justicia ordinaria desconoce la fuerza normativa de las decisiones tomadas por las autoridades indígenas.

De esta superposición surge la necesidad de demarcar límites, establecer adónde llegar una jurisdicción y adónde comienza la otra. La articulación en el ámbito penal se ve con mayor claridad, porque los conflictos son más sensibles, y porque principios como el "non bis in ídem" atraviesan nuestro derecho penal, cimentando las bases del derecho penal democrático, liberal y garantista.

En la justicia civil no sólo enfrentamos a una categoría "cajón de sastre" en donde su contenido es variopinto, sino que muchas veces sus intervenciones son de orden privado, lo cual limita necesariamente su actuación. Su coordinación ha sido menos estudiada por la literatura, y los tipos de conflictos que se dirimen al interior de las comunidades –en la categoría civil– son mucho menos conocidos.

De todos modos, ya sean conflictos penales o civiles, se debe dejar establecida una regla de oro que rige para la coexistencia de diferentes jurisdicciones: la jurisdicción indígena siempre es obligatoria, no es optativa. Sólo puede ser renunciada si las autoridades indígenas así lo deciden, pero nunca puede el afectado elegir a qué jurisdicción acudir. Los sistemas de justicia no pueden ser seleccionados de acuerdo a las ventajas/desventajas que presentan para los involucrados. Caso contrario, una jurisdicción que fuera optativa perdería credibilidad y afectaría cierta previsibilidad que debe garantizar cualquier sistema de justicia.

### **4.4. Mínimos que deben garantizarse en la coordinación**

Sin lugar a dudas, la administración de justicia es un servicio esencial que –para algunas teorías– justifica la existencia misma del Estado. Una supuesta coordinación no puede explicar de ningún modo la ausencia de este servicio, ya sea prestado por el Estado, ya sea brindado por las propias autoridades indígenas.

---

<sup>34</sup> Hablar de la justicia civil es de por sí problemático, dado que hoy no existe como tal, como justicia civil, como una categoría homogénea. Tampoco existen principios comunes para todas las áreas de la así llamada justicia civil. En definitiva, la justicia civil también es una ficción.

Por otra parte, se debe llamar la atención sobre un punto dilemático que sigue abierto tanto para las instancias del Estado, como para las comunidades y pueblos indígenas. Si el Estado reconoce la administración de justicia indígena, esa justicia se convierte también en "parte del Estado". Es el Estado entonces el que ofrece "diferentes tipos de justicia": la justicia ordinaria y la justicia indígena. Sin embargo, las autoridades indígenas no resuelven en nombre del Estado, sino que lo hacen en función de la legitimidad que les otorga la comunidad. No se sienten representando al Estado, y mucho menos se ven a sí mismos como funcionarios de ese Estado. De allí -aunque técnicamente sería correcto hablar de la justicia indígena como justicia del Estado- es adecuado hacer la diferenciación, por ello se habla de justicia ordinaria, por un lado, y de justicia indígena por el otro.

En cuanto a los mínimos que debe garantizar una correcta coordinación, y así como lo estableció la Corte Constitucional colombiana para los castigos previstos para lo que desde el derecho occidental llamamos delitos o conflictos penales<sup>35</sup>, deben existir algunos límites que respeten los derechos humanos fundamentales, no importando la procedencia étnica de los sujetos involucrados.

Frente a los conflictos civiles, la justicia indígena no puede traspasar ciertas vallas. Se invocan cuestiones de género, derechos de la niñez (el ya tan renombrado "interés superior del niño"), derechos de familia, pero nada tan trabajado y profundizado como los mínimos citados para los conflictos penales. Ahora bien, se debe remarcar que la identidad cultural debe ser respetada y entendida para comprender también el tipo de decisiones que emanan en las comunidades indígenas. Como ya se enfatizó, los marcos valorativos son diferentes, de allí el acento en la diversidad cultural que enmarca todo este trabajo. Si se pretende llegar a las mismas decisiones que las que se tomaría en la jurisdicción ordinaria, no tendría mucha razón de ser hablar de jurisdicciones diferentes.

Existe consenso alrededor de que ciertos mínimos básicos no pueden ser trasgredidos, pero luego de este piso (muy difícil de definir y determinar) debe existir un margen de libertad para gestionar, decidir, resolver, a fin de que pueda hablarse genuinamente de pluralismo jurídico. El respeto de la justicia indígena debe asentarse en algunos principios muy generales, pero luego de ciertos "acuerdos valorativos" (que no signifique la imposición de una cultura sobre otra), debe dejarse espacios de libertad para gestionar según las reglas y valores de cada comunidad indígena.

#### **4.5. Coexistencia armónica de ambas jurisdicciones**

Para alcanzar una convivencia armónica entre diferentes sistemas de justicia dentro de un mismo espacio geopolítico, es posible pensar en diferentes estrategias que puedan poner blanco sobre negro -o normativizar- dicha coexistencia. Así, pueden plantearse algunos caminos no incompatibles, como la incorporación de cláusulas en los códigos de fondo o códigos adjetivos, formulación de una ley especial, etc. (Ramírez, 1999) que transparenten en primer lugar la existencia de modos de gestionar la conflictividad diferente, y en segundo lugar puedan esclarecer quién debe decidir en cada uno de los casos.

Más allá de algún artículo específico, una ley que articule los sistemas de justicia debe contemplar, tal como ya fue adelantado en este mismo ensayo:

---

<sup>35</sup> Los mínimos constitucionales establecidos por la CCC son: no a la pena de muerte, no a la esclavitud, no a la tortura, sí al debido proceso.

- Casos en los que debe entender una y otra.
- Sujetos a los que alcanza una y otra jurisdicción.
- Ámbito de aplicación de cada uno de los sistemas de justicia.
- Límites a la jurisdicción indígena.
- Escenarios en donde la justicia indígena declina competencia o la justicia ordinaria asume la competencia, o se inhiba.

Para ir paso a paso: en primer lugar, debe identificarse claramente si existe un sistema de justicia, un modo organizado de gestionar la conflictividad, en otras palabras, si existe un sistema de justicia indígena. Para decirlo brevemente, si existen autoridades indígenas, si disponen de un conjunto de reglas –vale la pena remarcar que son reglas orales, no escritas-, si existe algún tipo de sanción a un comportamiento desviado de la regla, si existe un procedimiento –de acuerdo a su propia cultura- que les permita llegar a una decisión legitimada.

Una vez que existe evidencia empírica<sup>36</sup> de la existencia de los sistemas de justicia y la vigencia de sus reglas, deben establecerse mecanismos que eviten una superposición de herramientas de gestión de la conflictividad, a la vez que puedan gestar marcos de cooperación para promover intercambios complejos que lleven a la construcción de interculturalidad. Los fenómenos de interlegalidad (Sieder, 2012), por ejemplo, forman parte de nuevas formas de administrar justicia que conservan espacios propios, pero que dejan abierta la puerta a construcciones colectivas.

Finalmente, avanzar sobre nuevas formas de legalidad significa crear nuevas formas de estatalidad. Precisamente de esto se trata, de dejar de visualizar a los pueblos indígenas como –en el mejor de los casos- apéndices de instancias más desarrolladas, y entender que sus instituciones son tan centrales para sus modos de vida, como nuestras organizaciones lo son –para bien y para mal- para nuestras propias vidas.

## **5. Coordinación o articulación entre justicia ordinaria y justicia indígena**

### **5.1. Aspectos a tener en cuenta por la justicia ordinaria**

Reiterando lo que ya ha sido dicho en este mismo artículo, actualmente uno de los principales derechos reivindicados por los pueblos indígenas es el derecho a su propiedad comunitaria. Dado que el territorio reivindicado muchas veces está en manos de particulares, o son tierras fiscales, y en ambos casos poseen numerosas riquezas naturales, la disputa por la tierra es una situación recurrente. En gran parte de los casos estos conflictos terminan judicializándose, y es la justicia civil la que debe intervenir<sup>37</sup>.

---

<sup>36</sup> Aquí es preciso realizar una aclaración. No se pretende que el “no indígena” establezca o determine si en tal comunidad indígena ha subsistido la justicia indígena. Esto sería una subordinación inaceptable, y un predominio cultural que se quiere evitar a lo largo de todo este trabajo. De lo que se trata es de obtener datos fácticos que permitan constatar si estos sistemas de justicia se encuentran vigentes, dado que no es posible ignorar que mucha de la institucionalidad indígena se encuentra debilitada por los propios procesos de colonización y dominio.

<sup>37</sup> No se debe olvidar que lo que está en juego es mucho más que la tierra: sus derechos de autonomía, de libre determinación. Su identidad cultural y en definitiva su sobrevivencia como pueblos. También es importante advertir que en ocasiones interviene la justicia penal, cuando se incurre en el tipo penal de “usurpación”. No obstante, y aún en esos casos, siempre está abierta la vía civil, y es allí en donde debería resolverse el conflicto una vez que ingresa a la justicia.

La justicia civil ordinaria está obligada a tener en cuenta e incorporar:

- La normativa internacional vigente (Convenio 169 de la OIT, DNUDPI, DADPI).
- La legislación interna en cada uno de los países.
- Instituciones que coadyuven a una mejor comprensión del problema (la inclusión del peritaje, la figura del *amicus curiae*, etc.)
- Cuerpo de traductores o intérpretes que permitan en todo momento que los indígenas involucrados puedan expresarse en su propia lengua.
- Instituciones judiciales especializadas (como por ejemplo la defensa pública indígena) y operadores judiciales especializados.

En los siguientes apartados se desarrollarán estos presupuestos. Es importante que en la justicia civil puedan incorporarse otros elementos a la hora de decidir un caso que afecte a pueblos indígenas. En el caso de los conflictos territoriales, la carencia de una defensa adecuada (y la falta de abogadas y abogados especializados) conspira contra procedimientos adecuados, que puedan garantizar la protección de los derechos indígenas<sup>38</sup>.

Por otra parte, en muchos países estos procedimientos se agravan cuando no existe claridad acerca de cuáles son los territorios reclamados por las comunidades indígenas. En gran parte de ellos está pendiente una suerte de reordenamiento territorial que permita llegar a acuerdos. Esta falta de claridad sobre lo que se está demandando no es casualidad, porque responde a un rechazo casi generalizado de reconocer en la práctica los derechos que ya han sido reconocidos normativamente. Por lo cual, cuando se sustancia el proceso civil no se cuentan con elementos claves y tampoco la justicia genera las condiciones para obtenerlos (por ejemplo, requerir un informe técnico para contar con datos que den cuenta del estado de situación).

## **5.2. Incorporación en el ámbito sustantivo y procesal**

El conflicto territorial una vez que ingresa en sede judicial<sup>39</sup>, adquiere determinadas características definitorias que obliga a analizarlo y resolverlo de acuerdo a determinados parámetros.

El litigio, por lo general, se estructura alrededor de seis elementos: caso, sujetos, actos, tiempo, espacio y coerción (Binder, 2013). Para llevar adelante un ejercicio que desglose los diferentes elementos del proceso –y que pueda resaltar las diferencias con conflictos comunes– se presentará un análisis paso por paso.

- 1. Caso.** A diferencia de otras disputas territoriales, en el caso de los pueblos indígenas – y precisamente por los derechos existentes, que rodean estos casos– éste adquiere el estatus de un caso "político constitucional", en donde no puede caracterizarse

---

<sup>38</sup> El Relator Especial de Naciones Unidas sobre Derechos de los pueblos indígenas, James Anaya, luego de su visita a la Argentina, elaboró un informe con sus principales conclusiones. En el apartado 53 expresa: *"La grave inseguridad jurídica de tierras indígenas se ha reflejado en el alto número de desalojos de comunidades indígenas. La mayoría de estos desalojos han sido producto de órdenes judiciales de tribunales provinciales en donde se acusa a miembros de pueblos indígenas de usurpación de terrenos privados. En algunos casos, no hubo previo aviso a las comunidades afectadas, y los desalojos fueron dictaminados en procedimientos en que las comunidades no tuvieron la oportunidad de defensa. Existen casos en que los operativos de desalojo ocasionaron la destrucción de viviendas y propiedad, incluyendo animales de cría y cultivos, de miembros de pueblos indígenas"*.

<sup>39</sup> Debe recordarse que la instancia administrativa, previa a la judicial, es central, y gran parte del conflicto "debería" resolverse en dicha instancia.

simplemente como un "problema entre particulares" (por supuesto, también una de las partes en conflicto puede ser el Estado, cuando las tierras supuestamente son fiscales), sino que el Estado –a raíz de su calidad de garante- debe estar siempre presente. En otras palabras, existe una obligación estatal de intervenir, por lo cual el conflicto siempre es un conflicto de tres partes.

**2. Sujetos.** Los sujetos intervinientes, tal como se señaló, generan una situación particular. Las comunidades o pueblos indígenas tienen un estatus diferente a cualquier otro, poseen derechos específicos y se encuentran amparados por numerosa normativa. Todo lo cual provoca que el Estado participe, generando conflictos mucho más complejos y con aristas particulares.

**3. Actos.** Los actos procesales son particulares. Tanto las características de la demanda, como la prueba, los costos del proceso, deben ser contemplados a la luz de la especialidad de los conflictos. En el caso de las características de la demanda, la petición no puede ser tan detallada como en una demanda ordinaria, dado que muchas veces se requiere de apoyo externo para presentar adecuadamente la delimitación de lo solicitado. Por otra parte, existen estados de los títulos, conocer quiénes son los propietarios o poseedores, todos trámites que requieren de personal especializado. La construcción de la prueba también es compleja y demanda de asistencia técnica, que muchas veces implica costos que las comunidades indígenas no pueden afrontar.

**4. Tiempo.** Cualquier abogado o abogada litigante que acompaña los litigios indígenas conoce que los tiempos de la justicia ordinaria no son los mismos que los de las comunidades. Muchas veces para tomar ciertas decisiones –que se toman colectivamente- se requiere de tiempo, no sólo para discutirlos, sino que en muchos casos existen una distancia considerable entre las familias y no es fácil reunirse. Sus procesos de toma de decisión también difieren de lo que habitualmente la justicia considera un tiempo razonable.

**5. Espacio.** En países federales, someter el conflicto ya sea a la justicia federal o a la justicia provincial es una primera dificultad a enfrentar. En países con otra organización de gobierno, someter el conflicto a una jurisdicción que por lo general es hostil también plantea problemas, sobre todo porque la justicia ordinaria en una dimensión local está muy ligada a ciertos intereses que privilegian la explotación de los recursos naturales en territorio indígena.

**6. Coerción.** En el transcurso del proceso, pueden tomarse una batería de medidas que detengan cualquier tipo de aprovechamiento de los territorios reivindicados por las comunidades indígenas. Estas medidas cautelares también tienen que tener presente la relación de las comunidades indígenas con el hábitat, la relevancia de conservar su territorio, los elementos espirituales que lo conforman, etc., tal como ya ha sido desarrollado en las sentencias de la Corte Interamericana de Derechos Humanos<sup>40</sup>.

Esta forma de llevar adelante el análisis permite visualizar más claramente los contrastes existentes con la cosmovisión indígena, y lo que la justicia civil debe incorporar en sus propias prácticas para respetarla. De todos modos, vale la pena realizar una última reflexión. Lidar desde la justicia civil con las formas de vida indígena tal vez es más complejo que desde la justicia penal, porque sus pautas de comportamiento pueden variar no sólo dentro de los pueblos indígenas, sino en cada una de las comunidades. Si a esto se le añade que los

---

<sup>40</sup> Ver la primera sentencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, paradigmática, ya que inauguró la jurisprudencia sobre la materia: *Awas Tingni vs. Nicaragua* de 2001.

conflictos disímiles son de muy diversa entidad, y que nos referimos a cuestiones tan diversas como herencias, el trabajo de niños y niñas, la dimensión colectiva de la propiedad, etc., no es posible prever todas las situaciones posibles, sino que sólo resta pintar con trazos gruesos un escenario que va cambiando de aspecto según cuál sea la luz que lo ilumina.

### **5.3. Armonización de instituciones indígenas y ordinarias**

Más allá de las dificultades, es posible armonizar las instituciones indígenas y ordinarias para alcanzar una convivencia pacífica. Y, principalmente, para no forzar una imposición cultural que lleva al desconocimiento y al desprecio del otro. Las formas de vida colectivas tan diferentes a las de la sociedad occidental cimentadas en los derechos individuales, exigen una comprensión y respeto de lo distinto, que fuerza permanentemente a llevar adelante un ejercicio que es –ni más ni menos- ponerse en los zapatos del otro.

En casos que se dan en toda América Latina (algunos que ya fueron mencionados), desde México a la Argentina, desde Colombia hasta Bolivia, es posible pensar en una relación de respeto basada en el diálogo y en la convivencia de las diferentes prácticas, tanto unas y otras legítimas y asentadas en un acuerdo que va renovándose de modo permanente.

Desde ya que una ley de coordinación no es el único instrumento para alcanzar la coexistencia. Tampoco las prácticas –empezando por la formulación de las políticas públicas y las decisiones emanadas de los tribunales- se transforman automáticamente. El “vicio de origen” –asentado en el genocidio indígena- atraviesa una relación que se amarra en el binomio de superioridad /subordinación. Generar, contemporáneamente, relaciones simétricas es una interpelación tanto a las instituciones del Estado, como así también a la sociedad en general, quienes deben erradicar un mito atávico de considerar que lo indígena es salvaje, para entender que las culturas diferentes enriquecen.

Reconocer no sólo la justicia indígena, sino la posibilidad de que la articulación es posible, suma a la superación del desafío que significa construir igualdad. Se están dando los primeros pasos, pero falta aún mucho transitar por el camino de la articulación y la convivencia.

### **5.4. Caso de Argentina**

En Argentina, la inclusión en la Constitución de 1994 de un inciso en el artículo 75 (inc. 17) respecto al reconocimiento de la posesión y propiedad comunitaria indígena de las tierras que tradicionalmente ocupan, significó un enorme avance con respecto a lo que contemplaba la constitución histórica de 1853 -60, que, desde un viejo paradigma, preveía el trato pacífico en las fronteras y la conversión de los indios al catolicismo.

Sin embargo, este reconocimiento que ya lleva más de dos décadas, ha encontrado innumerables obstáculos para su concreción y dista mucho, en la actualidad, de ser un tema resuelto. Por el contrario, parece que existe una política de Estado de desconocer, de negarse a llevar adelante un reordenamiento territorial, y de negarse también a llevar adelante una titulación colectiva que se vuelve cada día más necesaria, por los enormes conflictos territoriales existentes, los que tienden a agudizarse.

Luego de esta inclusión constitucional, las comunidades indígenas fueron cada vez más conscientes de sus derechos, y los Estados nacional y provincial (recordemos que la Argentina es un país federal, lo que complejiza aún más las situaciones) cada vez más renuentes a implementarlos. La legislación secundaria se fue volviendo esquiva, y sólo podían invocarse para protegerlos tanto los instrumentos jurídicos internacionales como la Constitución. Como contrapartida, las decisiones de los tribunales empezaron por ignorar lisa y llanamente estos

derechos. Actualmente también algo se ha avanzado en jurisprudencia<sup>41</sup>, pero no existe ni doctrina ni jurisprudencia inequívoca que ampare los derechos territoriales indígenas.

En 2013 se inició una discusión a nivel nacional alrededor de la reforma al Código Civil (un Código que nunca se había reformado) junto con la unificación de la normativa civil y comercial. En el proyecto original se incorporó todo un título dedicado a la propiedad comunitaria indígena<sup>42</sup>, lo que reflejó una falta de comprensión conceptual preocupante junto con un desconocimiento de aspectos básicos de este derecho (Ramírez, 2012), sumado a que un tema tan central para los pueblos indígenas, en ningún momento fue consultada su redacción, en observancia al derecho a la consulta, contemplado tanto en el Convenio 169 como en las Declaraciones de Naciones Unidas y Americana. Afortunadamente, y por las permanentes movilizaciones indígenas, este título fue descartado y el código finalmente se promulgó con un solo artículo que remite el desarrollo de este derecho a la propiedad comunitaria indígena a una ley especial.

Con anterioridad a esta discusión, en 2006 y debido a los graves conflictos territoriales, se promulgó la ley N°26160 de emergencia territorial y suspensión de los desalojos, con vigencia hasta noviembre de 2017. Esta ley muy austera en su articulado, ordenaba al Instituto de Asuntos Indígenas (INAI), instancia que a nivel nacional se ocupa de las cuestiones que atañen a pueblos indígenas, que llevara adelante el relevamiento técnico jurídico catastral, para poder tener claridad acerca de cuál es el territorio demandado y en qué situación registral se encuentra.

Lamentablemente, a la fecha poco se avanzó en este relevamiento. Se está discutiendo en el Congreso de la Nación una cuarta prórroga, sin tener claridad hasta el momento cuál será la posición del gobierno actual en un escenario en donde los conflictos territoriales se van agravando. Por otra parte, si bien existe algún que otro proyecto de ley especial que regule la propiedad comunitaria indígena, no existen razones para pensar que se discutirá en un futuro próximo.

Frente a este escenario, gran parte de las disputas territoriales se están judicializando. Y si bien, como ya ha sido expresado, existe algún fallo favorable lo cierto es que un conjunto de elementos –tiempos procesales extensos, escasez de abogadas y abogados formados, altos costos, dificultades en constituir las pruebas, etc.- atentan contra la vigencia de estos derechos, principalmente por las dificultades de la justicia ordinaria de incluir prácticas, instituciones y procedimientos acordes con la cosmovisión indígena. Todo lo cual también se encuentra agravado por lo sensible que es para todas las partes este tema en particular, en especial cuando se encuentran involucrados otros actores (sectores con mucho poder económicos) que tienen mucha influencia en el sector judicial.

En definitiva, el caso de Argentina es el reflejo de lo que sucede en toda América Latina. Derechos reconocidos, brecha de implementación, y una justicia que es predominantemente conservadora y reacia a incorporar otro tipo de miradas. Sin embargo, una mayor concientización y sensibilización de parte de los operadores de justicia va gestando de a poco una jurisprudencia más sensible, acorde con el material normativo vigente.

---

<sup>41</sup> Por ejemplo, pueden mencionarse los casos "las Hauytekas" de la provincia de Río Negro, y "Pilquiman" de la provincia del Chubut.

<sup>42</sup> Entre otros, se dio un debate interesante sobre lo que era conveniente estratégicamente para alcanzar la implementación de este derecho constitucional. Si incluirlo en el nuevo código civil, si era preferible pensar en la formulación de una ley específica. Desde mi perspectiva, sostuve que era conveniente que sea incluido en el código civil por la relevancia de esta normativa. Sin embargo, la redacción del articulado en el proyecto fue tan deficiente, que tuve que decantarme con el correr del tiempo por la segunda opción.

## 6. La justicia civil como espacio de interculturalidad

### 6.1. Epistemologías en disputa

El telón de fondo de justicias de diferente tipo lo conforma un abanico de saberes. En ese sentido, existen epistemologías que tienen una base no compartida, y es precisamente en ese punto en donde radica la dificultad de construir interculturalidad (Ramírez, 2017). La multiplicidad de saberes da lugar a lo que podemos llamar un "pluralismo epistemológico", conocimiento que tiene su anclaje en modos contrastantes de concebir la realidad. La tan recurrentemente mencionada "cosmovisión indígena" abreva de diferentes fuentes, detenta otra espiritualidad, se relaciona de modo particular con el entorno.

Los sistemas de administración de justicia son un reflejo "más pragmático" de estos "modos de ser" en el mundo. Impartir justicia no es sino una forma de organización social que llega a ciertos acuerdos acerca de cómo gestionar la conflictividad en una sociedad. Partiendo de este presupuesto simplificado, una comunidad indígena no puede organizarse –parece una cuestión obvia, pero es necesario reiterarlo- con los mismos parámetros de organización que utiliza la sociedad occidental.

Dentro de los sistemas de administración de justicia, y de acuerdo a cómo se sistematiza el derecho occidental, la justicia civil engloba los aspectos "más cotidianos" de la vida. Se ocupa de un conjunto de temas que atraviesan todas nuestras relaciones. De allí que la justicia civil se convierta en un espacio privilegiado de construcción de interculturalidad. En la medida en que incorpore otros saberes, en la medida que sea sensible a otras formas de vida, podrá contribuir a concientizar sobre la importancia de la convivencia –intercambiando y enriqueciéndose- de culturas con raíces distintas.

Los así llamados conflictos civiles –disputas por el uso de la tierra, cuestiones de herencia, situación de la niñez, trabajo de las y los niños, etc.- demuestra que no existe una "única forma correcta" de decir. Por el contrario, la interculturalidad amerita tomar en cuenta puntos de vista muchas veces en pugna. Obviamente que esto entraña un conjunto de dificultades. Algunas se resuelven respetando genuinamente la administración de justicia indígena. Puedo no entender la mirada del otro, pero debo respetarla, porque ninguna es superior a la otra<sup>43</sup>. Otra forma de enfrentar las dificultades es transversalizar la justicia ordinaria con instituciones que respeten la diversidad, tales como peritos, intérpretes, que sirvan de puentes entre culturas y saberes.

### 6.2. Cómo argumentar interculturalmente

La argumentación como técnica para justificar una postura dentro del litigio, y principalmente para llegar a decisiones suficientemente fundamentadas, debe incorporar premisas que lleguen, de modo encadenado, a soluciones lógicas que estén asentadas en un cuerpo de razones de peso. En otras palabras, en casos como los que aquí se señalan, tanto las y los operadores de justicia (fiscales, defensores, defensoras, jueces, juezas), como los abogados y abogadas que llevan adelante la defensa, deben incorporar herramientas de interculturalidad para dotar a ese proceso de diferentes miradas, o para abrir la puerta a otras culturas.

---

<sup>43</sup> Aquí es insoslayable traer a la discusión un debate siempre abierto en la filosofía: universalismo vs. relativismo. En esta presentación, no se adhiere a la frase que condensa los postulados del relativismo: "todo vale". Por el contrario, ya se señaló que la justicia indígena –como también la justicia occidental- tiene sus límites. Pero más allá de estos casos excepcionales que forman parte de lo que "no deben ni pueden" decidir desde el ejercicio de derecho propio, debe admitirse que existen formas de resolución que no son unívocas, y que todo ello apunta a la interculturalidad.

Desde ya que debe incorporarse al litigio las herramientas normativas existentes. Es imprescindible invocar tanto el Convenio 169 como las Declaraciones que hacen suyos los derechos indígenas, y regulan la forma en que el Estado debe garantizarlos. Por otra parte, se debe llevar adelante una tarea interpretativa que contemple no sólo la interpretación original de los órganos de los tratados y pactos internacionales, sino que debe contextualizarse el caso en la comunidad indígena y en el pueblo de que se trate, para entender cuáles son sus particularidades culturales, generando las condiciones para que la decisión que se tome sea enriquecida con otros aportes.

Así las cosas, cuando se debate algún caso que afecta a una comunidad indígena, es imprescindible debatir de modo más complejo. La mal entendida "igualdad ante la ley" en donde algunos esgrimen la injusticia de hacer diferencias, precisamente cuando las diferencias son el centro de lo que se discute, debe ser resignificada para abrir el abanico a un conjunto de argumentos que deben buscar la mirada del otro, alcanzando sentencias que se tomen en serio la diversidad cultural.

Dado que no es esperable que los operadores y operadoras de justicia conozcan aspectos de otra cultura, deben buscar obligatoriamente **asistencia técnica**. En general, se habla de peritos antropólogos, pero también sería adecuado buscar la ayuda de las autoridades indígenas, por ejemplo, para informarse sobre las reglas que rigen esa comunidad.

Es imprescindible argumentar interculturalmente. Si se dejan de lado interpretaciones tendientes a "entender" la otredad (algo que ocurre en gran parte de las decisiones), las soluciones a algunos casos serán más simples, pero avasalladoras de derechos. En definitiva, sólo se trata de entrelazar miradas, encontrar los puntos en común y dialogar sobre lo que no lo es. En los casos en que interviene la justicia civil (herencia y sucesiones, divorcios, alimentos, violencia intrafamiliar, tierras, etc.), es menester dotar su intervención de herramientas y elementos que aporten a la interculturalidad, y que no resten en materia de igualdad.

## **7. Conclusiones: camino de articulación entre diferentes sistemas de justicia**

A lo largo de este ensayo se pretendió dejar instalado en el debate público algunas ideas ejes alrededor del reconocimiento de la justicia indígena.

- Los sistemas de justicia que coexisten en un mismo espacio geopolítico (conocido como pluralismo jurídico) no requieren necesariamente de un reconocimiento estatal expreso para gestionar la conflictividad.
- Los sistemas de justicia indígenas han sobrevivido a los procesos de conquista y colonización. No le "piden permiso" a los Estados para seguir vigentes, regulando la convivencia en las comunidades.
- Los sistemas de justicia indígenas poseen ciertos rasgos diferenciadores. Entre ellos, centralmente, su oralidad. No se encuentran divididos por materias, como el sistema de justicia ordinaria. Así, no existe una justicia indígena penal, una justicia indígena civil, una justicia indígena administrativa, etc. A los fines de este trabajo, se identificaron algunos conflictos internos que pueden clasificarse como "civiles" en la justicia ordinaria.
- Dos son los modos fundamentales de articulación: el primero, reconociendo efectiva y genuinamente las formas de resolver los conflictos civiles (familia, niñez, divorcios, sucesiones, propiedad colectiva de la tierra, etc.) internamente. Esto implica

reconocimiento de la legitimidad de las autoridades indígenas, de sus procesos, de su sistema de sanciones y –primordialmente- de lo que la comunidad indígena considera que está permitido o prohibido.

- El segundo modo es incorporando ciertas instituciones interculturales a la justicia civil ordinaria, que sirvan de puentes entre culturas. Por ejemplo, peritos o traductores / intérpretes.
- Existen límites a la administración de justicia indígena, así como existen límites a la administración de justicia ordinaria. Se entiende –y esto se puede hacer extensivo a cualquier tipo de conflictos, civiles, penales, comerciales, etc.- que estos límites están traducidos en el respeto a los derechos humanos fundamentales, los que deben ser interpretados interculturalmente.
- Desde una perspectiva pragmática, uno de los modos de regular esta relación entre sistemas de justicia es a través de una ley de coordinación o articulación, que debe ser un marco austero de cuáles son –o deberían ser- las reglas de convivencia.
- Otra herramienta de articulación es la incorporación en otras leyes (códigos, leyes especiales) de cláusulas que respeten la diversidad.
- La generación de jurisprudencia que garantice los derechos ya incorporados y vigentes en el ordenamiento jurídico internacional y nacional es imprescindible. El litigio –o la judicialización de ciertos conflictos que se ventilan en el sistema ordinario- debe incorporar elementos de interculturalidad que, a su vez, sean volcados en las sentencias.

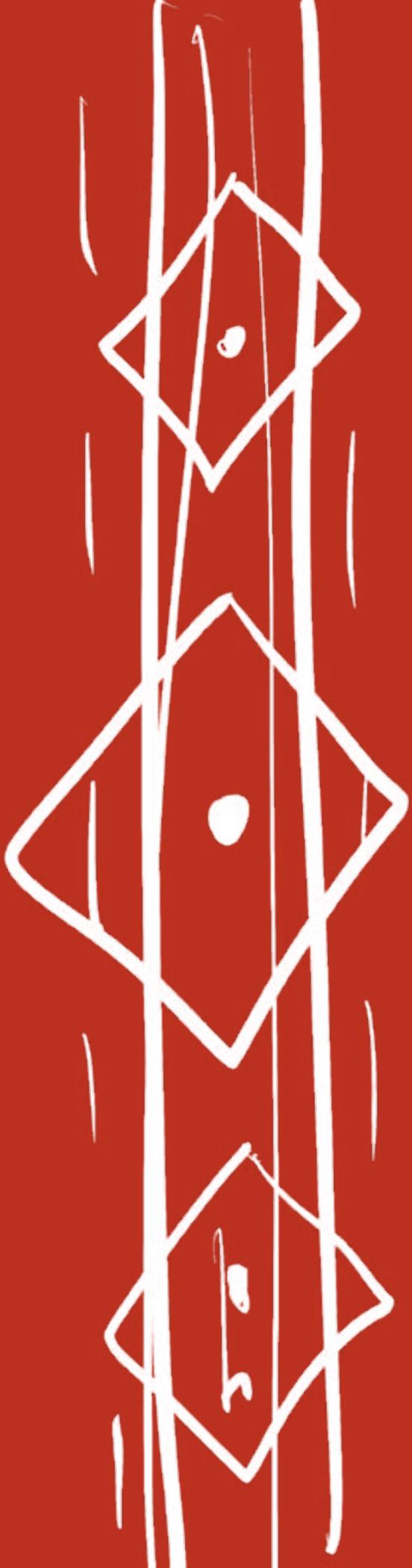
Un sistema de justicia civil debe incorporar todos estos ingredientes, si pretende también convertirse en un Poder Judicial intercultural. Esta transformación no es un proceso simple, y tampoco es sólo normativa, pero incluye ineludiblemente un cambio de contenido en el sistema judicial. A este cambio normativo debe sumarse un cambio de prácticas, que incluye asimismo un cambio cultural.

Los códigos civiles deberían incorporar en la parte general, la dedicada a los principios, aquellos que incluyan la perspectiva intercultural. Por otra parte, la defensa especializada, los peritajes y amicus, los intérpretes y traductores, también deberían estar regulados y presentes en estos códigos, a fin de volver obligatorios su uso en los procesos. En definitiva, se recomienda introducir algunos contenidos mínimos como los apuntados en este apartado, que fortalezcan la articulación entre la justicia ordinaria y la justicia indígena.

Finalmente, la construcción de otras prácticas atraviesa las diferentes instancias estatales. El reconocimiento del sistema de justicia indígena no sólo recepta una realidad existente, sino que jerarquiza a los pueblos indígenas, dándoles un lugar que históricamente les corresponde, el lugar que les pertenece.

## Bibliografía

- Ávila Santamaría Ramiro (2016). *El neoconstitucionalismo andino*, Universidad Andina Simón Bolívar, Huapuni Ediciones, Quito, Ecuador.
- Binder, Alberto (2013). *Derecho Procesal Penal, Tomo I, Hermenéutica del Proceso Penal*, Editorial Ad Hoc, Buenos Aires.
- Campos, Alexia (2017). "Derecho al acceso a la Justicia" en el *Manual sobre derechos colectivos de los pueblos indígenas*, Ministerio de Justicia y Derechos Humanos de Argentina.
- García Serrano Fernando (2002). *Formas indígenas de administrar justicia: estudios de caso de la nacionalidad quichua ecuatoriana*, FLACSO, Quito, Ecuador.
- Gargarella, Roberto (2005). *Los fundamentos legales de la desigualdad. El constitucionalismo en América (1770-1860)*, Madrid: Siglo veintiuno de España Editores.
- Faundes, Juan Jorge "Modelo de Reconocimiento de los Pueblos indígenas en América Latina. Bolivia y Chile, análisis de un contraste", Tesis doctoral, Universidad de Arte y Ciencias Sociales, ARCIS, Santiago de Chile.
- Kymlicka, Will (2009). "Derechos de las minorías en filosofía política y el derecho internacional" en Espinosa Gallegos-Anda Carlos y Caicedo Tapia Danilo (editores), *Derechos Ancestrales. Justicia en Contextos Plurinacionales*, Ecuador: Ministerio de Justicia y Derechos Humanos.
- Ramírez, Silvina (1999). "Diversidad cultural y sistema penal: necesidad de un abordaje multidisciplinario" en Pena y Estado: Revista Latinoamericana de Política Criminal del Instituto de Estudios Comparados en Ciencias Penales y Sociales, Buenos Aires: INECIP.
- Ramírez, Silvina (2012). "Igualdad como Emancipación: los Derechos Fundamentales de los Pueblos indígenas" en Alegre Marcelo y Gargarella Roberto (coords.), *El Derecho a la Igualdad, aportes para un Constitucionalismo Igualitario*, Buenos Aires: Edit. Abeledo Perrot.
- Ramírez, Silvina (2012). "Comentarios sobre la Regulación de la propiedad comunitaria indígena en el proyecto de Código Civil y Comercial" en *Revista Argentina de Teoría Jurídica (RATJ)* de la Universidad Torcuato di Tella, Argentina: [www.utdt.edu/revistajuridica](http://www.utdt.edu/revistajuridica), Vol. 13.
- Ramírez Silvina (2013). *Constitucionalismo y Derechos de los Pueblos indígenas*, La Ley y Facultad de Derecho de la UBA, Buenos Aires.
- Ramírez, Silvina (2017). "Pluralismo jurídico en el siglo XXI: ¿nuevas formas de Estado?", publicado como capítulo del libro *Justicia, Derechos Humanos y Pueblos Indígenas. Nuevos debates y tendencias*, Ximena Alarcón, Andrea Aravena, Claudio Espinoza, Juan Jorge Faundes, Sergio Fuenzalida, José Luis Pérez y Juan Vergara (editores), coedición, Ediciones Universidad Católica de Temuco, Ediciones Universidad Academia de Humanismo Cristiano, Red Latinoamericana de Antropología Jurídica, Capítulo Chile (RELAJU-CHILE), Temuco, Santiago.
- Sánchez Botero, Esther (2006). *Entre el Juez Salomón y el Dios Sira –Decisiones interculturales e interés superior del niño*, Bogotá: Gente Nueva editorial.
- Santos, Boaventura de Sousa (2012). "Cuando los excluidos tienen derecho: justicia indígena, plurinacionalidad e interculturalidad" en Santos, Boaventura de Sousa; Exeni Rodríguez, José Luis, *Justicia indígena, plurinacionalidad e interculturalidad en Bolivia*, Bolivia: Fundación Rosa Luxemburg.
- Sieder, Rachel; Flores, Carlos (2012). *Dos justicias: coordinación interlegal e intercultural en Guatemala*, Guatemala: F/G Editores.
- Yrigoyen Fajardo, Raquel (2010). "A los veinte años del Convenio 169 de la OIT: Balance y retos de implementación de los derechos de los pueblos indígenas en Latinoamérica" en Yrigoyen Fajardo, Raquel (editora), *Pueblos indígenas. Constituciones y Reformas Políticas en América Latina*, Lima: Instituto Internacional de Derecho y Sociedad.
- Valenzuela Reyes, Mylene (2016). "Niños y niñas indígenas en la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos". *Revista de Derecho Universidad Católica del Norte*. Año 23 nro 2, Chile.



[cejamericas.org](http://cejamericas.org)

