

PLURALISMO JURÍDICO Y SISTEMAS SÍSTEMAS DE JUSTICIA PROPIOS DE LOS PUEBLOS INDÍGENAS

José Aylwin
Observatorio Ciudadano

**CONVENCION CONSTITUCIONAL
COMISIÓN DE SISTEMAS DE
JUSTICIA, ÓRGANOS AUTÓNOMOS DE CONTROL Y REFORMA
CONSTITUCIONAL
2 de noviembre 2021**

Estado-nación y monismo jurídico

- La construcción de los “estados- nación” en A. Latina llevó a la **imposición del monismo jurídico**, esto es, **“la existencia de un único sistema jurídico dentro de un Estado y una ley general para todos los ciudadanos. ”** (Yrigoyen 2011)
- Esto implicó:
 - **El desconocimiento de los sistemas normativos y sistemas de justicia indígena**
 - **El desconocimiento de la institucionalidad y autoridades indígenas**
 - **La sujeción de los indígenas al derecho civil (propietario)**
 - **Imposición del sistema penal estatal (Ibíd)**

Pluralismo jurídico

- Ello en contraste con el **pluralismo jurídico** que propone la:
 - **“...coexistencia de varios sistemas normativos dentro de un mismo espacio geopolítico.”** (Yrigoyen, 2011)
 - **“El pluralismo jurídico desde una perspectiva de igualdad reconoce además del derecho oficial la validez de normas de los diversos sistemas de derecho, su fuente en una comunidad especial diferenciada constitutiva de la sociedad entera y, por tanto, tiene capacidad para que su derecho sea reconocido como parte integral del orden legal nacional”** (Hoekema, 1998)
 - **“... El pluralismo jurídico no pone en cuestión la unidad del derecho si se establecen mecanismos de coordinación entre la justicia indígena y la justicia ordinaria.”** (Boaventura de Souza Santos, 2012)

Ámbitos del derecho indígena

- “Hay un gran rango de esferas de la vida social que regula el derecho indígena, variando de acuerdo a cada comunidad. Puede cubrir **materias como las uniones conyugales o matrimonio, las relaciones familiares, las herencias, la tierra, el sistema de administración de recursos, la definición de los hechos dañinos socialmente (los que serían delitos) y las sanciones que se les puede aplicar** (suspensión de servicios, trabajos colectivos, etcétera); así como los que le corresponde **al “derecho público”, i.e. los sistemas de autoridades y como elegirlos, deberes y derechos de los miembros de la comunidad, los distintos servicios que deben cumplir las personas a lo largo de sus ciclo vital**” (Yrigoyen, en Assies et al. eds., 1999; 39).

La naturaleza dinámica y flexible del derecho indígena

“El derecho consuetudinario generalmente no existe aisladamente (salvo entre comunidades física y políticamente apartadas del resto de la sociedad). Sobre todo entre los pueblos indígenas campesinos **las costumbres jurídicas tienen vigencia como una forma de interacción con la manera en que se aplica y se utiliza localmente el derecho positivo formal.**

De ahí que estas costumbres o normas consuetudinarias cambien en el tiempo y de acuerdo a las circunstancias. Por consiguiente, una posible codificación del derecho consuetudinario tendría la desventaja de despojarlo precisamente de su naturaleza dinámica y flexible, en la cual reside su utilidad para los pueblos indígenas”. (Stavenhagen, en Stavenhagen e Iturralde comps., 1990; 42-43)

Factores que determinan avances hacia el reconocimiento del pluralismo jurídico en la región

- Las luchas indígenas por autonomía
- La reforma de los sistemas de justicia en A Latina (BID, BM)
- El derecho internacional de los derechos humanos aplicables a pueblos indígenas

Derecho indígena en Convenio 169 (1989)

- **Principios generales:**
- **Al aplicar la legislación nacional a los pueblos interesados deberán tomarse debidamente en consideración sus costumbres o su derecho consuetudinario (art.8.1).**
- **Derecho a conservar sus costumbres e instituciones propias, siempre que éstas no sean incompatibles con los derecho fundamentales definidos por el sistema jurídico nacional ni con los derechos humanos internacionalmente reconocidos. (art. 8.2)**
- **Depto. De Normas OIT (2009) señala al respecto que el Convenio:**
 - **“establece un criterio de exclusión acumulativo; las costumbres deben ser incompatibles tanto con (a) la legislación nacional como con (b) las disposiciones de los derechos humanos internacionalmente reconocidos.**
 - **...no podrán emplearse aquellas disposiciones legales nacionales que sean incompatibles con los derechos humanos internacionalmente reconocidos para justificar el desconocimiento de las costumbres de los pueblos indígenas. (OIT, Dpto. Normas, 2009)**

En materia penal:

- *Artículo 9 1.* En la medida en que ello sea compatible con el sistema jurídico nacional y con los derechos humanos internacionalmente reconocidos, **deberán respetarse los métodos a los que los pueblos interesados ocurren tradicionalmente para la represión de los delitos cometidos por sus miembros.**
- *Artículo 9 2.* Las autoridades y los **tribunales llamados a pronunciarse sobre cuestiones penales deberán tener en cuenta las costumbres** de dichos pueblos en la materia.
- *Artículo 10 1.* Cuando **se impongan sanciones penales previstas por la legislación general a miembros de dichos pueblos deberán tenerse en cuenta sus características económicas, sociales y culturales.**
- *Artículo 10. 2.* **Deberá darse la preferencia a tipos de sanción distintos del encarcelamiento.**

Declaraciones sobre Derechos de los Pueblos Indígenas

Declaración de la ONU

- Los Pueblos Indígenas tienen **derecho a promover, desarrollar y mantener sus estructuras institucionales y sus propias costumbres o sistemas jurídicos, de conformidad con las normas internacionales de derechos humanos (art. 34)**
- **Se tendrán debidamente en consideración las costumbres, las tradiciones, las normas y los sistemas jurídicos de los pueblos indígenas interesados y las normas internacionales de derechos humanos (art. 40)**

Declaración Americana

- **Artículo XXII. Derecho y jurisdicción indígena**
- **1. Los pueblos indígenas tienen derecho a promover, desarrollar y mantener ... y cuando existan, costumbres o sistemas jurídicos, de conformidad con las normas internacionales de derechos humanos.**
- **2. El derecho y los sistemas jurídicos indígenas deben ser reconocidos y respetados por el orden jurídico nacional, regional e internacional.**

Derecho indígena CP de A. Latina

- **Constitucionalismo multicultural:** Colombia, 1991; México, 1992 y 2001; Paraguay, 1992; Perú, 1993; Bolivia, 1994; Argentina, 1994; Ecuador, 1996 y 1998; Venezuela, 1999.
- **CP reconocen derecho indígena o consuetudinario, tanto en el sistema jurídico estatal como a través de sistemas de jurisdicción indígena**
- **Potestades de la jurisdicción indígena en varias de estas CP (países andinos, México) incluyen:**
 - dotarse de sus **autoridades e instituciones** (autoridades propias/legítimas/naturales);
 - dotarse de sus **propias normas y procedimientos**, o su derecho consuetudinario o costumbres;

- **administrar justicia o de ejercer funciones jurisdiccionales** (jurisdicción especial)/función alternativa de conflictos/instancias de justicia.
- **Límites:**
 - **Respeto a los derechos humanos** internacionalmente reconocidos / en algunos casos refiere a derechos de las CP de los Estados
- CP remiten a **leyes de coordinación entre derecho estatal y derecho indígena**

Caso de CP Colombia (1991)

- **Las autoridades de los pueblos indígenas podrán ejercer funciones jurisdiccionales dentro de su ámbito territorial, de conformidad con sus propias normas y procedimientos, siempre que no sean contrarios a la Constitución y leyes de la República (art. 246).**
- **La ley establecerá las formas de coordinación de esta jurisdicción especial con el sistema jurídico nacional. (art. 246).**
- **Los territorios indígenas estarán gobernados por consejos conformados y reglamentados por usos y costumbres (artículo 330)**
 - **Ley 270 de 1996 ; Las autoridades de los territorios indígenas previstas en la ley ejercen sus funciones jurisdiccionales únicamente dentro del ámbito de su territorio y conforme a sus propias normas y procedimientos, los cuales no podrán ser contrarios a la Constitución y a las Leyes. (art. 12)**

Jurisprudencia de Corte Constitucional de Colombia

A partir del artículo 246 la jurisprudencia de la CC ha determinado que la jurisdicción indígena tiene **cuatro elementos**:

i) la posibilidad de que existan autoridades judiciales propias de los pueblos indígenas;

ii) la potestad de éstos de establecer normas y procedimientos propios;

iii) el respeto a la Constitución y la ley dentro del principio de maximización de la autonomía;

y iv) la competencia del legislador para señalar la forma de coordinación de la jurisdicción indígena con el sistema judicial nacional. (CCC Sentencia C-139/96, 9 de abril de 1996)

La jurisdicción indígena. Límites.

Así, en la sentencia T-349 de 1996 se estableció en aras de maximizar la autonomía indígena que **los límites al ejercicio de la jurisdicción indígena se circunscriben a un núcleo duro de derechos, v. gr.:**

- el derecho a la vida**
- la prohibición de la esclavitud**
- la prohibición de la tortura**
- el respeto al debido proceso propio apreciado en sus mínimos según la cosmovisión del pueblo indígena correspondiente y,**
- en materia penal, la legalidad de los delitos y de las penas.**
(CCC, Sentencia T-349 de 1996)

Limites

- **Debido proceso: “... el acusado debe conocer los cargos que se le imputan, si el procedimiento se adelanta en su ausencia debe contar con un representante, los hechos deben ser investigados. Adicionalmente el juzgamiento debe seguir las reglas fijadas por la propia comunidad.” (CCC, T-048 de 2002).**
- **La pena debe estar ajustada al principio de legalidad, que en estos casos es un análisis de previsibilidad: debe ser la que *habitualmente* impone la comunidad para ese tipo de delitos (T-349 de 1996)**

La pena tampoco puede ser desproporcionada (T-811 de 2004).

La competencia de la jurisdicción especial indígena

Las autoridades indígenas **pueden conocer de cualquier tipo de asuntos** (penales, civiles Ver T-606 de 2001), laborales (T-007 de 2009) siempre y cuando estén presentes los elementos del así denominado “**fuero indígena**”. Esta noción comporta dos elementos:

i) **personal** (el miembro de la comunidad indígena ha de ser juzgado de acuerdo a sus usos y costumbres).

ii) **territorial** (cada comunidad puede juzgar los hechos que sucedan en su territorio, de acuerdo a sus propias normas). **En principio es el territorio que habita la comunidad, así no se haya constituido en resguardo** (T-234 de 1994)

CONSTITUCIONALISMO PLURINACIONAL: CP de Ecuador (2008) y Bolivia (2009)

- **Disponen que el estado unitario no es incompatible con la existencia de una pluralidad de naciones, y con el reconocimiento de sus derechos colectivos, incluyendo entre ellos los de libre determinación y autonomía:**
- **Reconocen a pueblos indígenas:**
 - a) **La potestad de darse sus normas y procedimientos.**
 - Aplicación de sus principios, valores culturales, normas y procedimientos propios (Bolivia: artículo 190)
 - tradiciones ancestrales y derecho propio/normas y procedimientos propios (Ecuador: artículo 171).
 - b) **Sus propias autoridades/autoridades de las comunidades, pueblos y nacionalidades indígenas (Ecuador: artículo 171)**
 - c) **Ejercicio de funciones jurisdiccionales**
 - Sección sobre justicia indígena (art. 171 CPE)
 - Jurisdicción indígena originaria campesina (IOC) (Cap. IV. CPB).

CP Bolivia

- **Artículo 179. La función judicial es única. Esta se ejerce a través de:**
 - **Jurisdicción ordinaria (Tribunal Supremo, Tribunales Departamentales y los jueces)**
 - **La jurisdicción agroambiental**
 - **La jurisdicción indígena originaria campesina (IOC) (por sus propias autoridades)**
 - **La justicia constitucional por el Tribunal Constitucional Plurinacional**
- * Este último normado por Ley 027 de 2010 que dispone vela por supremacía de CP, bajo principios de pluralismo jurídico e interculturalidad, compuesto por 7 magistrad@s, 2 autoidentificados como indígenas.

CP Bolivia

Jurisdicción indígena

Se aplica en los siguientes ámbitos:

- I. Las naciones y pueblos indígena originario campesinos (IOC) ejercerán sus funciones jurisdiccionales y de competencia a través de sus autoridades, y aplicarán sus principios, valores culturales, normas y procedimientos propios.
- II. La jurisdicción IOC respeta el derecho a la vida, el derecho a la defensa y demás derechos y garantías establecidos en la presente Constitución. (art.190)

1. A los miembros de la nación o pueblo IOC, sea que actúen como actores o demandado, denunciante o querellante, denunciados o imputados, recurrentes o recurridos.
2. A las relaciones y hechos jurídicos que se realizan o cuyos efectos se producen dentro de la jurisdicción de un pueblo IOC. (art.191)

Ley de deslinde jurisdiccional 073 de 2010

Bolivia

- Establece los mecanismos de **coordinación y cooperación entre la jurisdicción estatal e IOC, en el marco del pluralismo jurídico.** (art. 1)
- **La jurisdicción IOC goza de igual jerarquía que la jurisdicción ordinaria.** (art 3)
- **Establece límites** (art 5)
 - I. Todas las jurisdicciones reconocidas constitucionalmente **respetan y garantizan el ejercicio de los derechos de las mujeres,**
 - IV. Todas las jurisdicciones reconocidas constitucionalmente, **prohíben y sancionan toda forma de violencia contra niñas, niños, adolescentes y mujeres.**
 - V. **El linchamiento es una violación a los Derechos Humanos, no está permitido en ninguna jurisdicción** y debe ser prevenido y sancionado por el Estado Plurinacional.

Ámbitos de vigencia

- La jurisdicción IOC se ejerce en los **ámbitos de vigencia personal, material y territorial, cuando concurren simultáneamente** (art 8).
- **Ámbito personal:** Están sujetos a la jurisdicción IOC los **miembros de la respectiva nación o pueblo indígena originario campesino.** (art 9)
- **Ámbito material:** La jurisdicción IOC **“conoce los asuntos o conflictos que histórica y tradicionalmente conocieron bajo sus norma, procedimientos propios vigentes y saberes de acuerdo a su libredeterminación.”**
- La jurisdicción material IOC no alcanza 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, etc**

- **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;
- **Ámbito territorial; se aplica a las relaciones y hechos jurídicos que se realizan o cuyos efectos se producen dentro de la jurisdicción de un pueblo IOC**, siempre y cuando concurren los otros ámbitos de vigencia establecidos en la Constitución Política del Estado y en la presente Ley.

Implicancias para una nueva CP

- **Principios fundantes:**
 - Libre determinación y autonomía de los pueblos indígenas
 - Igualdad
 - Pluralismo jurídico
- **Consecuentemente la CP debe:**
 - Reconocer el derecho propio de los pueblos indígenas en sus distintas dimensiones
 - Establecer deber de respeto del derecho propio indígena por la legislación y la justicia estatal
 - Reconocer la potestad de los pueblos indígenas de desarrollar sus propios sistemas de justicia, en base a sus propias normas y procedimientos, a cargo de sus autoridades
 - Límites en los derechos humanos internacionalmente reconocidos
 - Disponer necesidad de ley de coordinación entre justicia estatal y justicia indígena



www.observatorio.cl