

## DERECHO CONSUETUDINARIO INDÍGENA VS. DERECHO INDÍGENA Y DERECHO ORDINARIO

*Por Carashe Nalá Clara Romero<sup>1</sup>*

Comunidad Lma lacia Qom, Argentina

**Resumen:** Los pueblos indígenas tenemos nuestros propios sistemas de justicia, que difieren de los ordinarios. En la mayoría de los casos, buscan restaurar la armonía comunitaria en lugar de aplicar sanciones punitivas. Este artículo propone un análisis del derecho que nace en el seno de las comunidades indígenas bajo el respeto de códigos ancestrales como fuente legítima de justicia, partiendo de una valoración intercultural y proponiendo caminos de articulación con el sistema estatal. El objetivo es analizar cómo el derecho consuetudinario aborda la justicia y propone mecanismos para su integración en el sistema judicial argentino.

### INTRODUCCIÓN

Es fundamental entender que la definición del derecho indígena no solo abarca criterios jurídicos, sino que también está construido por aspectos antropológicos, criminológicos, sociológicos e históricos que lo convierten en un derecho concebido conforme las necesidades que enfrentan las comunidades originarias. De tal manera, no es un derecho estático ni rígido, sino que está en constante renovación y transformación. Es evolutivo, crea nuevas soluciones, asume experiencias e inclusive genera normas a través de su derecho consuetudinario, siempre que sea válido para resolver sus conflictos.

Bajo este concepto, podemos afirmar que la justicia penal indígena es una forma de administrar justicia de manera independiente y paralela al derecho ordinario, la cual se forja sin necesidad de derecho escrito o de un Estado que la reconozca. Nace del seno de las comunidades indígenas respetando códigos ancestrales cuyos procedimientos y

---

<sup>1</sup> Fundadora del Centro de Interpretación Indígena El Antigal, Biblioteca Indígena Dr. Mariano Ramos. Presidenta de la Mesa Coordinadora Regional de Pueblos Indígenas para Derechos Humanos del Honorable Concejo Deliberante de San Pedro. Directora indígena del Centro de Salud Intercultural Dalagaic Piogonac. Integrante de la Comisión de Lideresas del Mercosur. Disertante en congresos, jornadas y simposios nacionales e internacionales. Autora de artículos de investigación y otras publicaciones con respaldo de la Universidad Nacional de Rosario, la Universidad Nacional de Luján y la Universidad de Buenos Aires.

sanciones buscan restaurar la paz y la armonía con el sujeto, la comunidad y el entorno territorial, partiendo de que todo lo que sucede con las personas impacta en el territorio y viceversa (Romero y Ramos, 2024).

Los interrogantes acerca de qué entendemos cuando hablamos de derecho consuetudinario indígena y dónde nos paramos los indígenas ante el derecho internacional indígena y el derecho ordinario nos abren la puerta a una reflexión crítica sobre el diálogo o la tensión entre sistemas jurídicos y cómo lo percibimos y lo vivimos los pueblos indígenas: no solo desde nuestra propia mirada, sino también otorgándole un enfoque intercultural.

En muchos países latinoamericanos, el derecho ordinario ha reconocido formalmente la existencia del derecho consuetudinario indígena a partir de reformas constitucionales que consagran el pluralismo jurídico. Sin embargo, en la práctica, esta coexistencia sigue siendo conflictiva y ambigua. Para comenzar nuestro análisis debemos aclarar que, si los países reconocen el derecho indígena a través del Convenio 169 de la Organización Internacional del Trabajo (OIT), están reconociendo tácitamente el derecho consuetudinario indígena, ya que este se encuentra mencionado explícitamente tanto en el Convenio como en la Declaración de las Naciones Unidas y en la Constitución nacional.

El derecho ordinario suele establecer límites a la jurisdicción indígena, especialmente en casos que involucran delitos considerados graves según el Código Penal nacional. Aunque los pueblos indígenas tenemos el derecho de administrar justicia conforme a normas y procedimientos propios, el Estado frecuentemente interviene cuando considera que están en juego derechos fundamentales, especialmente de niños, niñas y adolescentes. Aquí se crean tensiones, ya que el derecho consuetudinario prioriza la reparación comunitaria, la reintegración de la paz y la armonía en la comunidad toda, sujetos-territorios, y la justicia ordinaria tiende a enfocarse en la sanción punitiva. Los tribunales ordinarios no siempre reconocen plenamente la legitimidad de las autoridades indígenas, y en ocasiones fallan desde una visión monocultural sin aplicar el principio de interculturalidad que exige el respeto a la diversidad jurídica.

Aunque algunos marcos normativos reconocen el pluralismo jurídico, en la práctica persisten limitaciones que reducen la autonomía de las jurisdicciones indígenas. Este escenario pone en evidencia la necesidad de avanzar hacia un modelo intercultural de justicia que no solo respete la cosmovisión indígena, sino que también fortalezca los mecanismos de diálogo y coordinación entre ambos sistemas. La construcción de un enfoque más inclusivo y equilibrado permitiría atender de manera efectiva las necesidades de los indígenas en conflicto con la ley sin vulnerar su identidad cultural.

En Argentina, la justicia enfrenta el desafío de responder a la diversidad cultural de su población. En el caso de los pueblos indígenas, la coexistencia entre el derecho ordinario y el derecho consuetudinario revela tensiones profundas que afectan a las personas en conflicto con la ley.

Este artículo plantea una mirada intercultural del fenómeno, destacando el valor del derecho consuetudinario como una forma legítima de administrar justicia.

## I - MARCO TEÓRICO

El reconocimiento del derecho indígena dentro del contexto del pluralismo jurídico se sustenta a través de fundamentos conceptuales y normativos. Para explicarlo, se abordan tres ejes fundamentales: el pluralismo jurídico, la cosmovisión indígena en relación con la justicia restaurativa y, finalmente, la normativa vigente. Estos elementos permiten comprender el marco legal y cultural desde el cual los pueblos indígenas ejercen su derecho a la justicia conforme a sus propias instituciones y prácticas.

En primer lugar, podemos afirmar que el pluralismo jurídico reconoce la coexistencia de múltiples sistemas normativos dentro de un mismo territorio. Según Boaventura de Sousa Santos (2002), "la ley estatal no es la única forma de regulación social: existen legalidades alternativas que deben ser reconocidas y respetadas" (p. 260).

En ese marco, al analizar la cosmovisión indígena encontramos una fuerte relación con la justicia restaurativa. En ese sentido, la justicia indígena se basa en principios de equilibrios, reparación y reintegración. Frente al conflicto, lo más importante es restaurar la paz con el individuo, la comunidad y su entorno territorial. Se ponen en juego no solo el acompañamiento familiar y comunitario, sino toda la espiritualidad del pueblo. Se hacen reuniones para tratar el caso en cuestión e incluso se realizan ceremonias, porque toda la comunidad y el territorio se encuentran afectados y lo más importante es restaurar la armonía. La justicia no busca castigar, sino sanar el vínculo social. Como señala Bartolomé (2006) "la resolución de conflictos en los Pueblos Indígenas se orienta a restaurar la armonía comunitaria, no a imponer penas" (p. 76).

La Constitución nacional, en el inciso 17 de su artículo 75, reconoce el derecho de los pueblos indígenas a conservar sus costumbres y ejercer su propia justicia. En tanto, el Convenio 169 de la OIT, ratificado por la Ley 2.471, establece que los pueblos indígenas tienen derecho a mantener sus instituciones jurídicas. Cabe manifestar también que Argentina, al suscribir este Convenio, se encuentra obligada a cumplir con sus preceptos y debe garantizar que las leyes nacionales recepen esos principios allí consagrados.

## II - EL DERECHO CONSUECUDINARIO INDÍGENA

El derecho consuetudinario indígena constituye una forma legítima y ancestral de organización jurídica. Este sistema normativo se transmite y se mantiene vigente principalmente a través de la oralidad, el ejercicio de autoridades tradicionales y prácticas comunitarias orientadas a la resolución de conflictos desde una perspectiva restaurativa.

Al transmitirse oralmente, las normas en las comunidades son dinámicas. Se actualizan de manera permanente según crece la comunidad y según las crisis que atraviesa, que son muchas, como el avance de las fronteras agrarias, la fumigación que afecta el medioambiente de donde el indígena extrae su alimento y su medicina, etcétera.

Entre las autoridades tradicionales se destacan el Consejo de Ancianos o Mayores y los líderes comunitarios que ejercen funciones de justicia y acompañamiento. Romero (2011) señala que "el Consejo de ancianos es la Suprema Corte de Justicia, no se discute sus 'fallos'" (p. 65).

Respecto de la resolución de conflictos, se privilegia el diálogo, la mediación y la reparación siempre con acompañamiento. Aunque en este contexto se producen tensiones con el Estado a partir de la falta de reconocimiento institucional, intervenciones por parte del Estado en casos de menores o la manipulación de estructuras representativas, por ejemplo, como lo que ocurrió en la comunidad qom Potae Napocna Navogoh (La Primavera), se ha documentado la imposición de asociaciones civiles por parte del Estado debilitando la estructura y la autoridad tradicional ancestral (Verón, 2012).

### III - JUSTICIA PENAL Y CONFLICTO DE SISTEMAS

La coexistencia del sistema judicial estatal y el derecho indígena plantea tensiones profundas cuando se trata de administrar justicia penal en contextos interculturales.

Mientras el sistema ordinario se enfoca en la sanción, con escasa o nula consideración del contexto cultural, el sistema indígena –o derecho consuetudinario– se orienta en la reintegración, reparación y restauración de la armonía en la comunidad y su entorno territorial.

Uno de los principales desafíos que surgen en esta convivencia es la invisibilización de las prácticas indígenas y la falta de articulación con las comunidades. Esto trae consigo la vulneración de los derechos culturales. Como señala Gualdieri (2018), la justicia penal en Argentina aún no incorpora de manera efectiva la perspectiva intercultural, lo que genera respuestas inadecuadas frente a las personas indígenas.

### IV - PROPUESTA INTERCULTURAL

La propuesta intercultural se basa principalmente en formar operadores judiciales en pluralismo jurídico, promoviendo una comprensión profunda de los sistemas normativos indígenas y su legitimidad. En este sentido, resulta clave la creación de protocolos de articulación entre el sistema judicial estatal y las autoridades tradicionales indígenas, a fin de garantizar el diálogo y la cooperación respetuosa. Asimismo, es necesario reconocer el derecho consuetudinario como una fuente legítima de derecho, en igualdad de

condiciones con el derecho estatal. Finalmente, el respeto por los procesos comunitarios de reparación debe ser una premisa central, valorando las formas propias de resolución de conflictos y restauración social que las comunidades indígenas han desarrollado históricamente.

## CONCLUSIONES

La justicia debe avanzar hacia un modelo intercultural que reconozca la legitimidad del derecho consuetudinario indígena. Esto implica valorar sus prácticas restaurativas, respetar a sus autoridades tradicionales y construir puentes con el sistema estatal. Solo así se garantizará una justicia que sea realmente justa para todos.

Una justicia verdaderamente intercultural no tolera la diversidad: la integra, la respeta y la transforma en principio rector.

Esto aportará un cambio de paradigmas, puesto que la inclusión con identidad es el principio fundamental para resarcir y comenzar a cerrar brechas estructurales de desigualdad con los pueblos indígenas. La igualdad es el horizonte, el cambio estructural es el camino y la justicia, el instrumento.

*Ñaachec aganagay* (Muchas gracias por escucharme)

## REFERENCIAS

- BARTOLOMÉ, M. (2006). *Interculturalidad y derechos indígenas*. IWGIA.
- GUALDIERI, M. (2018). Justicia penal juvenil e intercultural en Argentina. *Revista de derecho y sociedad*.
- ROMERO, A. (2011). *La Zaranda de ideas: El debate de los intelectuales indígenas*. Instituto Nacional de Lenguas Indígenas (INALI) y Universidad Nacional Autónoma de México.
- ROMERO, C. y RAMOS, M. (2024). La medicina precolombina y medicina intercultural Dalagaic Piogonac (una nueva forma de curar). *Atek Na*, vol. 13.
- SANTOS, B. de S. (2002). *El milenio huérfano: ensayos para una nueva cultura política*. Trotta.
- VERÓN, A. (2012). *La primavera. Territorio y resistencia*. Formosa. Qompi.

